

**MARÍA SOLEDAD GIL NOBAJAS
HÉCTOR OLASOLO
NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ**

Directores Académicos

**SOFÍA LINARES BOTERO
ANA MARÍA MARTÍNEZ AGUDELO**

Coordinadoras

34

LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN DESDE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL

**Particular atención a la
corrupción asociada al crimen
organizado transnacional**

PARTE II

Personas jurídicas



tirant
lo blanch

**PERSPECTIVAS
IBEROAMERICANAS
SOBRE LA JUSTICIA**

**LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN DESDE
LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL**

**Particular atención a la corrupción asociada
al crimen organizado transnacional**

Parte II
PERSONAS JURÍDICAS

Volumen 34

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación
y miembro de El Colegio Nacional*

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

*Catedrática de Derecho Penal
de la Universidad Jaume I de Castellón*

MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Procesal de la UNED

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

*Catedrática de Derecho Civil
de la Pontificia Universidad Católica de Chile*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos
Investigador del Instituto
de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Valencia*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho
de la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho
y Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional
e Internacional en la Universidad de Colonia
(Alemania) Miembro de la Comisión de Venecia*

HÉCTOR OLASO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional
de la Universidad del Rosario (Colombia)
y Presidente del Instituto Ibero-Americano
de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET

*Catedrática de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

ELISA SPECKMAN GUERRA

*Directora del Instituto de Investigaciones
Históricas de la UNAM*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política
de la Universidad de Mainz (Alemania)*

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

LAS RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN DESDE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL

Particular atención a la corrupción asociada
al crimen organizado transnacional

Parte II
PERSONAS JURÍDICAS

Volumen 34

Directores Académicos

MARÍA SOLEDAD GIL NOBAJAS
HÉCTOR OLASOLO
NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ

Coordinadoras

SOFÍA LINARES BOTERO
ANA MARÍA MARTÍNEZ AGUDELO



tirant lo blanch
Valencia, 2025

Copyright © 2025

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia

Directores:

HÉCTOR OLASOLO
CAROL PRONER

© VV.AA.

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1071-436-6
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Directores de la colección:

HÉCTOR OLASOLO

Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos); Catedrático de Derecho internacional en la Universidad del Rosario (Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional (CJI), el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR); Coordinador General de las Redes de Investigación “Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia” y “Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional”.

CAROL PRONER

Directora para América Latina del Instituto Joaquín Herrera Flores (Brasil); Codirectora de la Maestría en Derechos Humanos, Multiculturalidad y Desarrollo, Universidad Pablo Olavide y Universidad Internacional de Andalucía (España); Profesora de Derecho Internacional de la Universidad Federal de Río de Janeiro (Brasil).

Nota

El presente trabajo se inscribe dentro del Proyecto de Investigación “La respuesta del derecho público comparado para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de las dinámicas de comportamiento del narcotráfico marítimo y de la respuesta ofrecida por el derecho internacional” (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 71848, financiado con recursos procedentes del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación Francisco José de Caldas (Colombia) y la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia). Este proyecto forma parte del Programa de Investigación “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023), cuyo investigador principal es el profesor Héctor Olasolo (Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70593 y ejecutado por la Universidad del Rosario y la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia). Las obras colectivas de este Programa, que son realizadas a través de la Red de Investigación Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional (creada para la ejecución del Programa 70593) cuentan con financiación externa para su publicación del Instituto Iberoamericano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos).

Agradecimientos

A la Dirección de Investigación e Innovación y las Facultades de Jurisprudencia y Estudios Internacionales, Políticos y Urbanos de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), así como a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia), al IIH (Países Bajos) y al Ministerio de Ciencia Tecnología e Innovación por la financiación recibida para desarrollar este proyecto.

A la Editorial Tirant lo Blanch y al IIH (Países Bajos), por haber hecho posible la creación de la Red de Investigación Respuestas a la Corrupción Asociada al Crimen Organizado Transnacional, así como a la Universidad de Deusto (España).

A Gabriela Velásquez Medina, Juan José Romero Morales, Valentina Ramírez Barrera y Pedro Montaña Vélez, por su apoyo en la edición de la presente obra colectiva.

Índice

Directores Académicos	17
Coordinadoras	19
Autores.....	21
Abreviaturas.....	25
Prólogo	29
<i>JOSÉ RICARDO DE PRADA SOLAESA (España): Magistrado de la Audiencia Nacional. Juez del Mecanismo Residual Internacional para los Tribunales Penales (2012-2018). Juez Internacional de la Sala de Crímenes de Guerra de Bosnia y Herzegovina (2005-2008)</i>	
Presentación.....	41
<i>HÉCTOR OLASOLO (España/Colombia)</i>	
<i>MARÍA SOLEDAD GIL NOBAJAS (España)</i>	
<i>NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ (Colombia)</i>	

1. PRIMERA APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Capítulo 1. Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	69
LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ	
Capítulo 2. Naturaleza penal o administrativa de la responsabilidad de las personas jurídicas	87
JUAN PABLO PANTOJA RUIZ	
ANDRÉS FERNANDO RAMÍREZ MONCAYO	

Capítulo 3. Sobre la responsabilidad penal por tentativa de las personas jurídicas con base en un modelo de autorresponsabilidad.....	163
FRANCISCO VALDEZ SILVA	
MANUEL CANCIO MELIÁ	

2. CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES, ATENUANTES Y AGRAVANTES

Capítulo 4. Especialidades en materia de circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes.....	185
MARÍA SOLEDAD GIL NOBAJAS	

Capítulo 5. Los elementos de los sistemas de gestión antisoborno según el estándar de la norma ISO 37001	295
JULIO BALLESTEROS SÁNCHEZ	
ANDREA SANTOS PRADA	
VIRGINIA NAVAL LINARES	

3. PENAS

Capítulo 6 Régimen de penas principales y accesorias: multa e inhabilitaciones especiales.....	331
MARÍA SOLEDAD GIL NOBAJAS	

4. ESPECIALIDADES DEL SISTEMA COLOMBIANO

Capítulo 7. La responsabilidad de las personas jurídicas por su intervención en el delito: el caso colombiano.....	421
DANIEL FERNANDO JIMÉNEZ JIMÉNEZ	

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Capítulo 8. Conclusiones.....	489
MARÍA SOLEDAD GIL NOBAJAS	
HÉCTOR OLASOLO	
NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ	
Capítulo 9. Recomendaciones para los ámbitos latinoamericano y colombiano	553
MARÍA SOLEDAD GIL NOBAJAS	
HÉCTOR OLASOLO	
NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ	

Directores Académicos

María Soledad Gil Nobajas (España)

Licenciada con Diploma de Especialidad Económica y Doctora en Derecho en la Universidad de Deusto. Profesora Contratada Doctora en Derecho Penal de la Universidad de Deusto (España). Sus principales líneas de investigación se centran en la criminalidad empresarial, corrupción privada y pobreza y Derecho penal. Ha realizado estancias de investigación en el Centro de Derecho Penal de la Universidad de Nanterre-París X (Francia) y en el Instituto de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Friburgo de Brisgovia (Alemania). ORCID: 0000-0001-5333-1127.

Héctor Olasolo (España/Colombia)

Licenciado y doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Profesor Titular de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en DI, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección *International Law Clinic Reports* (ILCR). Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.

Norberto Hernández Jiménez (Colombia)

Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia). Abogado, Especialista y Magister en Derecho Penal de la Universidad Libre (Bogotá, Colombia). Especialista en Derecho Constitucional y en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Máster en Criminología y Ejecución Penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona, España). Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia). Coinvestigador Principal del Proyecto 71848 perteneciente al Programa de Investigación 70893 sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional de Min-Ciencias.

Coordinadoras

Sofía Linares Botero (Colombia)

Profesional en Derecho de la Universidad del Rosario y consultora del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (MinCiencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2024). Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5805-2944>.

Ana María Martínez Agudelo (Colombia)

Abogada de la Universidad del Rosario (Colombia) con profundización en Derecho Ambiental. Especialista en Derecho Internacional de la Universidad del Rosario. Estudiante de la maestría en Derecho Internacional de la Universidad del Rosario. Consultora del Programa de Investigación 70593 del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (MinCiencias) sobre “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2024). Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5805-2944>.

Autores

Ballesteros Sánchez, Julio (España)

Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca (España) con Premio Extraordinario y Mención Internacional. Máster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca. Máster en Cumplimiento Normativo Penal por la Universidad Castilla-La Mancha (España). Docente en el Área de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca.

Cancio Meliá, Manuel (España)

Catedrático de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Gil Nobajas, María Soledad (España)

Ver sección de directores académicos.

Hernández Jiménez, Norberto (Colombia)

Ver sección de directores académicos.

Jiménez Jiménez, Daniel Fernando (Colombia)

Abogado y Especialista en Socio-Economía de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia). Especialista en Legislación Financiera y Magíster en Derecho de la Universidad de Los Andes (Colombia). Magister en Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de Derecho Penal Financiero y Empresarial de la Maestría en Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana. Autor de los libros “El delito de exportación ficticia”, publicado por la Universidad Externado, “La culpa en el derecho sancionador”, publicado por la Universidad de Los Andes y “Delitos económico-financieros”, publicado por la Pontificia Universidad Javeriana. Redactor de la “Guía de investigación en

materia de delitos de blanqueo de capitales para la República de Panamá”, publicada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUCDD). Consultor experto en Sarlaft y PTEE. Diplomado en Sarlaft por la Universidad Iberoamericana (Colombia). <https://www.danielfjimenez.com/>.

Naval Linares, Virginia (Perú)

Abogada por la Universidad de San Martín de Porres (Perú). Estudios de Maestría en Ciencias Penales en Universidad de San Martín de Porres (Perú). Título de Especialista en Cumplimiento Normativo por AENOR (Bilbao, España). Abogada Senior en Caro & Asociados. Gerente de Cumplimiento en Asociación Internacional de Compliance.

Olasolo, Héctor (España/Colombia)

Ver sección de directores académicos.

Pantoja Ruiz, Juan Pablo (Colombia)

Abogado por la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia). Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas por la Universidad Externado de Colombia. Acreditado en Compliance por la *International Federation of Compliance Associations* (IFCA) y por la Universidad de Pensilvania. Actualmente se desempeña como abogado asociado del área de Derecho Penal & Compliance de CMM Abogados.

Ramírez Moncayo, Andrés Fernando (Colombia)

Abogado, Especialista, Magíster y Doctor en Derecho y Magíster en Historia (C) por la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia). Profesor asociado del Departamento de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Javeriana. Ex Vicefiscal General de la Nación y Ex Conjuez de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

Santos Prada, Andrea (Colombia)

Abogada por la Universidad Sergio Arboleda (sede Santa Marta, Colombia), con grado Cum Laude. Máster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca (España). Docente en la Universidad Cooperativa de Colombia (sede Santa Marta).

Valdez Silva, Francisco (Perú)

Abogado. Magister en Derecho Penal por la Universidad Autónoma de Madrid (España).

Zúñiga Rodríguez, Laura (España/Perú)

Catedrática de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca (España).

Abreviaturas

AFP	Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera
AGNU	Asamblea General de las Naciones Unidas
AUC	Autodefensas Unidas de Colombia
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
CICC	Convención Interamericana contra la Corrupción
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CNPP	Código Nacional de Procedimientos Penales
CNUCC	Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción o Convención de Mérida
CNUDOT	Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo
ConsEur	Consejo de Europa
Convención ConsEur	Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa
Convención OCDE	Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
Convenio Penal ConsEur	Convenio 173, de 27 de enero de 1999, sobre la corrupción
COT	Crimen Organizado Transnacional
CP	Código Penal

CPF	Código Penal Federal
DADH	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre
DIP	Derecho Internacional Penal
DL	Decreto Legislativo
DOJ	Departamento de Justicia de los Estados Unidos o U.S. <i>Department of Justice</i>
DP	Derecho Penal
DPA	<i>Deferred Prosecutions Agreements</i>
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
EEUU	Estados Unidos de América
FAR	<i>Federal Acquisitions Regulations</i>
FARC-EP	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo
FCPA	<i>Foreign Corrupt Practices Act</i> o Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados Unidos
FEDADOI	Fondo Especial de Administración del Dinero Obtenido Ilícitamente en Perjuicio del Estado de Perú
GAFI	Grupo de Acción Financiera Internacional
GAFILAT	Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica
GDO	Grupo delincuencia organizado
MESICIC	Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción
NPA	<i>Non Prosecutions Agreements</i>
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de Naciones Unidas
PCs	<i>Compliance Programs</i>
PEP	Personas expuestas políticamente

PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PJ	Persona Jurídica
PTEE	Programas de Transparencia y Ética Empresarial
PTEEP	Programas de Transparencia y Ética Empresarial Públicos de Colombia
RPJ	Responsabilidad de las personas jurídicas
RPPJ	Responsabilidad Penal de las Personas Jurídica
RUB	Registro Único de Beneficiarios Finales
SAGRILAF	Sistema de Autocontrol y Gestión del Riesgo Integral de Lavado de Activos, Financiación del Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva
SEC	Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos
SNA	Sistema Nacional Anticorrupción
STTF	<i>Spanish Translation Task Force</i>
UE	Unión Europea
UNDOC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
USSG	<i>United States Sentencing Guidelines</i>
UTM	Unidad Tributaria Mensual

Prólogo

La presente obra colectiva pretende hacer una contribución al estudio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ), dentro del abordaje del fenómeno de la corrupción, en especial asociada al crimen organizado transnacional (COT).

Sin ánimo de exagerar ni de crear alarma, debe ponerse de manifiesto la singular gravedad de los delitos de corrupción. Las increíbles cifras de la corrupción en el mundo y particularmente las consecuencias que produce sobre todo en países afectados por la pobreza endémica, el hambre, las condiciones de vida extremas hacen que haya sido incluso elevado a la categoría de crimen internacional, como una manifestación de los crímenes de lesa humanidad (Boersma; Bonacera).

Partimos, pues, de la dimensión estructural, en muchos casos sistémica y siempre compleja de la corrupción, que no permite ser tratada como, exclusivamente, fruto de la episódica actuación de autores individuales. El fenómeno de la corrupción involucra de ordinario complejas redes, con nodos e interconexiones entre sujetos individuales y colectivos, donde entidades públicas y privadas son frecuentemente utilizadas por organizaciones criminales como instrumentos y medios idóneos para la realización de sus actividades delictivas.

Sin embargo, no cabe estigmatizar per se a las personas jurídicas, ya que actúan en nuestras sociedades, en la mayoría de las ocasiones, como sujetos principales de la actividad económico mercantil, como motores, sin duda, del progreso económico y social, pero igualmente son potenciales agentes criminógenos, en ocasiones, de especial magnitud.

Resultan publicamente conocidos numerosos casos, algunos de ellos con una gran repercusión mediática (recordemos Odebrecht o Lava Jato), en los que grandes empresas no solo se han visto involucradas en entramados corruptos, sino que han cobrado un especial protagonismo dentro de ellos, al llevar a cabo por sí mismas actividades económicas y comerciales, en muchos casos de carácter transnacional, con finalidades ilícitas o llevando adelante prácticas

penalmente reprobables, cuando no es que fueron ya directamente constituidas con una finalidad de estar al servicio de las actividades delictivas de las personas u organizaciones, sirviendo en ese caso de pantalla u ocultando a las personas que actúan detrás de ellas o dificultando el descubrimiento o la investigación del delito.

En este sentido, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) (2003) ha alertado de la estrecha vinculación entre la corrupción y otras formas de delincuencia, particularmente con la delincuencia organizada y la delincuencia económica, en la medida en que, la motivación principal que las mueve es de naturaleza económica y en la que, por ello, los sujetos personas jurídicas adquieren una gran relevancia.

Este planteamiento justifica plenamente que dentro del amplio proyecto en el que se enmarca esta investigación, se dedique un volumen en específico a la RPPJ, tratando de identificar los problemas básicos que se han venido suscitando en los distintos sistemas para la aceptación y reconocimiento de la RPPJ, la naturaleza de la responsabilidad, su justificación, regulación y particularidades, etc., a fin de poder evaluar su verdadera eficacia en la lucha contra la corrupción, particularmente vinculada al COT.

Esta obra colectiva se compone de nueve capítulos, en los que han participado un total de diez investigadores. El libro comienza con tres capítulos que realizan una primera aproximación a la RPPJ, en los que se abordan las cuestiones nucleares que han alimentado el debate sobre la punición de los entes colectivos. El primero, a cargo de la profesora Laura Zúñiga Rodríguez, lleva por título “Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En él se reflexiona sobre la naturaleza de esta responsabilidad, cuestión de profundo calado dogmático que, en el marco de la libertad los instrumentos internacionales en materia de corrupción y de crimen organizado dejan a los Estados, en consideración a su tradición jurídica. El segundo capítulo, elaborado por Juan Pablo Pantoja Ruiz y Andrés Fernando Ramírez Monocayo, en íntima conexión con el primero, analiza las bases de los modelos penales y administrativos que fundamentan la responsabilidad de las personas jurídicas, en el contexto de los sistemas jurídicos de referencia no latinoamericanos y de América Latina, incluida Colombia. Todavía en este primer blo-

que, la obra continúa con el tercer capítulo dedicado a la responsabilidad penal por tentativa de las personas jurídicas con base en un modelo de autorresponsabilidad, de la mano de Francisco Valdez Silva y Manuel Cancio Meliá. Los autores realizan una contribución al estudio de la atribución de responsabilidad a título de tentativa, tomando como epicentro el desarrollo de una cultura organizacional de cumplimiento de la legalidad, elemento clave en un modelo de responsabilidad autónoma o propia, más conocido como modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas.

Respecto de este primer bloque quisiera permitirme hacer unas personalísimas consideraciones, no desde la misma perspectiva dogmático-penal abordada por los autores, sino desde mi condición de práctico del derecho, como magistrado de enjuiciamiento con larga experiencia profesional, que se ha visto en su trabajo en la necesidad de estudiar múltiples situaciones cotidianas de la vida económica y política española, en las que personas jurídicas, lo mismo que partidos políticos y sindicatos, como particulares manifestaciones de aquellas, cobraban especial protagonismo, en ocasiones, en muy llamativos y mediáticos casos, en algunos de ellos actuando ellas mismas como actoras principales en el quehacer delincencial, aunque en otros, no fueran más que comparsas o meros instrumentos de la actuación delictiva, dando cobertura a las personas físicas que se encontraban detrás y tratándose en muchos casos no de auténticas empresas mercantiles, sino meros artificios, simulando una actividad mercantil que en la realidad no existía o se desarrollaba en muy escasa medida; es decir, siendo en realidad personas jurídicas inexistentes, sin vida en el tráfico jurídico, recayendo en estos casos la responsabilidad penal únicamente sobre las personas físicas que las instrumentalizan, no de forma vicaria, sino atendiendo a la realidad de la situación y relación jurídica existente.

Una vez reconocida la RPPJ en un determinado sistema penal, los problemas jurídicos que suscitan estas “personas jurídicas” solo aparentes y el tratamiento jurídico penal diferencial que se le ha de dar respecto de las auténticas, debe ser netamente distinto, tanto en relación con lo que se refiere a las garantías penales, como también a las correlativas garantías procesales, como sujetos de derecho procesal, condición que no se les reconoce. En definitiva, la normativa pe-

nal y procesal general aplicable se ha de referir a exclusivamente las verdaderas personas jurídicas, en tanto que tienen vida en el tráfico jurídico mercantil, aunque también eventualmente puedan cometer o cometerse a su través o por medio de ellas ilícitos penales, pero no ha de ocurrir lo mismo respecto de aquellas otras que no tengan verdadera presencia en el tráfico mercantil o ésta sea puramente instrumental para ocultar a los verdaderos autores o meramente residual. A éstas no les serán aplicables las referidas garantías, por reconocérseles únicamente la consideración de meros artificios jurídicos sin personalidad jurídica mercantil. El darles una u otra consideración tiene una gran relevancia procesal y penal. Corresponderá desde el primer momento de la investigación, al juez o al fiscal, dependiendo de a quién este atribuida en el sistema procesal de que se trate, si una determinada persona jurídica investigada por su participación en la comisión de un delito es una verdadera persona jurídica, a la que se le reconozca personalidad jurídica propia y se la tenga, penal y procesalmente, por sujeto de derecho penal, con derechos en el ámbito procesal y sustantivo. En caso contrario, simplemente no se la reconocerá como tal, con las importantísimas consecuencias de denegación de derechos procesales que ello comporta.

También el abordaje de la RPPJ por el que opto, desde la perspectiva del práctico, aplicador del derecho, en directo contacto con la sociedad a la que principlamente concierne las consecuencias de la actividad delictiva de la persona jurídica, el tema conlleva otros puntos de vista y planteamientos.

La profesora Zuñiga recoge muy expresivamente en su texto las reflexiones de R. Von Ihering, para quien el jurista práctico es el que impulsa el derecho, mientras que el teórico se debe limitar a clasificar los resultados del primero (Ihering, 2002: 21). Refiere, que en su lección inaugural de 1868 para acceder a la cátedra de la universidad de Viena ponía de relieve que el derecho no puede quedar reducido a conceptos jurídicos, sino que detrás están intereses concretos. Considera que el jurista debe tener presente el “trío mágico”, que lo conforman: la historia, la filosofía y el derecho; es decir, desde una visión de la vida práctica (la historia), el científico del Derecho debe construir categorías bajo el ideal de Justicia (la filosofía).

Este sugestivo planteamiento permite en mi opinión corroborar desde la aplicación del derecho la conveniencia de trascender de las objeciones propiciadas por los corsés dogmático penales, que amparan con una construcción teórica que fundamenta la responsabilidad penal esencialmente sobre el principio de culpabilidad que, por ejemplo, no se contemple en el derecho positivo de algunos países la RPPJ, sobre la base de la plena vigencia en los mismos del principio *societas delinquier non potest*, de la innecesariedad de la RPPJ como tal, ante la existencia de una responsabilidad vicaria por parte de sus directivos u órganos, o de la posibilidad de satisfacer las necesidades o conveniencias político-criminales por medio de sanciones puramente administrativas y sugerir que existen suficientes razones desde la perspectiva de la prevalencia constitucional del valor justicia y específicamente de las exigencias y significado que la justicia penal ha de tener en una sociedad democrática, para que la RPPJ cobre carta de naturaleza, con plena aceptación, sin reservas, y en plano de igualdad, con la de las personas físicas, por ser elemento común en todos los sistemas que culturalmente se encuentran involucrados en el combate o tratamiento jurídico de la corrupción, en todas sus dimensiones, como una exigencia de la comunidad, sin haber hacer excepción ni ser necesario construir ni buscar alternativas menores a la sanción penal (por ej. responsabilidad administrativa de la persona jurídica, etc.), resultado de las exigencias de la dogmática penal.

Una de las características de los delitos de corrupción en nuestras sociedades es la dificultad de identificar víctimas individualizadas, al tratarse esencialmente de delitos contra la colectividad, en los que, sin embargo, y precisamente por eso, la identificación del sujeto activo, con normalmente un importante/significativo peso en la comunidad, cobra especial importancia desde el punto de la construcción del relato de rendición de cuentas ante la sociedad, del establecimiento de la responsabilidad y en definitiva de la función que deba tener en nuestras sociedades la respuesta penal. No es en absoluto irrelevante para la comunidad que se trate de uno u otro sujeto, incluso de una persona jurídica, especialmente cuando se trata de algunas clases de ellas, como partidos políticos, sindicatos, como también que se dibuje adecuadamente la relación del sujeto con el hecho y de qué forma queda afectada la comunidad, que se afirme/exprese el derecho y en definitiva se dé consistencia a la respuesta penal.

Resulta cierto que el derecho penal actual, tanto en su parte general, como en su parte especial, se sigue construyendo bajo el paradigma de la responsabilidad personal del sujeto, con capacidad de culpabilidad, atributo característico de las personas físicas. Sin embargo, se ha venido planteado acertadamente la posibilidad de la construcción de un derecho penal específico de la persona jurídica, separado y soportado en otras construcciones u otros principios diferentes, sin separarse no obstante excesivamente de los postulados tradicionales de la dogmática penal, aunque sofisticando sobremanera el alcance de ésta, abogan por otros fundamentos para la autoresponsabilidad o responsabilidad penal propia de la persona jurídica, como los que se exploran por los autores de este volumen.

Sin embargo, personalmente, me permito sugerir, sin dejar de considerar vigentes los principios tradicionales del derecho penal liberal clásico y de la dogmática penal fundamentadores y legitimadores de la pena, que de forma complementaria es necesario buscar en la complejidad de las sociedades actuales otras fundamentaciones y otras funcionalidades de la justicia penal que tengan en cuenta el papel de los distintos actores, incluida la comunidad y que permitan una interconexión entre y con los distintos operadores que intervienen en cada caso en esta justicia penal. El castigo ya no solo debería ser o reducirse al mero acto de, una vez identificado el hecho contrario a derecho, la correlativa imposición de la pena con la que la norma penal conmina esa determinada conducta como consecuencia jurídica, desligándose de la riqueza del contexto en el que se produce la infracción penal y del propio iter o proceso de establecimiento y fijación del hecho con sus complejidades, como contexto dentro de un más amplio contexto, de determinación del derecho y circunstancias de determinación de la sanción, sino que debe alcanzar la dimensión de un auténtico acto expresivo comunicativo, en el que el castigo afirme, exprese, con un lenguaje fuerte que represente a la comunidad, el derecho (Duff). El derecho penal no solo pertenece a los académicos estudiosos de la dogmática, ni a los jueces a los que las sociedades atribuyen la función de aplicarlo, sino a la comunidad en sentido amplio y se construye a través no solo de las normas penales, también de los procesos de aplicación de éstas, juicios, sentencias, etc...

Convenimos que, en nuestras sociedades, la persona jurídica no es una mera construcción oportunista ni una ficción jurídica. Es una realidad fuerte que en general actúa por sí misma en la vida jurídico mercantil, independientemente de quienes eventualmente pudieran estar detrás, controlarla o participar en su organización o gestión, por lo que es evidente, que cobra especial importancia y sentido los modelos de autoresponsabilidad propugnados, que se ajustan mucho más a un planteamiento pragmático descriptivo derivado de la directa observación de la operativa de la persona jurídica en el tráfico jurídico y en la vida social y de su relación con la comunidad. La persona jurídica cuando comete delitos lo hace en su actuación en el tráfico jurídico y su posible responsabilidad es necesario plantearla desde su potencialidad y facilidad de interferir de forma anómala en el tráfico mercantil y, por tanto, como generadora de riesgos, con la existencia de un gran cúmulo de elementos, constitutivos, organizativos, en los procesos de toma de decisiones, que necesariamente deben estar sometidos a suficientes mecanismos de control. Estos defectos constitutivos, de gestión o de control, con posibilidad afectar a la propia identidad cultural corporativa legitimadora de su actuación determina que nos encontremos ante una persona jurídica defectuosa. La constatación de esta anomalía y en qué consiste, aparte de su función justificadora de la actuación de la norma penal cuando se produce el riesgo proscrito y la subsiguiente imposición de la pena, suele ser un factor que en sí mismo interesa sobremanera a la comunidad, por ser en muchos casos un elemento muy relevante para la conformación del debate social.

A este respecto, a título de ejemplo significativo me permito comentar el conocido y no exento de polémica asunto Gürtel juzgado en España en 2018, que desencadenó en su momento graves consecuencias políticas. Dicho proceso gravitaba en torno a llamativas prácticas corruptas, de financiación ilegal y multitud de otros delitos conexos imputados a diversas personas físicas, referidas al partido político gobernante, por hechos producidos durante un tiempo anterior a las reformas legislativas que introdujeron en España la RPPJ (2010) y la de los partidos políticos en particular (2015), por lo que solo se existía contra éste una imputación no penal como participe a título lucrativo. Pero este caso evidenció la imprescindible necesidad de que la justicia penal no se limitara a una mecánica y aséptica impo-

sición de penas, sino que participara en la inquietud social y entrara en directo dialogo con la comunidad, de tal manera que se ofreciera a ésta un *storytelling* o relato comunicativo imparcial resultante de la adecuada valoración de la prueba (hechos probados), que sirviera para identificar los distintos papeles jugados por los diversos actores penales, sin importar su condición de personas físicas o jurídicas, o incluso partidos políticos, y que, por ejemplo, en dicho caso, el hecho significativo de que los partidos políticos como subgénero de las personas jurídicas no fueran entonces penalmente perseguibles, no podía implicar que se les excluyera del relato, ya que lo vaciaba dramáticamente de una parte importante de su contenido sustancial y comportaba de facto una inadmisibles claudicación del papel que la justicia penal debía jugar en una sociedad democrática, frustrando la legítima expectativa de la comunidad de que se rinda debida cuenta por parte de los actores políticos y sociales, en un momento en que se encontraba gravemente comprometida la percepción de la limpieza de los procesos políticos y de la institucionalidad, por la existencia de fundadas sospechas de corrupción de actores políticos fundamentales. La conclusión es que la respuesta de la justicia penal no podía implicar desentenderse de todos aquellos elementos relevantes que contextualizan la situación y explican a la comunidad lo ocurrido, so pretexto de que la persona jurídica no pueda ser objeto de sanción penal por no estar su responsabilidad penal expresamente regulada.

Los siguientes capítulos cuarto y quinto aterrizan en el estudio de cuestiones específicas en relación con la manera en que se prevé en la RPPJ el régimen de eximentes, atenuantes y agravantes que les son aplicables y su papel en la prevención y castigo de los delitos de corrupción. Soledad Gil Nobajas, en el capítulo cuarto, analiza las especialidades en relación con las circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes, particularmente el papel que juega la implementación de un programa de cumplimiento o de integridad de la empresa a los efectos de excluir su responsabilidad, la eficacia atenuante de la colaboración o cooperación con las autoridades, así como el factor de agravación de la reincidencia como contrapartida al fomento de la autorregulación empresarial. En el Capítulo quinto, a cargo de Julio Ballesteros Sánchez, Andrea Santos Prada y Virginia Naval Linares, se analizan los elementos de los sistemas de gestión antisoborno según el estándar de la norma ISO 37001, en atención a la centralidad que

ocupan los programas de cumplimiento en la configuración y atribución de la RPPJ. Estos estándares que elabora la Organización Internacional de Normalización (ISO) constituyen sin duda herramientas fundamentales para evitar las prácticas corruptas, teniendo en cuenta que los déficits en el control y prevención de los delitos en las operaciones empresariales contribuyen a las dinámicas de corrupción.

Con el capítulo sexto se aborda otra cuestión fundamental en el desarrollo de una política eficaz contra la corrupción, como es el régimen de penas principales y accesorias que les es aplicable. En concreto, se analiza la eficacia preventiva y disuasoria de la multa, pena principal por antonomasia para las personas jurídicas dada la naturaleza eminentemente económica de la potencial actividad delictiva en la que toma parte, así como de las inhabilitaciones especiales para contratar con el sector público y para recibir ayudas públicas, de cualquier tipo, en su doble naturaleza de penas principales y accesorias.

El séptimo capítulo, elaborado por Daniel Fernando Jiménez Jiménez, incursiona en el caso colombiano, con un análisis de las distintas vías de sanción existentes para las personas jurídicas. Aunque Colombia no ha optado, por el momento, por la vía penal para sancionar a las personas jurídicas, cuenta con una batería de disposiciones en el ámbito administrativo y procesal penal de las que se deriva la imposición de sanciones y consecuencias jurídicas para estas entidades, cuyas luces y sombras para responder eficazmente a su participación en delitos de corrupción se analizan en este capítulo.

Finalmente, en el capítulo octavo se ofrecen las conclusiones de la obra con unas reflexiones finales en relación con los desafíos que presenta la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas para que pueda configurarse como una herramienta más relevante en el futuro de la lucha contra la corrupción. Seguidamente se presentan en el capítulo noveno unas recomendaciones para enfrentar a la dimensión corporativa del fenómeno de la corrupción (sobre todo cuando está vinculada al COT), en América Latina y, con las particularidades que presenta su legislación, en Colombia.

La pregunta de investigación que subyace a todos los capítulos es la siguiente: ¿en qué medida la institución analizada puede dar una respuesta idónea al fenómeno de la corrupción transnacional en

América Latina, en general, y en Colombia, en particular? Los capítulos tienen una estructura muy similar (salvo los capítulos primero, tercero y séptimo, por la particularidad del tema que abordan en el marco de esta obra). Se analizan, en primer lugar, los instrumentos legales internacionales y regionales más relevantes. En concreto, en el ámbito internacional, los documentos de referencia son la Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional o Convención de Palermo, del año 2000, la CNUCC o Convención de Mérida, del año 2003, el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación de Terrorismo, del año 1999, así como la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, del año 1997.

Los documentos legales regionales se dividen entre los latinoamericanos y los europeos. En el ámbito latinoamericano, el instrumento de referencia en la materia es la Convención Interamericana contra la Corrupción, del año 1996. En el ámbito europeo, el análisis se divide entre los instrumentos procedentes del Consejo de Europa y los procedentes la Unión Europea.

Dentro del Consejo de Europa, los instrumentos principales de referencia son las dos convenciones sobre corrupción del año 1999, la penal y la civil. En la Unión Europea, de las diversas iniciativas que existen para combatir la corrupción (también cuando se vincula al COT), son fundamentales la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, del año 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, y la Directiva 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión Europea.

Tras el análisis de los instrumentos supranacionales, los capítulos se centran en el estudio de los países de referencia, que se engloban en dos grupos: países del ámbito latinoamericano y países fuera de este ámbito. Entre estos últimos, se toman como referencia España, EE.UU. y, en ocasiones, por su relevancia en la institución analizada, Italia, ya que, además, son países con sistemas jurídicos muy diferentes entre sí, lo que aporta valor al análisis de Derecho comparado, que constituye una parte esencial de esta obra. En el ámbito latinoamericano,

mericano, los países de referencia son Argentina, Brasil, Chile, Perú y México. Colombia merece un análisis más detallado en esta obra, por eso, los capítulos dedican un apartado separado al análisis de su legislación, realizándose, además, una comparativa entre el sistema colombiano y el resto de sistemas nacionales, y entre el sistema colombiano y los instrumentos regionales e internacionales de referencia. Los capítulos finalizan con unas conclusiones y recomendaciones para los países de América Latina y, particularmente, para Colombia.

En Madrid, a 1 de febrero de 2024,

JOSÉ RICARDO DE PRADA SOLAESA

Presentación

1. EL PROGRAMA DE INVESTIGACIÓN 70593 Y LA RED SOBRE RESPUESTAS A LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

El programa de investigación 70593, desarrollado entre agosto de 2020 y febrero de 2024, se ha dirigido a elaborar una estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en América Latina en general, y en Colombia en particular, la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT), a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales (el Programa 70593). Su investigador principal ha sido el profesor Héctor Olasolo (España/Colombia), quien se desempeña como profesor titular de carrera en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) y presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia internacional (IIH) (Países Bajos).

El Programa 70593 ha sido financiado por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación de Colombia (Minciencias), y ha sido ejecutado por la Universidad del Rosario como entidad ejecutante y por la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá, Colombia) como entidad coejecutante. El Programa 70593 ha contado además con el apoyo institucional y financiero del IIH.

El Programa 70593 ha estado compuesto por los siguientes tres proyectos de investigación que se han dirigido a analizar:

(1) Las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de la simulación de sistemas sociales: Proyecto 71861, cuyos investigadores principales han sido Angela Lucia Noguera Hidalgo (Colombia) y Oscar Julián Palma Morales (Colombia), ambos adscritos a la Facultad de Estudios Internacionales, Políticos y Urbanos (FEIPU) de la Universidad del Rosario;

(2) Las respuestas a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado desde el derecho público comparado: Proyecto 71848, cuyos investigadores principales han sido Norberto Hernández Jiménez (Colombia), adscrito a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana y Vanessa Andrea Suelst Cock (Colombia), adscrita a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

(3) Las respuestas a la corrupción asociada al COT desde el derecho internacional: Proyecto 70817, cuyo investigador principal ha sido el profesor Héctor Olasolo.

El Proyecto 71861 ha buscado específicamente establecer una aproximación para la comprensión de las dinámicas de adaptación y flexibilidad del narcotráfico marítimo en las Américas, incluyendo la corrupción asociada al mismo, a través de la utilización de instrumentos de simulación de sistemas sociales. Ha abordado este fenómeno desde las perspectivas teóricas de “organizaciones como sistemas sociales” y de “sistemas complejos adaptativos”. Estas perspectivas han permitido analizar y explicar el comportamiento flexible, adaptable y evolutivo del sistema organizacional transnacional de narcotráfico marítimo, más allá del paradigma de organizaciones jerarquizadas, rígidas y centralizadas, que caracteriza el estudio de las estructuras del narcotráfico. Así mismo, el Proyecto 71861 ha buscado entender las lógicas del comportamiento de los actores en la cadena de tráfico marítimo de narcóticos, las tareas que desempeñan, sus prácticas de corrupción, la distribución, los modos de transporte, y sus rutas. Todas estas variables están sujetas a continuos procesos de cambio impuestos por las condiciones del contexto.

El Proyecto 71848 se ha dirigido a diseñar una estrategia para América Latina en general, y Colombia en particular, de respuesta a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a partir de las experiencias del derecho público comparado y de una adecuada comprensión de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo en Colombia y América Latina. Este proyecto se ha centrado, en primer lugar, en analizar el alcance y limitaciones que ofrece el derecho público colombiano, especialmente a través del derecho constitucional, electoral, administrativo, financiero, tributario, penal y procesal penal para responder al fenómeno de la

corrupción asociada al crimen transnacional organizado. Sobre esta base, se han explorado los mecanismos que ofrecen las experiencias de derecho público comparado en diversos Estados de la región, como Argentina, Brasil, Chile, México y Perú (así como en Estados no latinoamericanos como España, Estados Unidos e Italia), con el fin de determinar qué medidas sería aconsejable adoptar en el derecho interno colombiano para incrementar el nivel de eficacia en la lucha contra dicho fenómeno. Al realizar el análisis, se ha prestado particular atención a las medidas propuestas desde el derecho internacional, con el fin de favorecer la construcción de una respuesta integrada que incremente su eficacia.

Finalmente, el Proyecto 70817 ha buscado especialmente diseñar una estrategia de respuesta a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a partir del derecho internacional y de una adecuada comprensión de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo en Colombia y América Latina, prestando particular atención a la respuesta ofrecida desde el derecho público comparado. Por un lado, el Proyecto ha estudiado las posibilidades que ofrece el Derecho Penal Transnacional y el Derecho Internacional Penal para abordar el fenómeno de la corrupción asociada al COT. En este contexto, se ha analizado si la creación de una institución de ámbito regional para promover la coordinación entre las autoridades nacionales y mejorar su cooperación en materia de prestación de ayuda judicial mutua y ejecución de peticiones de extradición, reforzaría la eficacia de las medidas que el derecho público comparado aconseja adoptar en el derecho interno colombiano. Así mismo, se ha estudiado si dicha eficacia pudiera también verse reforzada por la utilización de algunos de los mecanismos de aplicación del Derecho Internacional Penal, como sería la creación de una Corte Latino-Americana y del Caribe contra el crimen transnacional organizado (con inclusión, o no, de una agencia supranacional de recogida y análisis de información).

El Programa 70593 y los Proyectos 71861, 71848 y 70817 han sido desarrollados entre agosto de 2020 y febrero de 2024, con base en cinco elementos principales siguientes:

1. En primer lugar, para desarrollar el Programa 70593 y los Proyectos 71861, 71868 y 70817, se conformó a partir del 28 de agosto

de 2020 la red de investigación sobre respuestas a la corrupción asociada al COT (la Red). La Red está conformada por alrededor de 300 investigadores de América Latina, Europa y Norteamérica, agrupados en los siguientes grupos de investigación: (a) criminología; (b) narcotráfico marítimo y dinámicas de la ciudad-puerto; (c) derecho constitucional electoral; (d) derecho administrativo; (e) derecho disciplinario en los sectores justicia y seguridad; (f) derecho privado; (g) derecho financiero y tributario; (h) derecho penal; (i) derecho procesal penal; (j) cooperación internacional en materia penal; (k) derecho internacional penal; (l) derecho internacional de los derechos humanos; y (m) relaciones internacionales y política exterior. La Red está también conformada por un Comité de Recomendaciones sobre Propuestas relativas a las Estrategias de Actuación en América Latina, el cual fue creado en septiembre de 2020, y cuya composición se puede consultar más abajo.

Desde su conformación, los grupos de investigación que conforman la Red han estado trabajando durante tres años y medio en el desarrollo del Programa 70593 y sus tres Proyectos, lo que ha permitido su progresiva consolidación. Su composición y actividades se pueden consultar en el Documento Final de Recomendaciones del Programa 70593, que será objeto de publicación una vez hayan sido publicadas las obras colectivas preparadas por los grupos de investigación de la Red.

Lo anterior ha permitido analizar el fenómeno objeto de estudio desde: (a) la criminología; (b) las particulares dinámicas de las organizaciones del COT dedicadas al narcotráfico marítimo que operan en el entorno de la ciudad-puerto; (c) las relaciones internacionales; y (d) la política exterior.

Además, con base en los hallazgos realizados sobre el fenómeno objeto de estudio, se han analizado las respuestas que pueden adoptarse frente al mismo desde el derecho público comparado (derecho constitucional, electoral, administrativo, disciplinario, privado, financiero, tributario, penal, procesal penal, y cooperación jurídica no judicial) e internacional (cooperación judicial internacional, derecho internacional de los espacios marítimos, derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional penal y arbitraje de tratados de inversión).

2. En segundo lugar, la pluralidad e interdisciplinariedad de los integrantes de los grupos de investigación de la Red, han permitido desarrollar toda una serie de seminarios internacionales (apropiación social del conocimiento) celebrados en Colombia y fuera de Colombia sobre las distintas temáticas estudiadas por el Programa 70593 y sus tres Proyectos, y cuyas grabaciones se pueden visionar en los siguientes enlaces del micrositio del Programa:

- Seminario Internacional 1: Introducción al Programa 70593: Redes del Crimen Organizado y Respuesta del Derecho Público e Internacional: <https://www.iberoamericaninstituteofth Hague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-1-introduccion-al-programa-70593-redes-del-crimen-organizado-transnacional-y-respuesta-integrada-desde-el-derecho-publico-comparado-e-internacional>
- Seminario Internacional 2: Teoría Evolutiva, Narcotráfico Marítimo y Puertos: <https://www.iberoamericaninstituteofth Hague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-ii-teoria-evolutiva-narcotrafico-maritimo-y-puertos>.
- Seminario Internacional 3: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Penal: <https://www.iberoamericaninstituteofth Hague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-iii-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-penal>.
- Seminario Internacional 4: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Procesal Penal: <https://www.iberoamericaninstituteofth Hague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-4-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-procesal-penal>.
- Seminario Internacional 5: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Administrativo: <https://www.iberoamericaninstituteofth Hague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-penal-internacional>.
- Seminario Internacional 6: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Disciplinario en Justicia y Seguridad: <https://www.iberoamericaninstituteofth Hague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario>

internacional-6-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-disciplinario-en-justicia-y-seguridad.

– Seminario Internacional 7: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Constitucional y Electoral: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-7-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-constitucional-7-electoral>.

– Seminario Internacional 8: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Tributario, Financiero y Cambiario: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-8-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-tributario-financiero-y-cambiario>.

– Seminario Internacional 9: Definición, Manifestaciones, Causas y Consecuencias de la Corrupción y el Crimen Organizado Transnacional: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-9-definicion-manifestaciones-causas-y-consecuencias-de-la-corrupcion-asociada-al-crimen-organizado-transnacional>.

– Seminario Internacional 10: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Casos Estudios de Colombia y la Amazonía Brasileña: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-10-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-casos-estudios-de-colombia-y-la-amazonia>.

– Seminario Internacional 11: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Privado: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-11-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-privado>.

– Seminario Internacional 12: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde la Cooperación Internacional: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-12-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-la-cooperacion-internacional>.

– Seminario Internacional 13: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho Internacional Penal: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen>

transnacional-organizado/seminario-internacional-13-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-internacional-penal.

– Seminario Internacional 14: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde la Política Exterior en América Latina: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-14-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-la-politica-exterior-en-america-latina>.

– Seminario Internacional 15: Corruption and Transnational Organized Crime: Responses from the US Foreign Policy: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-15-corrupcion-and-transnational-organized-crime-responses-from-the-us-foreign-policy>.

– Seminario Internacional 16: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde los Derechos Humanos: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-16-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-los-derechos-humanos>.

– Seminario Internacional 17: Corrupción y Crimen Organizado Transnacional: Respuestas desde el Derecho de los Espacios Marítimos: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-17-corrupcion-y-crimen-organizado-transnacional-respuestas-desde-el-derecho-internacional-de-los-espacios-maritimos>.

– Seminario Internacional 18: Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional: Resultados del Programa 70593 de Minciencias y de los Proyectos 70817, 71848 y 71861: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-18-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-organizado-transnacional>.

– Seminario Internacional 19: Resultados del Proyecto 71848-Respuestas desde el derecho público comparado a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional: <https://www.iberamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-19-resultados-del-proyecto-71848-respuestas-desde-el-derecho-publico-comparado>.

– Seminario Internacional 20: Resultados del Proyecto 71861-Aproximación a la comprensión del comportamiento de las redes de narcotráfico marítimo, incluyendo las prácticas de corrupción

asociadas al mismo, desde el marco evolutivo: <https://www.iberroamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-20-narcotrafico-maritimo-y-sistemas-sociales-resultados-del-proyecto-71861-miniciencias>.

– Seminario Internacional 21: Presentación en La Haya: Resultados Programa 70593 y Proyectos 70817, 71848 y 71861: <https://www.iberroamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/red-de-investigacion-respuestas-a-la-corrupcion-asociada-al-crimen-transnacional-organizado/seminario-internacional-21-presentacion-en-la-haya-resultados>

3. En tercer lugar, se ha elaborado (y enviado al Centro Internacional de Investigación y Análisis Contra el Narcotráfico Marítimo (CMCON)) el concepto técnico (con número de referencia 1-2024-71861) titulado “sobre el modelo de simulación elaborado mediante el software NetLogo 5.0 para reflejar la dinámica social de la ciudad-puerto desde una perspectiva basada en agentes y la incidencia del fenómeno de la corrupción en el narcotráfico marítimo” (el concepto técnico), el cual ha sido desarrollado en el marco de la colaboración mantenida con el CMCON durante la ejecución del Proyecto 71861.

Con el fin de proporcionar una aproximación que permita comprender las complejas dinámicas organizativas de la ciudad-puerto desde una perspectiva de sistemas sociales y la incidencia del fenómeno de la corrupción en el narcotráfico marítimo, el Proyecto 71861 ha elaborado un modelo de simulación mediante el software NetLogo 5.0. La simulación proporciona un escenario para el diseño y la construcción de espacios de experimentación, donde se exploran las actividades realizadas por las organizaciones criminales que utilizan terminales portuarias y estrategias de reclutamiento para llevar a cabo las actividades relacionadas con el narcotráfico. Este enfoque ofrece a investigadores y responsables de la gestión una perspectiva diferente para comprender los mecanismos de toma de decisiones en este contexto.

El concepto técnico explica cómo se ha elaborado dicho modelo de simulación, así como su funcionamiento y los resultados y las limitaciones que presenta, reflejando, en particular, como el narcotráfico

marítimo se manifiesta como un sistema social complejo y adaptativo en el contexto de la ciudad-puerto, y cómo esta comprensión puede brindarnos una visión más clara de su funcionamiento.

4. En cuarto lugar, los grupos de investigación de la Red, además de completar las 3 obras colectivas esperadas (una por Proyecto), han completado cada uno de ellos, al menos, una obra colectiva adicional. Esto ha permitido ampliar disciplinaria y temáticamente el análisis del objeto de estudio, y ha favorecido la elaboración de los Documentos Finales de Recomendaciones de cada Proyecto, y del Programa, desde una perspectiva notablemente más interdisciplinar de lo previsto en un primer momento.

De esta manera, para finales de febrero de 2024 se han completado 25 obras colectivas, todas ellas aceptadas para publicación como libros de investigación, tras el correspondiente proceso de evaluación anónima, por la editorial internacional Tirant lo Blanch (España). Temáticamente, las obras colectivas se pueden clasificar de la siguiente manera:

A. Análisis del Fenómeno Objeto de Estudio (Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional):

- El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte I. La corrupción pública y privada y su medición (Proyecto 70817).
- El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte II. La corrupción pública y privada asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 70817).
- El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Parte III. Experiencias en la Amazonía y Colombia (Proyecto 70817).
- Dinámicas de adaptación del narcotráfico marítimo y la ciudad puerto (Proyecto 71861).

B. Respuestas desde el Derecho Público Comparado:

- Respuestas a la corrupción desde el derecho constitucional. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho electoral. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).

- Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte I. Medidas transversales de prevención (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte II. Medidas particulares de prevención (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción y su dimensión transnacional desde el derecho administrativo. Parte III. Respuestas en materia de vigilancia, fiscalización y responsabilidad patrimonial y sancionatoria (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho administrativo. Parte IV. Cuestiones relativas al marco deontológico y al sistema disciplinario de los funcionarios del sector justicia y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho financiero y tributario y la cooperación internacional no judicial. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde la parte general del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Personas físicas (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde la parte general del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II: Personas jurídicas (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde la parte especial del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I: Cohecho, malversación, tráfico de influencias, abuso de funciones, prevaricato, enriquecimiento ilícito y administración desleal (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde la parte especial del derecho penal. Particular atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II: Financiación ilegal de partidos políticos y campañas electorales, delitos tributarios, lavado de activos, delitos de favorecimiento real y delitos de obstrucción a la justicia (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho procesal penal. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Modelos institucionales de prevención, incentivos y protección de alertadores, denunciantes y testigos y participación y protección de las víctimas (Proyecto 71848).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho procesal penal. Especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte II. Las actuaciones de investigación (Proyecto 71848).

C. Respuestas desde el Análisis Comparado de Otras Áreas del Derecho

- Respuestas a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional desde el derecho privado, la cooperación internacional en materia civil, la regulación de mercados ilícitos y el arbitraje de tratados de inversión (Proyecto 70817).

D. Respuestas desde el Derecho Internacional

- Respuestas a la corrupción transnacional desde la cooperación internacional en materia penal (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho internacional de los derechos humanos: especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Las respuestas desde el sistema universal de derechos humanos (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción desde el derecho internacional de los derechos humanos: especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Parte I. Las respuestas desde los mecanismos regionales de protección de los derechos humanos (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho internacional penal. parte I. Mecanismos de aplicación y cooperación internacional (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción transnacional desde el derecho internacional penal. Parte II. Cuestiones Sustantivas y Procesales (Proyecto 70817).

E. Respuestas desde las Relaciones Internacionales y la Política Exterior

- Respuestas a la corrupción transnacional desde la política exterior de los Estados latinoamericanos (Proyecto 70817).
- Respuestas a la corrupción transnacional a la luz de los ejes de acción de las organizaciones regionales y subregionales en América Latina y de la actuación de los Estados latinoamericanos en el marco de la CNUDOT y la CNUCC (Proyecto 70817).

Así mismo, además de publicar (o ser aceptados para publicación) los artículos de investigación esperados (cuatro en el Proyecto 71861, tres en el Proyecto 70817 y dos en el Proyecto 71848), los grupos de investigación de la Red han publicado (o han sido aceptados para publicación) otros artículos en materias muy relevantes para el estudio del fenómeno de la corrupción asociada al COT, tales como:

A. Una mayor comprensión del fenómeno objeto de estudio:

- La distinción entre corrupción institucional y organizacional, y la creciente importancia de las redes complejas de corrupción (Proyecto 70817).
- La naturaleza y funcionamiento de las organizaciones del COT como proceso evolutivo de conocimiento, con especial referencia a las perspectivas para su aplicación en el estudio del narcotráfico (Proyecto 71861).
- La naturaleza y funcionamiento de las compañías militares y de seguridad privadas (Proyecto 71848).

B. Una comprensión territorial de los problemas presentados por ciertas políticas públicas antidroga aplicadas en las últimas décadas:

- El impacto en los territorios de las políticas públicas antidroga basadas en la securitización, con particular atención al caso del Guaviare (Colombia) (Proyecto 71848).

C. El análisis de ciertos mecanismos anticorrupción internacionales que operan en los ámbitos regional y nacional:

- Las bases teóricas y las técnicas de investigación de las investigaciones realizadas desde el derecho internacional con una perspectiva crítica (Proyecto 70817).
- Los mecanismos anticorrupción de naturaleza regional, como la Sección Especializada en Derecho Internacional Penal de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (Proyecto 70817).
- Los mecanismos internacionales anticorrupción que operan dentro de los sistemas nacionales para los cuales se establecen, con particular atención a las fortalezas y debilidades de las Comisiones y Misiones de Apoyo Internacionales, como mecanismo anticorrupción a la luz de las experiencias centroamericanas (Proyecto 70817).

5. Finalmente, en quinto lugar, los resultados generados por los grupos de investigación de la Red han permitido desarrollar unos Documentos Finales de Recomendaciones de cada uno de los tres Proyectos, y del Programa 70593, comprehensivos, detallados e interdisciplinarios (apropiación social del conocimiento). En particular, el Documento Final de Recomendaciones del Programa, construido con base en los Documentos Finales de Recomendaciones de los Proyectos 70817, 71848 y 71861, recoge una estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para

enfrentar en América Latina en general, y en Colombia en particular, la corrupción asociada al COT, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales. Esta estrategia se ha elaborado de acuerdo al siguiente índice temático:

A. Identificación del problema: conclusiones y recomendaciones sobre el fenómeno de la corrupción transnacional desde las perspectivas criminológicas

Capítulo 1. Conclusiones sobre los distintos tipos de manifestaciones del fenómeno de la corrupción transnacional: actos individuales de corrupción, situaciones de macro-corrupción, captura del Estado y corrupción institucional y redes complejas de corrupción.

Capítulo 2. Conclusiones relativas a los estudios de casos de la Amazonía.

Capítulo 3. Recomendaciones frente a las manifestaciones del fenómeno de la corrupción transnacional que van más allá de actos individuales corruptos.

B. Dinámicas de adaptación del narcotráfico marítimo y la ciudad puerto

Capítulo 4. Observaciones sobre las redes de narcotráfico en las ciudades puerto y las respuestas al fenómeno.

Capítulo 5. Recomendaciones de políticas públicas para enfrentar de manera más efectiva las redes de narcotráfico marítimo en las ciudades puerto.

C. Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho constitucional y electoral

Capítulo 6. Conclusiones y recomendaciones relativas al derecho constitucional.

Capítulo 7. Conclusiones y recomendaciones relativas al derecho electoral.

D. Recomendaciones en materia de derecho administrativo

Capítulo 8. Recomendaciones relativas a las medidas transversales de prevención.

Capítulo 9. Recomendaciones relativas a las medidas específicas de prevención.

Capítulo 10. Recomendaciones relativas a las medidas sobre vigilancia, fiscalización y responsabilidad patrimonial y sancionatoria.

E. Recomendaciones en materia de derecho disciplinario

Capítulo 11. Recomendaciones sobre el marco deontológico y el sistema disciplinario de los funcionarios del sector justicia y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

F. Recomendaciones en materia de financiero y tributario

Capítulo 12. Recomendaciones sobre derecho financiero y tributario y cooperación jurídica internacional no judicial

G. Conclusiones y recomendaciones relativas a las nuevas tecnologías, las estrategias regulatorias de los mercados ilícitos y la tributación de los ingresos derivados de actividades al margen de la ley

Capítulo 13. Conclusiones y recomendaciones sobre mecanismos anticorrupción en materia de asuntos financieros: Fintech, Regtech, KYC, AML/CFT, Blockchain y acciones de transparencia.

Capítulo 14. Conclusiones y recomendaciones sobre seguridad digital, intervenciones estatales en el mercado y medidas tributarias: especial atención a los problemas de corrupción, crimen organizado y evasión de impuestos en el comercio ilícito de oro y drogas.

H. Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho privado, recuperación de activos ilícitos, cooperación jurídica internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes en materia civil y arbitraje de tratados de inversión

Capítulo 15. Conclusiones y recomendaciones sobre liderazgo ético y acciones colectivas para la transparencia en los negocios.

Capítulo 16. Conclusiones y recomendaciones sobre recuperación de activos ilícitos, cooperación jurídica internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes en materia civil.

Capítulo 17. Conclusiones y recomendaciones sobre el tratamiento de la corrupción en el arbitraje de tratados de inversión.

I. Recomendaciones en materia de derecho penal

Capítulo 18. Recomendaciones relativas al tratamiento de las personas naturales en la parte general del derecho penal.

Capítulo 19. Recomendaciones relativas al tratamiento de las personas jurídicas en la parte general del derecho penal.

Capítulo 20. Recomendaciones relativas al tratamiento de la corrupción pública y privada en la parte especial del derecho penal I.

Capítulo 21. Recomendaciones relativas al tratamiento de la corrupción pública y privada en la parte especial del derecho penal II.

J. Recomendaciones en materia de derecho procesal penal

Capítulo 22. Recomendaciones relativas a los modelos institucionales de prevención, los incentivos y protección de alertadores, denunciantes y testigos y la participación y protección de las víctimas.

Capítulo 23. Recomendaciones relativas a las actuaciones de investigación.

K. Conclusiones y recomendaciones sobre la cooperación jurídica internacional en materia penal

Capítulo 24. Conclusiones y recomendaciones en materia de cooperación jurídica internacional en el ámbito penal.

L. Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho internacional penal

Capítulo 25. Conclusiones sobre el desconocimiento de la amplia extensión y el carácter organizado de la corrupción transnacional en su definición en los tratados internacionales anticorrupción

Capítulo 26. Conclusiones y recomendaciones relativas a los mecanismos de aplicación del derecho internacional penal y la cooperación internacional.

Capítulo 27. Conclusiones y recomendaciones sobre cuestiones sustantivas y procesales en materia de derecho internacional penal.

LL. Conclusiones y recomendaciones en materia de derecho internacional de los derechos humanos

Capítulo 28. Sistema universal de protección de los derechos humanos.

Capítulo 29. Sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

M. Conclusiones y recomendaciones en materia de política exterior de los Estados latinoamericanos y de ejes de acción de las organizaciones de ámbito regional en América Latina.

Capítulo 30. Conclusiones y recomendaciones sobre la política exterior de los Estados latinoamericanos.

Capítulo 31. Conclusiones y recomendaciones sobre los ejes de acción de las organizaciones regionales y subregionales en América Latina y la actuación de los Estados latinoamericanos en el marco de las Convenciones de Palermo y Mérida.

2. EL GRUPO DE INVESTIGACIÓN DE DERECHO PENAL

La presente obra colectiva ha sido elaborada por el grupo de investigación de derecho penal (el Grupo) de la Red, en ejecución del Proyecto 71848 sobre respuestas a la corrupción asociada al COT desde el derecho público comparado.

El Grupo es coordinado por los profesores Héctor Olasolo (España/Colombia), quien dirige a su vez el Programa 70593 y el Proyecto 70817, y Norberto Hernández Jiménez (Colombia), en su condición de coinvestigador principal del Proyecto 71848 al cual se inscribe el Grupo. Así mismo, el Grupo ha contado con la colaboración en la coordinación administrativa de la joven investigadora y consultora Sofía Linares Botero (Colombia) y la consultora Ana María Martínez Agudelo (Colombia), ambas vinculadas a las Universidad del Rosario (Colombia).

El Grupo está además conformado por los siguientes investigadores que participan como autores en al menos una de las cuatro obras colectivas desarrolladas desde agosto de 2020:

1. Amaral, Bruno (Brasil): Centro Universitario de Brasilia (Brasil)
2. Amati, Enrico (Italia): Universidad de Udine (Italia)
3. Ariza, Libardo (Colombia): Universidad de los Andes (Colombia)
4. Ballesteros Sánchez, Julio (España): Universidad de Salamanca (España)
5. Barón, Luca (Italia): Universidad de Udine (Italia)
6. Beguelín, José Raúl (Argentina): Procuraduría Buenos Aires (Argentina)
7. Blanco, Isidoro (España): Universidad de Alicante (España)
8. Cancio Meliá, Manuel (España): Universidad Autónoma de Madrid (España)
9. Carneiro Molinaro, Wanessa (Brasil): Universidad do Estado do Río de Janeiro (Brasil)

10. del-Carpio-Delgado, Juana (España): Universidad Pablo de Olavide (España)
11. Collantes Camacho, Juan Carlos (Perú): Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)
12. de la Cuesta, José Luis (España): Universidad del País Vasco (España)
13. Dias, Leandro (Argentina): Universidad de Wurzburg (Alemania)
14. Figueroa Ochoa, Juan Sebastián (Colombia): Pontificia Universidad Javeriana (Colombia)
15. Galloro, Rogerio (Brasil): Centro Universitario de Brasilia (Brasil)
16. Gil Nobajas, María Soledad (España): Universidad de Deusto (España)
17. Goena, Beatriz (España): Universidad Pompeu Fabra (España)
18. Japiassú, Carlos (Brasil): Universidad Federal de Río de Janeiro (Brasil)
19. Jiménez Jiménez, Daniel Fernando (Colombia): Pontificia Universidad Javeriana (Colombia)
20. León Tamayo, Fernando (Colombia): Universidad de los Andes (Colombia)
21. López Velásquez, María Paula (Colombia): Universidad del Rosario (Colombia)
22. Matus, Jean Pierre (Chile): Universidad de Chile (Chile)
23. Naval Linares, Virginia (Perú): Abogada (Perú)
24. Odriozola, Miren (España): Universidad del País Vasco (España)
25. Pantoja Ruiz, Juan Pablo (Colombia): Pontificia Universidad Javeriana (Colombia)
26. Prado, Víctor (Perú): Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)

27. Romero Espinosa, David Ricardo (Colombia): Universidad de los Andes (Colombia)
28. Ramírez Moncayo, Andrés Fernando (Colombia)
29. Rangell, Pablo (Brasil): Centro Universitario de Brasília (Brasil)
30. Santos Prada, Andrea (Colombia): Universidad Cooperativa (sede Santa Marta, Colombia)
31. Sansó-Rubert Pascual, Daniel (España): Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED-España)
32. Scoletta, Marco (Italia): Universidad de Milano (Italia)
33. Szenkman, Agustina (Argentina): Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Penal Juvenil, Contravencional y de Faltas (Buenos Aires, Argentina)
34. Tavares Ferreira, Ana Lucía (Brasil): Universidad Estácio de Sá (Brasil)
35. Taverriti, Sara (Italia): Universidad de Milano (Italia)
36. Trevejos Núñez, Jessie (Perú): Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)
37. Valdez Silva, Francisco (Perú): Abogado (Perú)
38. Vargas, Ligia (Colombia): Universidad de los Andes (Colombia)
39. Villarraga Zschommler, Luisa Fernanda (Colombia): Jurisdicción Especial para la Paz (Colombia)
40. Yshii Meza, Luis (Perú): Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú)
41. Zúñiga Rodríguez, Laura (España/Perú): Universidad de Salamanca (España)

Desde su establecimiento en agosto de 2020, el Grupo ha realizado distintos encuentros virtuales para debatir entre sus integrantes sobre el desarrollo de las investigaciones y garantizar la cohesión de los capítulos de las cuatro obras colectivas que ha llevado a cabo.

Además, el día 11 de octubre de 2022 celebró un seminario virtual abierto para dar a conocer los resultados de las investigaciones del Grupo y avanzar las primeras conclusiones, cuya grabación se puede seguir en el siguiente enlace recogido *supra* para el Seminario Internacional 3 del Programa 70593.

El Seminario fue coordinado académicamente por Héctor Olasolo y Norberto Hernández Jiménez, y administrativamente por Sofía Linares Botero, abordando las siguientes temáticas:

Panel 1: Respuestas desde el derecho penal general:

- La responsabilidad penal de las personas jurídicas: causas para su aceptación o rechazo
- La responsabilidad penal de las personas jurídicas, especialidades en materia de actos preparatorios punibles, tentativa y formas de autoría y participación
- Responsabilidad penal de las personas jurídicas: Especialidades en materia de penas principales y accesorias y de circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes
- Sistemas de cumplimiento penal para las personas jurídicas que incurrir en actos de corrupción pública o privada causados por el crimen organizado transnacional
- Las amnistías y los indultos por delitos de corrupción otorgados de manera graciable por el gobierno

Panel 2: Respuestas desde el derecho penal especial:

- El cohecho (soborno) activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales y en el sector privado
- El cohecho (soborno) activo y pasivo de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas
- La malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público
- Los delitos electorales (incluyendo financiación ilegal de partidos políticos y campañas electorales)

- Los delitos tributarios, el encubrimiento o la retención continua de bienes a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito

Además, las conclusiones preliminares, intermedias y finales del Grupo han sido expuestas por Héctor Olasolo y Norberto Hernández Jiménez en diversos seminarios internacionales, incluyendo:

1. El III (2021), IV (2022) y V (2023) Congresos de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario.
2. La X Semana Iberoamericana de la Justicia Internacional, celebrada del 2 al 9 de junio de 2023 en La Haya (Países Bajos)¹, en concreto, en el VII Seminario de Pensamiento Ibero-Americano sobre la Justicia Internacional², celebrado el 8 de junio de 2023 en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas.
3. El Seminario Internacional celebrado el 15 de agosto de 2023 en la Pontificia Universidad Javeriana bajo el título “Respuestas desde el derecho público comparado a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional: presentación de resultados del Proyecto 71848”, cuya grabación se puede seguir en el enlace recogido *supra* para el Seminario Internacional 19 del Programa.

Finalmente, las principales recomendaciones alcanzadas por el Grupo en relación con Colombia han sido presentadas a la Dirección General “Dirección de Política Criminal y Penitenciaria” del Ministerio de Justicia del Gobierno Nacional de Colombia el pasado 14 de noviembre de 2023, durante la reunión de trabajo que tuvo lugar en la Pontificia Universidad Javeriana.

¹ Para mayor información sobre la X Semana Ibero-Americana de la Justicia internacional, vid.: <https://www.iberoamericaninstituteofth Hague.org/actividades/semana-iberoamericana-de-la-justicia-internacional-y-los-derechos-humanos>.

² Para mayor información sobre el VII Seminario de Pensamiento Ibero-Americano sobre la Justicia internacional, vid.: <https://www.iberoamericaninstituteofth Hague.org/actividades/seminario-de-pensamiento-iberoamericano>.

3. SOBRE LA PRESENTE OBRA COLECTIVA

El objetivo de esta obra colectiva es responder a la pregunta de si la responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ) puede, y de qué manera, contribuir al abordaje del fenómeno de la corrupción, en especial asociada al crimen organizado transnacional (COT). El punto de partida de este volumen es la dimensión estructural y sistemática de la corrupción, que no permite concebirla como un hecho aislado, ni por tanto, exclusivamente fruto de la actuación de autores individuales. Las tramas corruptas involucran complejas redes y conexiones entre entidades públicas y privadas que frecuentemente son utilizadas por organizaciones criminales para realizar sus actividades delictivas. Las personas jurídicas son, por tanto, tanto motores del progreso económico y social, como igualmente potenciales agentes criminógenos. Son numerosos los casos, muchos de ellos de gran repercusión mediática (como Odebrecht o Lava Jato), en los que grandes empresas se han visto involucradas en entramados corruptos, lo que es reflejo del papel protagonista que han adquirido en las actividades económicas y comerciales, especialmente transnacionales.

En este sentido, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) (2003) ha alertado de la estrecha vinculación entre la corrupción y otras formas de delincuencia, particularmente la delincuencia organizada y la delincuencia económica, en la medida en que, cuando se trata de personas jurídicas y criminalidad, la motivación principal que las mueve es de naturaleza económica. En atención a lo anterior, era imprescindible dentro del amplio proyecto en el que se enmarca esta investigación, dedicar un volumen a la responsabilidad penal de las personas jurídicas para evaluar su eficacia en la lucha contra la corrupción, particularmente vinculada al COT.

Esta obra colectiva se compone de nueve capítulos, en los que han participado un total de diez investigadores. El libro comienza con tres capítulos que realizan una primera aproximación a la RPPJ, en los que se abordan las cuestiones nucleares que han alimentado el debate sobre la punición de los entes colectivos. El primero, a cargo de Laura Zúñiga Rodríguez, lleva por título “Introducción a la respon-

sabilidad penal de las personas jurídicas”. En él se reflexiona sobre la naturaleza de esta responsabilidad, cuestión de profundo calado dogmático, en el marco de la libertad que los instrumentos internacionales en materia de corrupción y de crimen organizado dejan a los estados en consideración a su tradición jurídica. El segundo capítulo, elaborado por Juan Pablo Pantoja Ruiz y Andrés Fernando Ramírez Monocayo, en íntima conexión con el primero, analiza las bases de los modelos penales y administrativos que fundamentan la responsabilidad de las personas jurídicas, en el contexto de los sistemas jurídicos de referencia no latinoamericanos y de América Latina, incluida Colombia. Todavía en este primer bloque, la obra continúa con el tercer capítulo dedicado a la responsabilidad penal por tentativa de las personas jurídicas con base en un modelo de autorresponsabilidad, de la mano de Francisco Valdez Silva y Manuel Cancio Meliá. Los autores realizan una contribución al estudio de la atribución de responsabilidad a título de tentativa, tomando como epicentro el desarrollo de una cultura organizacional de cumplimiento de la legalidad, elemento clave en un modelo de responsabilidad autónoma o propia, más conocido como modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas.

Los capítulos cuarto y quinto aterrizan en el estudio de cuestiones específicas en relación con la manera en que se prevé en la RPPJ el régimen de eximentes, atenuantes y agravantes que les son aplicables y su papel en la prevención y castigo de los delitos de corrupción. Soledad Gil Nobajas, en el capítulo cuarto, analiza las especialidades en relación con las circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes, particularmente el papel que juega la implementación de un programa de cumplimiento o de integridad de la empresa a los efectos de excluir su responsabilidad, la eficacia atenuante de la colaboración o cooperación con las autoridades, así como el factor de agravación de la reincidencia como contrapartida al fomento de la autorregulación empresarial. En el Capítulo quinto, a cargo de Julio Ballesteros Sánchez, Andrea Santos Prada y Virginia Naval Linares, se analizan los elementos de los sistemas de gestión antisoborno según el estándar de la norma ISO 37001, en atención a la centralidad que ocupan los programas de cumplimiento en la configuración y atribución de la RPPJ. Estos estándares que elabora la Organización Internacional de Normalización (ISO) constituyen herramientas fundamentales para

evitar las prácticas corruptas, teniendo en cuenta que los déficits en el control y prevención de los delitos en las operaciones empresariales contribuyen a las dinámicas de corrupción.

Con el capítulo sexto se aborda otra cuestión fundamental en el desarrollo de una política eficaz contra la corrupción, como es el régimen de penas principales y accesorias que les es aplicable. En concreto, se analiza la eficacia preventiva y disuasoria de la multa, pena principal por antonomasia para las personas jurídicas dada la naturaleza eminentemente económica de la potencial actividad delictiva en la que toma parte, así como de las inhabilitaciones especiales para contratar con el sector público y para recibir ayudas públicas, de cualquier tipo, en su doble naturaleza de penas principales y accesorias.

El séptimo capítulo, elaborado por Daniel Fernando Jiménez Jiménez, incursiona en el caso colombiano, con un análisis de las distintas vías de sanción existentes para las personas jurídicas. Aunque Colombia no ha optado, por el momento, por la vía penal para sancionar a las personas jurídicas, cuenta con una batería de disposiciones en el ámbito administrativo y procesal penal de las que se deriva la imposición de sanciones y consecuencias jurídicas para estas entidades, cuyas luces y sombras para responder eficazmente a su participación en delitos de corrupción se analizan en este capítulo.

Finalmente, en el capítulo octavo se ofrecen las conclusiones de la obra con unas reflexiones finales en relación con los desafíos que presenta la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas para que pueda configurarse como una herramienta más relevante en el futuro de la lucha contra la corrupción. Seguidamente se presentan en el capítulo noveno unas recomendaciones para enfrentar a la dimensión corporativa del fenómeno de la corrupción (sobre todo cuando está vinculada al COT), en América Latina y, con las particularidades que presenta su legislación, en Colombia.

La pregunta de investigación que subyace a todos los capítulos es la siguiente: ¿en qué medida la institución analizada puede dar una respuesta idónea al fenómeno de la corrupción transnacional en América Latina, en general, y en Colombia, en particular? Los capítulos tienen una estructura muy similar (salvo los capítulos primero, tercero y séptimo, por la particularidad del tema que abordan en el

marco de esta obra). Se analizan, en primer lugar, los instrumentos legales internacionales y regionales más relevantes. En concreto, en el ámbito internacional, los documentos de referencia son la Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional o Convención de Palermo, del año 2000, la CNUCC o Convención de Mérida, del año 2003, el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación de Terrorismo, del año 1999, así como la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, del año 1997.

Los documentos legales regionales se dividen entre los latinoamericanos y los europeos. En el ámbito latinoamericano, el instrumento de referencia en la materia es la Convención Interamericana contra la Corrupción, del año 1996. En el ámbito europeo, el análisis se divide entre los instrumentos procedentes del Consejo de Europa y los procedentes la Unión Europea.

Dentro del Consejo de Europa, los instrumentos principales de referencia son las dos convenciones sobre corrupción del año 1999, la penal y la civil. En la Unión Europea, de las diversas iniciativas que existen para combatir la corrupción (también cuando se vincula al COT), son fundamentales la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, del año 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, y la Directiva 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión Europea

Tras el análisis de los instrumentos supranacionales, los capítulos se centran en el estudio de los países de referencia, que se engloban en dos grupos: países del ámbito latinoamericano y países fuera de este ámbito. Entre estos últimos, se toman como referencia España, EE.UU. y, en ocasiones, por su relevancia en la institución analizada, Italia, ya que, además, son países con sistemas jurídicos muy diferentes entre sí, lo que aporta valor al análisis de Derecho comparado, que constituye una parte esencial de esta obra. En el ámbito latinoamericano, los países de referencia son Argentina, Brasil, Chile, Perú y México. Colombia merece un análisis más detallado en esta obra, por eso, los capítulos dedican un apartado separado al análisis de su

legislación, realizándose, además, una comparativa entre el sistema colombiano y el resto de sistemas nacionales, y entre el sistema colombiano y los instrumentos regionales e internacionales de referencia. Los capítulos finalizan con unas conclusiones y recomendaciones para los países de América Latina y, particularmente, para Colombia.

En Bogotá (Colombia) y Deusto (España),
a 20 de noviembre de 2023

HÉCTOR OLASOLO
MARÍA SOLEDAD GIL NOBAJAS
NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ

1. PRIMERA APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Capítulo 1

Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas

LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ*

1. INTRODUCCIÓN

Esta frase que el profesor Luis Arroyo publicó en el año 1998 en la Revista Penal (Arroyo Zapatero, 1998) fue una de las que más me inspiró para investigar sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Su artículo, además, incidía en varios asuntos que me convencían en la necesidad de seguir el camino de indagar cómo fundamentar una posible responsabilidad verdaderamente penal para las personas jurídicas, ante la evidente amenaza de nuevas formas de criminalidad protagonizadas por las mismas. Detrás estaba el inaugural trabajo de José Miguel Zugaldía, sumamente expresivo en su título, “Conveniencia político-criminal, pero imposibilidad dogmática” (Zugaldía Espinar, 1980) que planteaba la difícil tarea —cuadratura del círculo— de diseñar una responsabilidad de un ente colectivo desde los parámetros de la teoría del delito del injusto personal, frente a las expresivas necesidades de prevenir esa novedosa delincuencia.

Las primeras monografías que se publicaron a favor de la responsabilidad penal de las personas (Bacigalupo Saggese, 1998; Zúñiga Rodríguez, 2000), iban totalmente en contra de la doctrina dominante, protagonizada por el conocimiento dogmático de raigambre alemana, considerándose esta cuestión de carácter especulativo, político-criminal o criminológico, de *lege ferenda*, pero no propia de las

* Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Salamanca (España). La presente contribución hace también parte del Proyecto de Investigación N° PID-2020-117403RB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, con fecha de vigencia entre el 1/09/2021 y el 31/08/2024, y cuya investigadora principal es la propia autora de este capítulo.

discusiones concernientes al derecho penal, cuyo conocimiento cimentado durante siglos partía de conceptos sumamente elaborados de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad pensados desde la persona natural y —por qué no— desde la cárcel como pena. Ciertamente que, desde estos presupuestos, difícilmente podíamos sustentar una responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues las categorías dogmáticas fueron concebidas desde el paradigma del comportamiento de una persona humana¹ y, la pena era entendida como privación de libertad.

Por supuesto, mucho se ha recorrido desde estas publicaciones. Se han escrito innumerables trabajos (artículos, compendios, monografías, tesis doctorales, etc.) sobre este tema², el legislador español ha incorporado la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el año 2010, pero no podemos dejar de reconocer que aún subsisten problemas significativos que impiden reconocer acuerdos sostenidos para considerar que existe una teoría de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Autores significativos de la doctrina española aún siguen considerando que no se trata de una auténtica responsabilidad penal³ y, ello, no puede desconocerse por el solo hecho de

¹ Y, agregaría, libre, mayor de edad, con plenas capacidades para comprender su comportamiento y determinarse según esa apreciación. Pues las medidas de seguridad ya son excepciones a dicho paradigma.

² Imposible señalar todos los trabajos que se han escrito a lo largo de estos veinte años. Simplemente señalaré los más significativos: Guardiola Lago (2004); Gómez-Jara (2005), Nieto Martín (2008); Ramón (2009); Cigüela Sola (2015); Pérez Machío (2018), y Fernández Teruelo (2020).

³ Esta es la postura de significativos autores españoles que abiertamente cuestionan una responsabilidad penal de las personas jurídicas, pese a que el legislador la haya introducido en el CP en 2010. Vid. Gracia Martín, pp. 12 y et.seq, para quien la persona jurídica no es sujeto jurídico de infracción ni sanción —incluso administrativa— y aún menos posee capacidad de culpabilidad penal; Molina Fernández (2016: 413 y 414), para quien “No es una conclusión muy optimista, pero creo que la aceptación por tantos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede interpretarse más que como un indicador preocupante sobre nuestra disciplina. Coherencia intrasistemática y ajuste de las categorías con la realidad que tratan de regular son requisitos elementales de cualquier sistema científico, y el nuestro, en lo que atañe a esta cuestión, más que desdanzarlos explícitamente, parece no reparar en ellos, o pretender que pueden satisfacerse manipulando las palabras”. Demetrio Crespo (2020: 21), según este autor “los dos grandes modelos argumentativos no parecen ofrecer una respues-

que el legislador haya introducido el art. 31 bis del código penal. Esta postura de reconocimiento de legitimidad del legislador para decidir cuestiones tan controversiales, resultaría acrítica, eminentemente positivista, impropia de la función crítica que ha de poseer la doctrina penal.

En efecto, la experiencia del derecho comparado enseña que no basta con que el legislador incorpore esta responsabilidad en el derecho positivo, sino que es necesario una masa crítica, esto es, una doctrina sostenida, una jurisprudencia uniforme para considerar asumido su contenido y que sea aplicado con seguridad jurídica. La controvertida primera sentencia del Tribunal Supremo español N° 154/2016, con voto particular de casi la mitad de los miembros del alto tribunal en contra, es un síntoma de que aún se requiere elaborar criterios interpretativos ciertos para aplicar aquello que incorporó el legislador en el año 2010, con las certezas suficientes para considerarla doctrina consolidada.

“Roma no se construyó en un día” dice un refrán muy conocido. Efectivamente, la responsabilidad de la persona jurídica, durante tanto tiempo excluida del derecho penal elaborado desde el paradigma de la responsabilidad individual, no puede ser construida en poco tiempo. Menos en asuntos que no se pueden verificar en laboratorios, como sucede en las ciencias exactas, porque no son observables por el mundo exterior perceptible por los sentidos. Se trata, por lo general, de construcciones jurídicas propias de sociedades comple-

ta adecuada. Como es sabido, los de heteroresponsabilidad o vicariales rompen con los principios penales más básicos, mientras que los de autorresponsabilidad, teóricamente admisibles, incurren en quiebras lógicas difíciles de salvar”; Díaz & García Conlledo (2019: 103), quien matiza: “anuncio desde este momento que mi posición, negadora de la existencia de verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas y de auténticas penas para estas, no significa que se entienda innecesario ni imposible un régimen de responsabilidad, incluso criminal o penal en sentido amplio, de las personas jurídicas por los delitos que cometen en su seno y en su provecho ciertas personas físicas”. Más recientemente Mir Puig (2020: 1337 *et seq.*) indica que “las ‘penas’ previstas para personas jurídicas deben distinguirse de las penas para personas físicas, tanto por sus presupuestos como por su significado simbólico. Ninguna de las nuevas ‘penas’ pueden concebirse como castigo al culpable de un hecho”, con lo cual cuestiona la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas.

jas, donde las relaciones sociales se desarrollan en contextos mediatizados por organizaciones, muy alejadas del estado de naturaleza.

2. LA DIFÍCIL ADAPTABILIDAD DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO EN LA TEORÍA DEL DELITO Y SUS CONSECUENCIAS EN LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El trabajo de Arroyo arriba mencionado, llamaba la atención sobre la legitimidad de ese “moderno” derecho penal económico. En los años noventa del siglo pasado y buena parte de los años 2000 se desarrolló una importante discusión sobre estos temas, que el profesor de Castilla La Mancha considera como el problema de “adaptar las instituciones tradicionales al marco de garantías que se desprenden de los principios constitucionales: legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia o principio de personalidad de las penas” (Arroyo Zapatero, 1998: 1). Ciertamente que durante estos veinte años se ha avanzado mucho en, por lo menos, admitir la legitimidad de esta especialidad del Derecho Penal y diseñar una teoría general con sus propias particularidades⁴.

Pocos hoy en día fundamentarían que estos delitos deberían despenalizarse (salvo algunos puntuales, obviamente), pues se ha llegado al consenso de la valía constitucional de los bienes jurídicos colectivos en juego y que han de protegerse con el instrumento más contundente que posee el Estado que es la pena. El medio ambiente, los derechos de los trabajadores, los derechos de los consumidores, la Hacienda Pública son incontestablemente intereses que merecen y necesitan de la protección penal, donde la norma primaria se dirige fundamentalmente hacia personas jurídicas. Por eso, de todos los principios constitucionales que el derecho penal económico más

⁴ Cientos de trabajos sobre Derecho Penal Económico, tratados, manuales. Entre esos últimos simplemente destacar los trabajos pioneros de Martínez-Buján Pérez (1997, 2016) y los más recientes de De La Mata Barranco, Dopico Gómez-Aller, Lascurain, Sánchez, & Nieto Martín (2018) y el libro colectivo de Demetrio Crespo (2020).

pone en tensión es, sin duda, el de culpabilidad y personalidad de las penas, concretamente con la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No llama la atención, pues, que el problema de la responsabilidad de las personas jurídicas sea, precisamente, “una piedra en el zapato”, una extrañeza difícilmente aceptable en la dogmática clásica.

De ahí que la discusión sobre el carácter penal de la responsabilidad de las personas jurídicas, en realidad, se enmarca en una problemática más amplia, la de la adaptación (flexibilización, adecuación, modernización, como pretenda denominarse) de los principios y categorías del derecho penal económico. En efecto, cuando el legislador penal español de 1995 decidió dar carta de naturaleza penal a muchas infracciones socioeconómicas que tradicionalmente daban lugar a sanciones administrativas, se presentaron serios problemas para la teoría del delito tal cual la conocíamos: determinación de los tipos legales con una serie de conceptos normativos, referencias a leyes extrapenales (cuestionando el principio de legalidad tradicional de taxatividad), bienes jurídicos de carácter colectivo, estructuras típicas de peligro (cuestionando el principio de lesividad), aumento de estructuras omisivas e imprudentes, (cuestionando el principio de culpabilidad), etc., pero sin duda la cuestión que menos calzaba en la teoría del delito ha sido la cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas, especialmente en la culpabilidad penal.

Especialmente desde la irrupción de los delitos socioeconómicos en los códigos penales, se discute sobre la idoneidad de la parte general para el tratamiento jurídico-penal de tipos penales en que los bienes jurídicos son de carácter colectivo, se requieren técnicas regulativas complejas, se sancionan estadios previos a la lesión de bienes jurídicos individuales, en su mayoría de casos protagonizados por personas jurídicas u organizaciones. Más recientemente Quintero Olivares advierte que no hay una teoría del delito monolítica, “sino que cada uno de sus componentes tienen un gran número de versiones o tesis sobre su contenido o significado (Quintero Olivares, 2020: 53 et seq.).

Estas transformaciones, crisis o adaptaciones sucedidas en el ámbito de la teoría del delito, no son menos en la teoría de la pena. Además del protagonismo de nuevas sanciones penales añadidas a la clásica

sica pena de prisión, como la multa, el uso de medios telemáticos de vigilancia, medidas de alejamiento, etc., la utilización por parte del legislador del decomiso de los bienes producto del delito en un afán punitivista, trastoca los límites entre el ámbito penal y el ámbito civil (pues el propio legislador sostiene su carácter civil, siguiendo doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)). Aún más, el protagonismo de la reparación del daño, finalidad clásicamente propia del derecho civil, como una finalidad de la punición asociada a la pena, viene a ahondar las dificultades de deslindar finalidades civiles y penales. Esta finalidad claramente resarcitoria es, por otro lado, muy relevante en la responsabilidad penal de la persona jurídica, es decir, como responsabilidad civil *ex delicto*, puesto que resulta más operativo calcular el costo de la reparación teniendo en cuenta el patrimonio de la empresa que el patrimonio del autor concreto, sobre todo cuando se trata de macrodelitos, con gran cantidad de víctimas⁵.

Tenía razón Tiedemann cuando sostenía: “El futuro del derecho penal económico depende de la clasificación de las infracciones en injusto penal, injusto administrativo o injusto privado” (Tiedemann, 1993: 229). Lo que no previó este gran especialista alemán, es que los contornos de unos y otros se iban a desdibujar, muy propiamente siguiendo el signo de los tiempos de la modernidad fluida o líquida (Bauman).

3. LAS COMPLICADAS RELACIONES DE LOS INJUSTOS PENAL Y ADMINISTRATIVO Y SU RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

A las personas jurídicas no se les puede castigar penalmente porque les falta una auténtica culpabilidad penal, es fundamentalmente lo que sostienen quienes consideran que no estamos ante una verdadera responsabilidad penal. Ergo, se trataría de una responsabilidad administrativa, algo asumido por las legislaciones de derecho comparado. Como enseguida se verá, con ello no se resuelve la cuestión

⁵ Sobre esta finalidad viene insistiendo Nieto Martín (2015: 99 et seq.).

porque subsiste el mismo problema del principio de culpabilidad si se ha de imponer una sanción administrativa a las personas jurídicas⁶ y, además, subsiste el baile de las etiquetas de una legislación a otra, en un mismo país o en el derecho comparado. Es decir, la doctrina no otorgaría criterios ciertos al legislador para determinar cuándo corresponde utilizar el instrumento penal y cuándo el instrumento sancionador administrativo, como debe ser.

La lucha contra la criminalidad económica que utiliza organizaciones y que amenaza buena parte del bienestar social y económico de las sociedades modernas, encuentra su asunto más espinoso precisamente en establecer cuándo es legítimo utilizar la vía sancionatoria administrativa y cuándo la penal, o cuándo es suficiente con la reparación civil. Los legisladores, haciendo un alarde de pragmatismo han optado, dentro del derecho comparado, por las diferentes vías (código penal, derecho administrativo sancionador o legislación especial⁷) utilizando diversos criterios⁸, pero siendo la mayoría de

⁶ Salvo en el caso consecuente de Gracia Martín (2020: 12), para quien la persona jurídica no es sujeto de infracción ni de sanción. Consciente de esta necesaria vinculación entre infracción, sanción y culpabilidad hace tiempo plantea la necesidad de homologar los sistemas de imputación Gómez Tomillo (2017).

⁷ Aunque las distintas opciones legislativas no corresponden a la distinción entre injusto penal e injusto administrativo, casi todos los países han elegido entre esas tres opciones para sancionar las infracciones económicas. En realidad, la selección del cuerpo legislativo entre la opción CP o leyes especiales, normalmente se ha debido a la especificidad de la materia a tratar. Formalmente el órgano que las aplica y el procedimiento especial ha caracterizado la opción administrativa. Por ejemplo, mientras en Alemania las infracciones de la competencia se consideran propias de la legislación penal especial, en España las normas que regulan la competencia y sus infracciones son consideradas administrativas. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, establece cuáles son las conductas prohibidas, el procedimiento y el órgano encargado de aplicar la Ley que es la Comisión Nacional de la Competencia.

⁸ Entre los criterios generales, juegan las ventajas e inconvenientes de las dos opciones, fundamentalmente para hacer frente a las infracciones de orden socioeconómico (tributarias, societarias, medio ambiente, laborales, etc.). Entre las ventajas que se suelen aducir para afirmar la utilización de las sanciones administrativas en el campo económico son la necesidad de una alta capacitación técnica de sus funcionarios, la celeridad en el procedimiento, la movilidad de la materia que requiere sistemas de regulación más flexibles que los penales, características todas ellas que denotan mayor efectividad en la intervención,

las veces la primacía del criterio de prevención —que, como se sabe, es un concepto elástico—, el que ha guiado la selección. En cuanto a la legislación penal, en el caso español se mantiene el sistema de codificación decimonónico de agrupar los delitos en un solo cuerpo normativo, tradición que no se mantiene en otros países en los que la regulación de los nuevos delitos se realiza en leyes especiales. Esta singularidad conlleva relevantes consecuencias para las técnicas de tipificación y para la política criminal⁹.

Sin embargo, el hecho de que los tipos penales estén contenidos en el código penal no significa que el intérprete pueda soslayar la ingente normativa extrapenal que, especialmente en los delitos socioeconómicos, está obligado a considerar, ni que esta normativa extrapenal deba desdibujar los contornos del ilícito penal. Precisamente, esta es la que da el contenido de la antijuricidad al tipo penal y establece los límites del riesgo permitido. El bien jurídico, por tanto, es el mismo. Es más, suele ser el derecho administrativo sancionador el que configura sus contornos jurídicos porque suelen ser objetos jurídicos sometidos a una actividad de riesgo y, por tanto, los niveles de protección estatal están dibujados por el derecho sectorial¹⁰.

Existe una amplia tradición jurídica en Alemania, España e Italia de concebir un concepto amplio de *ius puniendi* acogiendo tanto a infracciones penales como administrativas, que rige para la imposición de las penas y las sanciones administrativas. Así, el Tribunal Consti-

dando fe del principio de que la prontitud y certeza de la imposición de la sanción garantizan mayor prevención de conductas. Por el contrario, entre sus desventajas deben evocarse la imposibilidad de imponer la sanción de manera pública, con desmedro en el efecto motivador de las conductas.

⁹ Aunque no corresponde a nuestra tradición histórica la utilización de leyes penales especiales, lo cierto es que existen materias muy complejas que ameritan un tratamiento sistemático especializado como lo serían los delitos socioeconómicos que normalmente están acompañados de una normativa extrapenal rica. Cfr. sobre esta discusión Donini (2003, *passim*), teniendo en cuenta que en Italia prácticamente toda la legislación penal económica se ha desarrollado en leyes especiales, quedando el núcleo de los delitos clásicos en el Código Rocco de 1930. En contra de las leyes especiales Terradillos Basoco (2003: 113 et seq.). Sobre las dificultades del modelo español ver Muñoz Conde (2003: 101 et seq.).

¹⁰ Un buen ejemplo de ello es la normativa medioambiental respecto a los delitos medioambientales. Cfr. Zúñiga (2020: 2007 et seq.).

tucional español en sentencia núm. 18/1987, ha sostenido que estamos ante un *ius puniendi* general que se expresa indistintamente en un derecho administrativo sancionador o en el derecho penal, esto es, que el Estado puede ejercer la potestad punitiva tanto con penas como con sanciones administrativas.

Los especialistas del derecho administrativo también asumen esta concepción: la idea de que tanto las sanciones penales como las administrativas constituyen instrumentos punitivos en manos del Estado para tutelar la observancia del ordenamiento jurídico y, por tanto, los bienes e intereses que dicho ordenamiento reconoce y garantiza. Penas y sanciones administrativas tienen un sustrato común porque ambas son castigos que imponen los órganos del Estado. Por eso se someten necesariamente a un reducido núcleo común de principios y reglas, que no derivan tanto del derecho penal cuanto del propio texto constitucional y, más concretamente, de la naturaleza misma de las sanciones propias de un estado de derecho¹¹.

En consonancia se encuentra la concepción de la “materia penal” por parte del TEDH que, para evitar que vía fraude de etiquetas (*nomen iuris*) se puedan soslayar garantías básicas del debido proceso propias del art. 6 de la CEDH, ha desarrollado una jurisprudencia que comprende una categoría amplia de sanciones punitivas, a las que hay que aplicar garantías similares. Esta concepción también ha sido seguida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y, por tanto, ha de servir de guía para la interpretación de las Decisiones Marco de la UE que instan a los Estados a considerar en su ordenamiento nacional “sanciones efectivas, proporcionales y disuasorias” para las personas jurídicas cuando se cometan delitos desde las mismas, por las materias en que se requiere una armonización penal, como delitos contra el medio ambiente, tributarios, financiación del terrorismo, fraude de subvenciones, etc.

Hoy en día la normativa que da contenido a todos estos bienes jurídicos es una normativa en red o multinivel, en la que intervienen normativa de la Unión Europea (UE), recomendaciones internacio-

¹¹ Siguiendo a, entre otros, Rebollo Puig y Díez-Picaso Giménez, Cfr. Cano Campos (2017: 214).

nales, normativa autonómica, etc. El interés tutelado y la gestión del riesgo en sociedades avanzadas, requieren de una compleja normatividad, donde el bien jurídico es uno, la materia prohibida es perfilada por reglamentaciones y el derecho penal se presenta como el último bastión. Lo que parece contrario a la lógica jurídica es diseñar una materia prohibida y luego diferenciar los sujetos obligados por la misma según distintas ramas del ordenamiento, como sucede en los países que no reconocen la responsabilidad penal de las personas jurídicas y frente a una deuda tributaria considerable, por ejemplo, se le exija responsabilidad al sujeto persona física y no al sujeto persona jurídica. La misma situación puede plantearse frente a un accidente laboral, o un daño ambiental.

En suma, dentro de los parámetros que deben considerarse propios de la materia penal, esto es, la elección de la etiqueta de “criminal” (estigma más fuerte de todas las formas de control social), debemos guiarnos por dos principios: (a) el principio de ofensividad, que impone la prospectiva de *ultima ratio*; y (b) el principio de proporcionalidad de la sanción respecto de la infracción, que impone un balance entre la ofensa y la respuesta sancionatoria (Manes, 2018: 181).

4. ¿POR QUÉ HA DE SER PENAL ESTA RESPONSABILIDAD?

En el campo del derecho penal económico, no es posible soslayar que la percepción social de la nocividad de ciertos comportamientos del mundo de los negocios ha ido a la par con la aplicación de los tipos penales correspondientes. Especialmente perceptible es ello en el tratamiento de la corrupción. Comportamientos que con anterioridad eran calificados de normales, como los pagos de comisiones, regalos de empresa, utilización abusiva de influencias o de información en el mercado, etc., empiezan a ser percibidos por la ciudadanía como dañinos para la sociedad, en correspondencia con su tipificación penal. Esto demuestra la capacidad configuradora del orden penal y el poder significativo de la sanción penal (el poder de definición).

Especialmente después de la crisis financiera de 2008, la sociedad ha podido percibir la nocividad de los fraudes, falsedades contables y

demás fechorías realizadas desde las empresas para obtener grandes ganancias traspasando todos los límites legales y de la ética en los negocios. La corrupción corporativa parecía inocua hasta entonces, pero se empiezan a visibilizar los efectos tremendos en la ciudadanía de la crisis económica causada desde la caída de *Lehman Brothers*. Comienza un movimiento neo-regulador, pues se aprecia que no es suficiente el compromiso de buenas prácticas, la responsabilidad social corporativa o buenas palabras y se instaura un clamor por disciplinar a las empresas e introducir la ética en los mercados. Este afán sancionador venía, de hecho, desde el caso Enron y el campante neoliberalismo de los años noventa y dos mil. Así, el recordado Vogel decía en 2004:

El precio que debe pagarse por el liderazgo es, claro está, la responsabilidad (*responsability*) [...] un pragmatismo cada vez más extendido puede referirse a que las sanciones penales deben ser aplicadas como mecanismo eficaz para conseguir que las normas sean también respetadas en la economía y también frente a los agentes económicos, los empresarios y las empresas (Vogel, 2004: 130).

El delincuente económico se mueve en el mundo de los negocios en una relación coste-beneficio. En un tráfico económico marcado fuertemente por la competitividad, la tentación de traspasar las líneas rojas de la legalidad es muy grande. Si no tiene coste la ilegalidad, se produce un efecto llamada que, reiterado en el tiempo, puede dar lugar a la comisión de delitos. Muchos de los delitos empiezan por pequeñas infracciones, no percibidas o sancionadas por los órganos controladores administrativos, que finalmente desembocan en lesiones a bienes jurídicos. Como bien decía Arroyo:

Lo que ocurrirá normalmente es que este deterioro, la lesión entendida en sentido naturalístico, no podrá ser imputado a un determinado comportamiento. Lo normal es que la lesión sea producto de una reiteración generalizada de comportamientos que infringen la normativa básica del sistema (Arroyo Zapatero, 1998: 8).

De ahí las dificultades para individualizar responsabilidades asumiendo que personas concretas completen el tipo objetivo y el tipo subjetivo de un tipo penal, por lo que se producen dos extremos: o se carga toda la responsabilidad en una o varias personas concretas (casos Colza y Prestige en España), o se produce la impunidad de los comportamientos delictivos (incontables casos).

El desafío presente consiste en prevenir más eficazmente las conductas generadoras de riesgos para bienes jurídicos que se producen en el seno de organizaciones complejas (personas jurídicas como empresas, partidos políticos, ONGs, etc.), a través de mecanismos de imputación de responsabilidad con garantías. Obviamente no sólo desde el derecho penal, pero sí con el derecho en general y para las conductas más graves (principio de fragmentariedad), si es necesario y merecedor, con el derecho penal.

El fundamento de esta postura me parece verlo en Ihering, para quien el jurista práctico es el que impulsa el derecho, mientras que el teórico se debe limitar a clasificar los resultados del primero (Ihering, 2002: 21). En su lección inaugural de 1868 para acceder a la cátedra de la universidad de Viena, este jurista del siglo XIX ponía de relieve que el derecho no puede quedar reducido a conceptos jurídicos, sino que detrás están intereses concretos. Conciliando la historia, la filosofía y el derecho, considera que el jurista debe tener presente este “trío mágico”, es decir, desde una visión de la vida práctica (la historia), el científico del Derecho debe construir categorías bajo el ideal de Justicia (la filosofía)¹².

5. CONCLUSIÓN: EL DERECHO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS A SER CASTIGADAS PENALMENTE

Los intentos por configurar unos linderos nítidos entre infracciones penales e infracciones administrativas han sido hasta ahora vanos. No existe una sustancia de lo criminal. No existen delitos naturales¹³, no hay un concepto sustancial de lo que es delito, ni de lo que

¹² Cfr. esta interpretación en diversos pasajes de su discurso, vid. Ihering (2002: 79-80 y 89); “los conceptos existen por la vida y deben legitimar las condiciones que la vida, para su uso, ha encontrado”; “el concepto, de manera breve, debe elevar la práctica a forma de conciencia... la praxis conduciendo y avanzando, la teoría siguiéndola y dando forma correcta, a lo que aquélla ha conquistado”.

¹³ El profesor Berdugo Gómez De La Torre (2018: 19-21) nos recuerda, que el fraile zamorano Alfonso de Castro, publicó en 1550 *De potestatis legis poenalis*, que es la primera reflexión sobre el derecho de castigar realizada en España. En dicha obra Alfonso de Castro consideró que la justificación del carácter delicti-

es propiamente penal. No lo encontramos ni en la naturaleza de las cosas, ni en lo que el legislador expresa en la ley (*nomen iuris*), menos aún en las funciones del derecho penal que son amplias y variadas y colindan con otras incluso del derecho privado como la responsabilidad civil. No existen comportamientos a los que se pueda adjetivar el concepto penal, sin que exista un componente valorativo difícil de racionalizar. En este panorama de cierto relativismo se impone poner orden ante esta desordenada complejidad¹⁴.

Las respuestas han de venir necesariamente de la reflexión teórica. El profesor Palazzo, a propósito de la reflexión sobre la definición de la “materia penal” (propia del TEDH) y la cuestión de “qué es sustancialmente penal”, reflexiona que se trata de un concepto relacional: los objetos de protección no pueden ser identificados como tales por sí mismos, sino en relación con la pena. Por tanto, “es la pena la que predica de lo que protege y, por consiguiente, merece o no castigo punitivo” (Palazzo, 2018: 10). El autor reafirma que, en nuestra disciplina, es la pena la que da categoría conceptual y cultural al comportamiento que se pretende evitar. Por consiguiente, garantías y categorías penales son predicables por el etiquetamiento y la carga moral del reproche de la pena; además, ambas están intrínsecamente relacionadas.

vo de una conducta se plasmaba en el *quia peccatum est*, lo cual conllevaba que los delitos más graves fueran los de lesa majestad divina y humana. A partir de esta justificación del delito en el pecado, realizó una triple clasificación de las leyes: las morales, las puramente penales y las mixtas. Las morales no establecían penas, quedaban fuera del Derecho Penal, solo eran objeto de reproche religioso. Las mixtas, que eran la mayoría, tenían el doble reproche, moral y penal. Mientras que las denominadas “leyes meramente penales” solo eran acreedoras del castigo de la pena. Ya que en estas la realización de la conducta no era pecado, sino “únicamente una desobediencia a la ley, esto es, a un mandato real, no a un mandato de la divinidad”. La Historia nos enseña que las clasificaciones entre los delitos han ido cambiando de acuerdo a consideraciones propias del momento social y político. Por tanto, son contingentes.

¹⁴ Como se plantea Fiandaca (2017: 186): “¿Será posible en un futuro reducir esta extraordinaria complejidad y encontrar un hilo unitario en la multiplicidad, diseñado sobre proyectos de reforma de amplia base, en los que exista un reparto más racional de competencias entre la justicia penal y la gestión de los fenómenos criminales y otras formas de desviación?”.

Ahora bien, finalmente siempre nos topamos con el principio de culpabilidad (principio de dolo o culpa/principio de personalidad de las penas) y la culpabilidad de las personas jurídicas como principal objeto de discusión, cuando afrontamos el tema de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Ciertamente las personas jurídicas no son sujetos de carne y hueso observables por el mundo físico y requieren de actuaciones de personas físicas, por tanto, los principios y categorías diseñadas por la teoría del delito para las personas humanas no pueden trasvasarse automáticamente a la imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Sin embargo, sí son sujetos de obligaciones jurídicas que, en los casos en que por su actuación producen un daño social tipificado como delito, deben responder, esto es, debe asociársele una pena al igual que a cualquier ciudadano. Por consiguiente, las personas jurídicas tienen el deber de responder por sus decisiones y actuaciones, realizadas como organización, adoptadas por quienes tienen el poder de decisión (normalmente los directivos), más allá de las actuaciones particulares de sus miembros, con el instrumento más contundente que posee el Estado, en los casos graves (conductas dolosas/imprudencia grave). El reproche o fundamento de la culpabilidad puede ir desde la mala gestión del riesgo (defecto de organización) a la actitud criminal de grupo, presentándose en la realidad todo un abanico de posibilidades (Zúñiga Rodríguez, 2020: 409, *et seq.*)¹⁵.

Pero también tienen las personas jurídicas el derecho a que se les sancione con los estándares propios de la imposición de una pena (garantías sustantivas y procesales)¹⁶. En definitiva, como recuerda Marinucci: “existe una apremiante razón jurídica, el principio de

¹⁵ Resulta interesante la coincidencia de conceptos desarrollados históricamente desde diversos ámbitos como *compliance*, culpa organizacional, defecto de organización, *due diligence*, gestión de los riesgos, imputación objetiva, imprudencia, en los que converge el principio de quien genera un riesgo está en la obligación de controlarlo o gestionarlo, sino debe responder cuando se produzca un resultado dañino para la sociedad. Vid. más ampliamente, Zúñiga Rodríguez (2020: 409 *et seq.*).

¹⁶ Importante desarrollar las garantías procesales pues precisamente los estándares penales se entienden para garantizar un debido proceso y la presunción de inocencia. Cfr. Neira Pena (2017: 267 *et seq.*); Gómez (2020: 222 *et seq.*).

igualdad, que resulta favorable al pasaje de la responsabilidad administrativa a la responsabilidad penal” (Marinucci, 2008: 1199).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Arroyo, L. (1998). “Derecho penal económico y Constitución”. *Revista Penal*. Núm 1. Pp 1-16.
- Bacigalupo Saggese, S. (1998). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Bosch.
- Berdugo Gómez de la Torre, I. (2018). *Reflexiones penales desde Salamanca. Decían ayer, decimos hoy, dirán mañana*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Cano, T. (2017). “El concepto de sanción y los límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador”. En: Bauzá, F. (ed). *Derecho administrativo y Derecho Penal: reconstrucción de los límites*. Barcelona: Bosch-Walter Kluwer. Pp 207-236.
- Cigüela Sola, J. (2015). *La culpabilidad colectiva en el Derecho Penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*. Madrid: Marcial Pons.
- Demetrio Crespo, E. (2020). *Derecho Penal Económico y teoría del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Díaz y Conlledo, M. (2019). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un análisis dogmático”. En: Madrid, Christina & Gomez, Juan. (eds). *Tratado sobre compliance penal*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp 101-123.
- Donini, M. (2003). *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penal complementare*. Vol 64. Colección del departamento de Ciencias Jurídicas y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Módena y Reggio Emilia. Milano: Giuffré.
- Fernández Teruelo, J. (2020). *Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (compliance)*. Navarra: Aranzadi.
- Fiandaca, G. (2017). *Prima lezione di diritto penale*. Bari-Roma: Laterza.
- García, L. (2020). “Consideraciones críticas sobre las erróneamente supuestas capacidades de infracción y sanción de la persona jurídica en Derecho sancionador administrativo”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Núm. 55 Pp 12-118.

- Gómez Colomer, J. (2020). *La contracción del Derecho procesal penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez Tomillo, M. (2017). “Imputación de infracciones administrativas a las personas jurídicas”. En: Buazá, F. (ed). *Derecho administrativo y Derecho Penal: reconstrucción de los límites*. Barcelona: Bosch-Walter Kluwer. Pp 251-278.
- Gómez-Jara, C. (2005). *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons.
- Gracia Martín, L. (2020). “Consideraciones críticas sobre las erróneamente supuestas capacidades de infracción y sanción de la persona jurídica en Derecho sancionador administrativo”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Núm. 56.
- Guardiola Lago, M. (2004). *Responsabilidad penal de la persona jurídica y consecuencias accesorias del art. 129 del código penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ihering, R. (2002). ¿Es el Derecho una ciencia? Núm 37, *Crítica del Derecho-Arte del derecho*. Granada: Comares.
- Manes, V. (2018). “Profili e confini delle illecito para-penale”. En *La “materia penale” tra Diritto Nazionale ed Europeo*. Torino: Giappichelli.
- Marinucci, G. (2008). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático”. En: Garcia, C., Valle, M., Cuerda, A., Martínez, M., Alcacer, R & Gimbernat, E. (eds). *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*. Vol. I. Madrid: Edisofer. Pp 1173-1200.
- Martínez-Buján Pérez, C. (1997, 1ª ed.; 2016, 5ª ed.). *Derecho Penal Económico. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mir Puig, S. (2020). “Las nuevas ‘penas’ para personas jurídicas, una clase de ‘penas’ sin culpabilidad”. En *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña*. Vol. II. Madrid: Reus.
- Molina Fernández, F. (2016). “Societas peccare non potest... Nec delinquere”. En *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Muñoz Conde, F. (2003). “Luci e ombre dell modello spagnolo”. En: Donini, M. (ed). *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penal complementare*. Milano: Giuffrè.
- Neira, A. (2017). “La prueba en el proceso penal frente a las personas jurídicas”. En: Neira, A & Perez A. (eds). *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*. España: Thomson/Aranzadi.
- Nieto, A. (2008). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel.

- Nieto, A. (2015). “Autorregulación, compliance y justicia restaurativa”. En: Arroy, L & Nieto, A. (eds). *Autorregulación y sanciones*. Navarra: Aranzadi. Pp 99-134.
- Palazzo, F. (2018). “Il limite della political question fra Corte costituzionale e Corti europee. Che cosa è “sostanzialmente penale”?”. *La “materia penale” tra Diritto Nazionale ed Europeo*. Torino: Giappichelli.
- Pérez Machío, A. I. (2018). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español*. Granada: Comares.
- Puig, S. (2020). “Las nuevas ‘penas’ para personas jurídicas, una clase de ‘penas’ sin culpabilidad”. *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña, Reus*. Reus editorial. Pp 9.
- Quintero Olivares, G. (2020). “Estado actual de la teoría del delito y Derecho penal económico”. En: De la Cuerda, M & García, F. (eds). *Derecho Penal Económico y teoría del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ramón Ribas, E. (2009). *La persona jurídica en el Derecho penal: responsabilidad civil y criminal de las empresas*. Granada: Comares.
- Terradillos Basoco, J. (2003). “Per un modelo pancodisistico: l’esperienza spagnola”. En: Donini, M. (ed). *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penal complementare*. Milano: Giuffrè.
- Tiedemann, K. (1993). *Lecciones de Derecho Penal Económico*. Barcelona: PPU.
- Vogel, J. (2004). “Responsabilidad penal de los empresarios y de las empresas”. En: Corcoy, M., Gómez, V & Mir Puig, S. (eds). *La Política Criminal en Europa*. Barcelona: Atelier. Pp 129-140.
- Zugaldía J. (1980). “Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional “societas delinquere non potest”. *Cuadernos de Política Criminal*. Núm 11. Pp 67-88.
- Zúñiga, L. (2009). *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Navarra: Aranzadi.
- Zúñiga, L. (2020). “Delitos medioambientales y responsabilidad penal de las personas jurídicas: el daño ambiental”. En: De Vicente, J., Díaz M., Paredes, J., Olaizola I., Anunciación M., Roso Raquel & Lombana, J. (eds). *Libro Homenaje a Diego-Manuel Luzón Peña*. Madrid: Reus. Pp 2007-2017.
- Zúñiga, L. (2020). *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima: Instituto Pacífico.

Capítulo 2

***Naturaleza penal o administrativa de la
responsabilidad de las personas jurídicas****

JUAN PABLO PANTOJA RUIZ**
ANDRÉS FERNANDO RAMÍREZ MONCAYO***

1. INTRODUCCIÓN

Colombia no admite, por lo menos formalmente, la responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ). Por tanto, rige aún en su ordenamiento la máxima *societas delinquere non potest*, de conformidad con la cual son sujetos del derecho penal únicamente las personas naturales¹. Esto se debe, en principio, a que el derecho penal parte

* Especial agradecimiento a los profesores Héctor Olasolo y Norberto Hernández Jiménez por sus valiosos comentarios a lo largo de la producción del texto. En igual sentido, a la investigadora Sofía Linares Botero por su permanente apoyo y compromiso en la coordinación de este proyecto académico.

** Abogado por la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas por la Universidad Externado de Colombia y Acreditado en Compliance por la International Federation of Compliance Associations (IFCA) y por la Universidad de Pensilvania. Actualmente se desempeña como abogado asociado del área de Derecho Penal & Compliance de CMM Abogados.

*** Profesor asociado del Departamento de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Javeriana. Abogado, Especialista, Magíster y Doctor en Derecho y Magíster en Historia (C) por la Pontificia Universidad Javeriana. Ex Vicefiscal General de la Nación y Ex Conjuer de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

¹ No obstante, autores como Jiménez Jiménez (2021) afirman que, a pesar de esta prohibición formal, materialmente Colombia incorporó hace más de 20 años un régimen de RPPJ. En criterio del autor, fenómenos como la suspensión y cancelación de la personería jurídica han de ser entendidos como una forma de responsabilidad penal corporativa. Como se expondrá

de la culpabilidad como premisa de responsabilidad, aspecto imposible de acreditar (por lo menos en su acepción tradicional) respecto de una persona jurídica (Coffee, 1981: 387)². Hace más de dos décadas el profesor Velásquez (1997) identificó las principales controversias relativas a la incorporación de un régimen de RPPJ frente a la dogmática nacional, las cuales pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1. Las agrupaciones son sujetos artificiales que deben su razón de ser al legislador, pero, en realidad, no tienen voluntad personal (teoría de la ficción) (Savigny, 1840);

2. Las personas colectivas obran por medio de sus órganos y responden por sus actos únicamente cuando estos se encuentran desarrollados en el marco de su objeto social (teoría *ultra vires*), por lo que fuera de dicho ámbito solo hay lugar a responsabilidad individual (Cfr. Reyes Villamizar, 2016);

3. La persona jurídica no puede comportarse culpablemente porque no cuenta con las capacidades psíquicas para ello (León Melchor, 2018: 189), por lo que sería necesario acudir a equivalentes funcionales;

4. En materia penal, la sanción necesariamente ha de ser individual, no colectiva, porque esta se basa en la culpabilidad;

5. La responsabilidad penal se basa en un esquema de escalas causales sucesivas y en el comportamiento culpable del actor individual, siendo sumamente difícil comprender en este esquema la complejidad de los actos de una persona colectiva; y

6. Las personas jurídicas carecen de capacidad procesal en la medida en que muchos actos (como la declaración, el careo (hoy

en este capítulo, compartimos la lectura del profesor Jiménez, particularmente en lo relativo a la inhabilidad derivada para contratar con el Estado (Jiménez Jiménez, 2021).

² Una cita muy famosa atribuida a Edward, primer Barón de Thurlow, sobre este particular es: “¿Esperabas que una empresa tuviera conciencia, cuando no tiene alma para ser condenada, ni cuerpo para ser pateado?” (Coffee, 1981).

prueba testimonial), la medida de aseguramiento, etc.) se predicán exclusivamente de personas naturales³.

No obstante, cada vez más se identifica una tendencia global a incorporar regímenes de responsabilidad penal empresarial (Böse, 2011; Foffani, 2010: 43). Esta tendencia no ha sido accidental: la RPPJ se ha considerado esencial para combatir la corrupción, como Lee (1928) indicó en la década de los años veinte con toda precisión en un célebre artículo que, adelantado a su tiempo, ya ponía de presente el potencial delictivo (o al menos la facilidad de instrumentalización) de las personas jurídicas, especialmente en asuntos relacionados con la corrupción.

Y es que, a pesar de la relevancia de la discusión en la actualidad, la RPPJ no es un tema novedoso para el derecho penal. En la doctrina, Khanna rastrea el debate al siglo XVII en donde jueces como Lord Hold (en Inglaterra) se preguntaban sobre la imputabilidad de la persona jurídica (Khanna, 1996: 1479), en forma independiente a la de las personas naturales que la conforman. Esta discusión ha evolucionado a tal punto que hoy día puede afirmarse, con cierta medida, que optar por excluir a las personas jurídicas del marco del derecho penal, inclusive en América Latina, ha pasado a ser la excepción, no la regla.

Tanto en el ámbito local como internacional actualmente evidenciamos tendencias normativas y doctrinarias encaminadas a combatir las conductas punibles cometidas por medio (o directamente por) personas jurídicas en sus distintas manifestaciones (sociedades, fundaciones, corporaciones, propiedades horizontales etc.) (Silva Sánchez, 2011; Callegari, 2013). Esta tendencia se ha materializado ciertamente en la expansión propia del derecho penal y del derecho administrativo sancionatorio a ámbitos que en principio le eran extraños, como le son en día el gobierno corporativo, la cultura ética, nuevos delitos tributarios y financieros y la cultura de cumplimien-

³ Sin embargo, hoy en día este es uno de los argumentos con menor trascendencia, en la medida en que todas las demás ramas del derecho les reconocen capacidad procesal, inclusive admitiéndose la confesión por medio de su representante legal.

to de las compañías, entre otros (Montáñez-Ruíz, 2010; Terradillos Basoco, 2006).

La meta principal de estas tendencias es y será combatir la corrupción, especialmente a nivel público (Newman Pont & Ángel Arango, 2017: 175), y la participación del sector privado, especialmente a través de vehículos empresariales, en esta. Es decir, y sea el momento para precisarlo, uno de los principales móviles para promover la punición de personas jurídicas, bien sea a nivel administrativo o penal-jurisdiccional, son los esfuerzos multilaterales para condenar la corrupción transnacional, especialmente cuando esta es organizada (Obidairo, 2016: 81 et seq.; Cfr. OECD Working Group on Bribery, 2018b). Por lo anterior, una buena parte de este capítulo dedica su atención al estudio de estos instrumentos internacionales.

Ahora bien, esta expansión dista de ser pacífica. Si bien los estándares nacionales e internacionales en el marco de la lucha contra la corrupción abogan por combatir la criminalidad organizada principalmente de carácter transnacional (cuyos protagonistas son las personas jurídicas y en especial las sociedades), en países como Colombia existen tensiones en relación con su posible responsabilidad penal autónoma y originaria (Pantoja Ruiz et. al. 2021). Esto se agrava por el hecho de que, si bien durante el siglo XXI se evidencia una fuerte convicción multilateral en combatir el Crimen Organizado Transnacional o la Criminalidad Organizada Transnacional (en adelante COT), no se precisa su definición criminológica o jurídica, la cual ha sido paulatinamente desarrollada a nivel local más que internacional (Zuñiga Rodríguez, 2016: 79).

En este contexto, este capítulo se propone estudiar: (a) los principales estándares internacionales relativos a la incorporación de un régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas, con especial énfasis al mecanismo de la RPPJ como una herramienta anticorrupción (sección 2); (b) los principales marcos teóricos diseñados para atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica (sección 3); (c) cómo se han incorporado dichas recomendaciones en los países no latinoamericanos (sección 4) y latinoamericanos (sección 5) de referencia en la presente obra colectiva; y (d) la situación actual en Colombia (sección 6). Finalmente, se propone un acápite (sección 7) de conclusiones junto con recomendaciones de cara a la situación

actual tanto en los sistemas latinoamericanos en general, como en el colombiano en particular.

2. PRINCIPALES ESTÁNDARES INTERNACIONALES RELATIVOS A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

2.1. Ámbito universal

El factor común que une los esfuerzos supranacionales por tipificar la RPPJ es la lucha contra la corrupción, incluyendo la corrupción asociada al COT (Mattar, 2012:109; Meyer et. al., 2014: 35 et seq.; OECD Working Group on Bribery, 2018b). Internacionalmente, se ha venido replanteando la consideración de la persona jurídica como una mera aglomeración de personas naturales (Ambos, 2018b) para pasar a ser entendidas, dependiendo de su complejidad, como (a) verdaderos ciudadanos corporativos susceptibles de responder penalmente por sus conductas (Gómez-Jara Díez, 2010b); o (b) instrumentos peligrosos para el COT (Fiorentini & Peltzman, 1996: 161; Mattar, 2012). En todo caso, ficciones legales con potencial criminógeno, que por tanto demandan regulación.

Por ello, previo a analizar la RPPJ como herramienta para luchar contra la corrupción y el COT, es útil realizar una aproximación al estado del arte a nivel internacional sobre la materia, analizando los principales instrumentos internacionales que rigen la materia. Lo anterior, aunado a criterios de conveniencia penal y político criminal, servirá para identificar si los países latinoamericanos que todavía no lo han hecho—como Colombia—deberían incorporar a su legislación nacional un régimen de RPPJ.

2.1.1. El Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo

El Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (1999) fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) el 9 de diciembre de 1999 y abierto para

firmas el 10 de enero de 2000. En Colombia, este instrumento fue aprobado por medio de la Ley 808 (2003)⁴ y declarado exequible por la sentencia C-037 (2004). Según su art. 5:

1. Cada Estado Parte, de conformidad con sus principios jurídicos internos, adoptará las medidas necesarias para que pueda establecerse la responsabilidad de una entidad jurídica ubicada en su territorio o constituida con arreglo a su legislación, cuando una persona responsable de su dirección o control cometa, en esa calidad, un delito enunciado en el artículo 2. Esa responsabilidad podrá ser penal, civil o administrativa [...].

De la lectura literal de la norma es claro que cada Estado puede optar por elegir el tipo de responsabilidad, incluyendo, por ejemplo, la responsabilidad administrativa históricamente adoptada en países como Colombia. Por ello, la Corte Constitucional colombiana se ha limitado a afirmar en su sentencia C-037 (2004) que:

Esta disposición respeta el principio de autodeterminación de los pueblos y la soberanía nacional en la medida en que los mecanismos que llegue a adoptar el Estado en desarrollo del Convenio se realizan conforme a los principios jurídicos internos. Es decir, en cumplimiento de la obligación que se adquiere con el Convenio habrán de observarse los derechos fundamentales, los principios del derecho sancionatorio y en especial el debido proceso.

2.1.2. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional

Al año siguiente se aprobó, a través de la Resolución 55/25 de la AGNU, de 15 de noviembre de 2000, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT o Convención de Palermo) y sus Protocolos contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, que fueron aprobados por el Congreso de Colombia por medio de la Ley 800 (2003)⁵, declarada

⁴ Colombia. Ley 808 de 2003 “por medio de la cual se aprueba el “Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo”, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el nueve (9) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999).” Publicada en el Diario Oficial No. 45.201, de 28 de mayo de 2003.

⁵ Colombia. Ley 800 de 2003, publicada en el Diario Oficial No. 45.131, de 18 de marzo de 2003.

integralmente exequible por la sentencia C-962 (2003) de la Corte Constitucional⁶. El art. 10 de la CNUDOT, relativo a la responsabilidad de las personas jurídicas, indica que:

Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado, así como por los delitos tipificados con arreglo a los artículos 5, 6, 8 y 23 de la presente Convención. [] Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa. [...].

Por su parte, el art. 31 de la CNUDOT, relativo a las medidas de prevención, establece que:

Los Estados Parte procurarán formular y evaluar proyectos nacionales y establecer y promover prácticas y políticas óptimas para la prevención de la delincuencia organizada transnacional [...] Los Estados Parte procurarán, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, reducir las oportunidades actuales o futuras de que dispongan los grupos delictivos organizados para participar en mercados lícitos con el producto del delito adoptando oportunamente medidas legislativas, administrativas o de otra índole. Estas medidas deberían centrarse en: [...] La prevención de la utilización indebida de personas jurídicas por parte de grupos delictivos organizados; a este respecto, dichas medidas podrían incluir las siguientes: (i) [e]l establecimiento de registros públicos de personas jurídicas y naturales involucradas en la constitución, la gestión y la financiación de personas jurídicas; (ii) [l]a posibilidad de inhabilitar por mandato judicial o cualquier medio apropiado durante un período razonable a las personas condenadas por delitos comprendidos en la presente Convención para actuar como directores de personas jurídicas constituidas en sus respectivas jurisdicciones; (iii) [e]l establecimiento de registros nacionales de personas inhabilitadas para actuar como directores de personas jurídicas; y (iv) [e]l intercambio de información contenida en los registros mencionados en los incisos (i) y (iii) del presente apartado con las autoridades competentes de otros Estados Parte [...].

⁶ A través de la Resolución 55/255 de la AGNU, de 31 de mayo de 2001, se aprobó un tercer Protocolo a la CNUDOT relativo a la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, con sus piezas y componentes y municiones. Colombia no ha adoptado hasta el momento este tercer Protocolo.

Es decir, se empiezan a ver parámetros propios de la promoción del denominado “*compliance* penal”, pero en ningún momento se identifica un mandato imperativo encaminado a incorporar a la legislación nacional la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Balcarce & Berruezo, 2016; Mihailis E. Diamantis & Laufer, 2019; Huff, 1996; Rodríguez Estévez, 2018; Schröder, 2019: 19 et seq.).

Si bien hay un sinnúmero de modalidades del COT, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNDOC) identifica que los principales “delitos transnacionales” (acepción jurídica) cometidos por el COT (realidad criminológica) son la trata de personas, el tráfico ilícito de migrantes, el tráfico ilícito de armas de fuego, el tráfico ilícito de recursos naturales, el comercio ilegal de flora y fauna, la venta de medicamentos organizados, la delincuencia cibernética y el narcotráfico (UNDOC, s/f). Todos tienen en común algo: las personas jurídicas, especialmente aquellas incorporadas o constituidas en Estados que protegen ampliamente la identidad de sus socios, pueden ser vehículos idóneos para desarrollar estas conductas punibles. Bajo dicho panorama es imperativo contar con instrumentos que regulen la participación de estas ficciones legales con potencial para ser instrumentalizadas, o consideradas directamente autores, de conductas punibles.

2.1.3. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) fue adoptada por la AGNU el 31 de octubre de 2003⁷. En su art. 26 establece:

1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.

⁷ Por medio de la Ley 970 de 2005 Colombia incorporó a su legislación interna la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 31 de octubre de 2003, que fue declarada integralmente exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-172 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño).

2. Con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.
3. Dicha responsabilidad existirá sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.
4. Cada Estado Parte velará en particular por que se impongan sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas sanciones monetarias, a las personas jurídicas consideradas responsables con arreglo al presente artículo.

Como puede verse, la CNUCC, si bien no ofrece una definición de corrupción (en atención al alcance distinto que se le da a esta a nivel local en función de la legislación, la jurisprudencia y la cultura jurídica nacionales), dedica una disposición completa a la RPPJ. Así, en respeto de la autonomía legislativa de cada Estado, y de cara a permitir que la disposición comulgue con una gran cantidad de ordenamientos jurídicos, la CNUCC admite que cada Estado regule la consecuencia por medio de su derecho penal, civil o administrativo. Pero el mensaje es claro: lo más importante es que exista una consecuencia cuando la estructura corporativa es instrumentalizada en función de actos cuyo desvalor está en el abuso de poder para el beneficio particular en detrimento del interés colectivo.

2.1.4. La Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico

La Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (Convención OCDE) (1997), es el instrumento internacional que posiblemente produce mayor controversia, más que por su texto, por la forma en la que múltiples Estados lo han incorporado a su legislación⁸. Si bien su art. 3 puede generar cierta discusión, la misma se circunscribe principalmente al artículo 2 que prevé lo siguiente:

⁸ Esta Convención fue aprobada en Colombia por la Ley 1573 (2012) en el marco de los compromisos adquiridos frente a la OCDE, y fue declarada

Cada Parte tomará las medidas que sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de un servidor público extranjero.

El principal objetivo de este instrumento es servir como muro de contención frente al soborno transnacional (en especial el logrado por medio del COT), que cuenta con la potencialidad de afectar la integridad de servidores públicos a nivel internacional. El articulado, no habla expresamente de la RPPJ, sino que permite que las medidas sean tomadas de conformidad con los principios jurídicos domésticos de cada Estado, uno de los cuales puede ser el principio *societas delinquere non potest*. Sin embargo, como se abordará en los acápite siguientes, países como Argentina y Chile (a diferencia de Colombia) han optado por consagrar un régimen de RPPJ para cumplir con esta obligación internacional (Cfr. OECD Working Group on Bribery, 2007, 2008).

Sin embargo, la propia OCDE ha manifestado en relación con el sistema jurídico alemán, que “[...] el Grupo de Trabajo sobre el Soborno seguirá vigilando la posible evolución en este ámbito, señalando que el Convenio no exige que la responsabilidad de las personas jurídicas sea penal” (OECD Working Group on Bribery 2018a). En el mismo sentido, la OCDE ha indicado recientemente en relación con Colombia que el requisito se ha entendido satisfecho con la expedición de normas administrativas encaminadas a combatir el soborno transnacional, en especial la Ley 1778 (2016) (con sus recientes modificaciones y reglamentaciones) y la regulación respecto de los Programas de Transparencia y Ética Empresarial (PTEE) por parte de la Superintendencia de Sociedades (OCDE, 2021).

Sin duda alguna el principal objetivo de este instrumento es construir consensos multilaterales capaces de minar la corrupción transnacional que proviene tanto de un defecto de organización de actores multinacionales, como del COT en sentido estricto. En ambos casos, actores que cuentan con altos flujos de capital, que permiten ofrecer dádivas o sobornos significativos encaminados a socavar la

integralmente exequible por la sentencia C-944 de 2012 de la Corte Constitucional.

voluntad del funcionario público receptor de la misma (Coleman, 1987: 433).

2.1.5. Las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera internacional

Es también necesario referirse al Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), que es un grupo de colaboración intergubernamental establecido en 1989⁹. Si bien Colombia no es parte de los 39 miembros del GAFI a nivel mundial (37 miembros y 2 organizaciones regionales), sí es miembro fundador del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), y, por tanto, observa constantemente sus parámetros al momento de tomar decisiones regulatorias¹⁰. Históricamente, el GAFI ha expedido recomendaciones que buscan

⁹ El GAFILAT es una organización de veinticinco estados de la Cuenca del Caribe, América Central y del Sur, que acordaron implementar contramedidas comunes para abordar el lavado de dinero. Se estableció como resultado de las reuniones mantenidas en Aruba en mayo de 1990 y en Jamaica en noviembre de 1992.

¹⁰ En múltiples eventos de socialización acerca de la Resolución No. 100-006261 del 2 de octubre de 2020, la Superintendencia de Sociedades ha sido transparente en indicar que se acogen, a pesar de no ser vinculantes, las recomendaciones del GAFI. Así mismo, la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia de Sociedades (Circular Externa 100-000005 DE 2017 del 22 de noviembre de 2017) expresamente indica que “[r]esulta imprescindible para las entidades del sector real, en los términos del presente Capítulo X, implementar un sistema de autocontrol y gestión del Riesgo de LA/FT. En ese sentido, es importante seguir las recomendaciones que, en materia de prevención del Riesgo de LA/FT, han establecido el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y las convenciones internacionales sobre la materia, entre otras”. De igual forma, y a modo de ejemplo, véanse los considerandos dos et seq. de la Resolución 687 de 2016, por medio de la cual se creó el Comité de Seguimiento al Grupo de Trabajo establecido mediante la Resolución No. 0570, de 12 de mayo de 2016, denominado “Evaluación Fondo Monetario Internacional-40 Recomendaciones GAFI”. Este Comité estará integrado por el Superintendente Financiero, el Delegado Adjunto para Supervisión Institucional, el Delegado Adjunto para Supervisión de Riesgos y Conductas de Mercado y el Director de Investigación y Desarrollo.

establecer estándares claros para combatir el lavado de activos y la financiación y proliferación del terrorismo¹¹.

Sus recomendaciones número 3 y 5 (que afirman respectivamente la necesidad de tipificar los delitos de lavado de activos¹² y financiación del terrorismo¹³) son aplicables a la materia que nos ocupa, siendo particularmente relevantes sus notas interpretativas, que en ambos casos señalan lo siguiente:

Los países deben asegurar que: [...] (c) [d]ebe aplicarse a las personas jurídicas responsabilidad y sanciones penales, y, cuando ello no sea posible (debido a los principios fundamentales de derecho interno), debe aplicarse la responsabilidad y sanciones civiles o administrativas. Esto no debe impedir procesos paralelos penales, civiles o administrativos con respecto a las personas jurídicas en países en los que se dispone de más de una forma de responsabilidad. Estas medidas no deben ir en perjuicio de la responsabilidad penal de las personas naturales. Todas las sanciones deben ser eficaces, proporcionales y disuasivas [...]¹⁴.

A diferencia de los anteriores instrumentos, estas recomendaciones sí mencionan expresamente la incorporación de un régimen de carácter penal. No obstante, permiten su adecuación a los principios de derecho doméstico de cada país, entendiendo la corrupción, en

¹¹ FATF (2012-2020). *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*. Disponibles en: www.fatf-gafi.org/recommendations.html. Una versión en castellano de las 40 recomendaciones junto con las notas interpretativas puede encontrarse en: (Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica 2019).

¹² El texto indica: “Los países deben tipificar el lavado de activos con base en la Convención de Viena y la Convención de Palermo. Los países deben aplicar el delito de lavado de activos a todos los delitos graves, con la finalidad de incluir la mayor gama posible de delitos determinantes”.

¹³ El texto indica: “Los países deben tipificar el financiamiento del terrorismo con base en el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, y deben tipificar no sólo el financiamiento de actos terroristas, sino también el financiamiento de organizaciones terroristas y terroristas individuales, aún en ausencia de un vínculo con un acto o actos terroristas específicos. Los países deben asegurar que tales delitos sean designados como delitos determinantes del lavado de activos”.

¹⁴ Vid. el párrafo 7 de la nota interpretativa de la recomendación 3 y el párrafo 9 de la nota interpretativa de la recomendación 5.

su sentido lato, como el incumplimiento intencionado del principio de imparcialidad con el propósito de derivar de tal tipo de comportamiento un beneficio personal o para persona relacionada (Tanzi, 1996: 167).

2.1.6. Análisis comparado

Aun cuando no todos los instrumentos internacionales reseñados se refieren en forma explícita al COT, y solo las recomendaciones del GAFI mencionan expresamente la incorporación del principio de RPPJ como una medida anticorrupción, es claro que la lucha contra la corrupción y el COT constituye un eje temático transversal a los mismos. Como indica con acierto la profesora Zúñiga Rodríguez (2016), el concepto tradicional de soberanía y territorialidad, en que cada Estado ejercía su *imperium* en forma exclusiva y excluyente, ha cedido frente a la superación de facto que se evidencia frente al COT y su impacto disruptivo en las democracias que permea (Zúñiga Rodríguez, 2016: 64). La economía globalizada propone un intercambio de bienes y servicios masivo, incentivando no únicamente el comercio justo sino también la comisión de delitos transnacionales de particular gravedad para sus sujetos pasivos y la comunidad en general (Barras, 2014: 282).

Este esfuerzo se torna considerablemente más específico, y cuenta con mayor supervisión, cuando se pasa al ámbito regional. Este primer acercamiento versó sobre los esfuerzos mundiales, en los foros más extensos con que cuenta la comunidad internacional, para producir normas que regulen la participación de las personas jurídicas en delitos, especialmente aquellos relacionados con el COT. Ahora, analizaremos dos ordenamientos regionales, a título de introducción, en donde también se han gestado normas relacionadas con RPPJ y corrupción: el marco normativo europeo y el marco normativo americano.

2.2. *Ámbito regional*

2.2.1. La normativa europea

En lo que se refiere al ámbito regional, destaca el contexto europeo, donde se pueden encontrar numerosos instrumentos de carácter internacional susceptibles de mención. Entre ellos hay que mencionar, en primer lugar, los siguientes adoptados por el Consejo de Europa (ConsEur): (a) el Convenio 173, de 27 de enero de 1999, sobre la corrupción (Convenio Penal ConsEur)¹⁵; (b) el Convenio 185, de 3 de noviembre de 2001, sobre la ciberdelincuencia¹⁶; (c) el Convenio 197, de 16 de mayo de 2005, sobre la lucha contra la trata de seres humanos¹⁷; y (d) el Convenio 211, 28 de noviembre de 2011, sobre la falsificación de productos médicos y delitos similares que impliquen amenazas a la salud pública¹⁸.

Sin embargo, ha sido la Unión Europea (UE), la que, con miras a combatir la corrupción (principalmente aquella que afecta los intereses públicos), ha desarrollado una extensa normativa encaminada a definir conceptualmente la corrupción, y a dar lineamientos generales para combatirla eficazmente (promoviendo así la denominada “lucha contra la corrupción”) (Murillos Cueva & Morillas Cueva, 2011; Urruela Mora, 2012). Entre los principales instrumentos adoptados por la UE en esta materia destacan: (a) la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998¹⁹; (b) la Decisión Marco 2002/629/JAI, de 19

¹⁵ Vid. su art. 18.

¹⁶ Vid. su art. 12.

¹⁷ Vid. su art. 22.

¹⁸ Vid su art. 11.

¹⁹ Según su artículo 3, “[l]os Estados miembros garantizarán que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables penalmente o, en su defecto, responsables de otro modo de los delitos contemplados en el apartado 1 del artículo 2, cometidos por la persona jurídica, conforme a modalidades que deberán definirse en su legislación interna. Esta responsabilidad de la persona jurídica no prejuzga la responsabilidad penal de las personas físicas que sean autoras o cómplices de dichos delitos. Los Estados miembros garantizarán especialmente que pueda sancionarse a dichas personas jurídicas de manera efectiva, proporcional y disuasoria y que puedan sufrir sanciones de carácter patrimonial y económico.

de julio de 2002²⁰; y (c) la directiva 2011/36/UE, de 5 de abril de 2011 (que sustituye la Decisión Marco 2002/629/JAI)²¹.

Reproducir cada uno de estos instrumentos sería sumamente extenso, por lo que, siguiendo a Franssen (2018), nos limitaremos a afirmar que, en el ámbito europeo, se ha mantenido la postura establecida por la Corte de Justicia de la Unión Europea en 1990 en el marco del caso *Vandevenne*, de conformidad con la cual:

[...] los Estados miembros conservan un margen de maniobra en la elección de las sanciones, siempre que sean adecuadas, no est[ando] obligados a introducir un sistema de responsabilidad estricta [penal] de la empresa en caso de que sus empleados incumplan sus obligaciones, ni tampoco se lo impiden²².

Como resultado, los Estados miembros de la UE que sean reticentes a incorporar la RPPJ en sus ordenamientos jurídicos no están obligados a hacerlo (Franssen, 2018: 1230). Sin embargo, al mismo tiempo, dicho “margen de maniobra” no hace sino confirmar la tendencia general a nivel internacional de incorporar la RPPJ en los sistemas penales.

2.2.2. La normativa americana

Finalmente, merece la pena pronunciarse, en la esfera americana, sobre la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), suscrita en la ciudad de Caracas el 29 de marzo de 1996 en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA)²³. Según la Corte Constitucional de Colombia, el objetivo principal de este instrumento es²⁴:

²⁰ Vid. su art. 4.

²¹ Vid. su art. 5.

²² Corte de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 2 de octubre de 1991. Decisión Prejudicial en relación con el proceso penal seguido en Bélgica contra Paul Vandevenne, Marc Wilms, Jozef Mesotten y Wilms Transport NV. Asunto C-7/90.

²³ Esta fue incorporada a la legislación nacional colombiana por medio de la Ley 412 de 1997, declarada exequible por la Corte Constitucional de Colombia por medio de sentencia C-397 de 1998 (MP Fabio Morón Díaz).

²⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-397 de 1998 (MP Fabio Morón Díaz).

[...] que los países signatarios adquieran y cumplan el compromiso de introducir y fortalecer en sus respectivos ordenamientos jurídicos, mecanismos para prevenir, contrarrestar y sancionar la corrupción, específicamente la que proviene de los agentes y funcionarios del Estado, con base en los cuales sea viable diseñar e implementar estrategias eficaces de cooperación y mutua colaboración entre los países partes, que, de una parte fortalezcan las instituciones políticas de los mismos, y de otra, eviten que se siga propagando dicho flagelo, que debilita la democracia y obstaculiza el desarrollo de los pueblos. Pero, además, los propósitos y objetivos que enuncia el instrumento objeto de revisión, se ajustan plenamente a los principios fundamentales del Estado social de derecho, modelo de organización jurídico-política por el cual optó el Constituyente colombiano de 1991.

Para alcanzar dicho objetivo, también centró su atención en las personas jurídicas, a las que, en su art. VIII dedicado al soborno transnacional, prefirió referirse en un español más coloquial como “empresas”, en los siguientes términos:

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.

El alcance de esta disposición ha sido delimitado por los informes producidos por la tercera Ronda del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la CICC (MESICIC), sin que sea dable concluir que esta responsabilidad corporativa haya de ser necesariamente de carácter penal (Comité de Expertas y Expertos del MESICIC, 2020). En consecuencia, únicamente se requiere la asunción de responsabilidades (ya sean estas de naturaleza civil, administrativa o penal, según el respectivo ordenamiento jurídico nacional), respetando la libertad de empresa, cuando la conducta corporativa produzca actuaciones que encajen en la conducta de soborno transnacional.

2.2.3. Análisis comparado

Al igual que en el ámbito internacional, es claro que, en el ámbito regional, tanto europeo como americano (que fueron seleccionados por proximidad regulatoria al ámbito que rodea la obra colectiva en que se enmarca este capítulo), la lucha contra la corrupción, especialmente el soborno transnacional, permea la producción de textos multilaterales que promueven la incorporación de deberes jurídicos a las personas naturales y jurídicas de los Estados miembros. Según la UNDOC, gran parte de los delitos transnacionales, como lo son el tráfico internacional de drogas, los delitos contra el orden económico internacional y los delitos contra la administración pública de varios países, responden al COT (UNDOC, s/f). Si a esto se le suma que el COT responde normalmente a un móvil económico, es claro que las personas jurídicas son un sujeto de especial protagonismo en los mecanismos de lucha contra el COT.

Si bien se protege la autonomía legislativa local, de la lectura mancomunada de los anteriores textos es posible concluir que la regla general es promover la producción de legislación doméstica encaminada a combatir la responsabilidad de actores corporativos en prácticas asociadas a la corrupción, especialmente en el COT. La globalización, y la incorporación de dinámicas comerciales globales no solo ha permitido una integración y cooperación económica importante, sino que también ha permitido que el deje su estado embrionario y artesanal de cara a profesionalizarse y estar permeada por un mercado ilícito gerenciado internacionalmente (Callegari, 2013:145). Afortunadamente, esta evolución del COT encuentra respuesta en instrumentos multilaterales que han permitido modificar dogmas tradicionales del derecho penal, en función de brindar respuestas oportunas.

2.3. Conclusión frente a los principales estándares internacionales

Llamamos la atención del lector, luego de este breve recuento, en dos aspectos particulares: en primer lugar, la evolución normativa que fomenta la incorporación de regímenes de responsabilidad (civil, administrativa y/o penal) frente a las personas jurídicas se ha

desarrollado en algo más de dos décadas, de manera que es al mismo tiempo reciente y altamente veloz. Y, en segundo lugar, que gran parte, por no decir toda, la legislación internacional sobre responsabilidad penal corporativa, que ha irradiado los regímenes domésticos, ha evolucionado en torno a la lucha contra la corrupción, especialmente en su acepción transnacional.

Los Estados parte de los precitados instrumentos internacionales, en los que resalta Colombia, se han preocupado por promover la integración comercial internacional entre actores. No obstante, han sido conscientes que de la mano de dicha integración se acompaña la facilitación de conductas asociadas al COT por medio de estructuras corporativas, tornando en imperioso regular la responsabilidad corporativa, como premisa de la deseada libertad comercial (Callegari, 2013: 147; Pérez, 2013).

En consecuencia, a la luz de los instrumentos internacionales revisados en los ámbitos universal y regional, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. Las obligaciones internacionales establecidas por dichos instrumentos recogen la obligación de los Estados parte para incorporar en su derecho público interno mecanismos sancionatorios para las personas jurídicas que participen en actos de corrupción, especialmente aquellos de carácter transnacional como el cohecho de servidores públicos (se encuentren estos vinculados o no al COT);

2. Aun cuando la preocupación sea la corrupción como género, es claro que se da especial relevancia al COT, por su potencial lesivo y trascendencia criminológica;

3. Se evidencia a nivel internacional una tendencia normativa a que la vía para sancionar a las personas jurídicas por actos de corrupción es la penal, pero la herramienta escogida depende en última instancia tanto de la arquitectura constitucional de cada Estado, como de su voluntad legislativa de incorporar la RPPJ a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos; y

4. La principal preocupación multilateral ha sido combatir la corrupción transnacional (en sentido amplio), con un especial énfasis

en las conductas de soborno transnacional y el tráfico de drogas, este último usualmente relacionado al COT.

Como se insiste a lo largo de este texto, las personas jurídicas (especialmente aquellas con domicilio en “paraísos fiscales” o jurisdicciones poco cooperantes) pueden ser instrumentalizadas por el COT. No puede perderse de vista, como advierte Carnevali (2010), que el principal móvil del COT es el lucro de carácter ilícito (Carnevali Rodríguez, 2010a: 284), cuya colocación, transformación e integración se facilita considerablemente cuando se utilizan complejas estructuras empresariales²⁵. En ese sentido, para interpretar los móviles y el alcance de las disposiciones encaminadas a regular la responsabilidad civil, administrativa y penal de las personas jurídicas por actos asociados a la corrupción, con alcance normalmente transnacional, es importante precisar la finalidad de las normas internacionales que rigen su producción.

3. ¿CÓMO PUEDE ATRIBUIRSE RESPONSABILIDAD PENAL A UNA PERSONA JURÍDICA?

La relativa novedad y polémica en torno a la RPPJ ha hecho que, por las vías jurisprudencial, doctrinal y legislativa, hayan sido creados un importante número de modelos encaminados a sentar las reglas de atribución de responsabilidad. Los textos de Cavanagh (2011), Gómez-Jara (2010A), Heine et. al. (2012) y Lederman (2000), que buscaremos resumir en las próximas líneas de la forma más sintética posible, brindan una gran introducción a esta problemática.

La mayoría de los académicos que estudian la materia confluyen en que existen dos modelos principales: uno vicarial o de heteroresponsabilidad, donde el reproche se traslada de una persona natural a

²⁵ Sobre esto ya se ha pronunciado la doctrina colombiana (Sintura et. al., 2013: 217), la Unidad de Inteligencia y Análisis Financiero (UIAF) de Colombia (Castellanos Sarmiento et. al., 2014:15) y la propia Superintendencia de Sociedades (Circular Externa 100-000016 del 24 de diciembre de 2020, Modificación Integral al Capítulo X de la Circular Básica Jurídica de 2017).

la persona jurídica, y otro de autorresponsabilidad o responsabilidad originaria (Heine et. al., 2012; Brodowski et. al., 2014; de la Cuesta Arzamendi y de la Mata Barranco, 2013). Al interior de estos dos vértices opuestos se encuentran algunos intermedios que procuran morigerar las falencias propias de cada modelo de responsabilidad, como a continuación pretendemos ilustrar.

3.1. Modelos de responsabilidad transferida o vicarial

3.1.1. Modelo vicarial, derivado o de *respondeat superior*

El modelo vicarial no es solo el primer esquema que surgió para trasladar la responsabilidad penal de una persona natural a una persona jurídica, sino tal vez el históricamente más importante. Inclusive, teóricos como Mueller (1957: 47) señalaban a mediados del siglo pasado que la responsabilidad penal empresarial era una forma (especie) del sistema de responsabilidad vicarial. Gracias a este modelo, la teoría de la ficción (que consideraba a las agrupaciones o colectividades como sujetos artificiales que debían su razón de ser al legislador, sin tener en realidad voluntad personal) (Savigny, 1840; León Melchor, 2018)) fue abandonada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (EE.UU.) en su famosa decisión *New York Central & Hudson River Railroad Company, Plff. In Err., V. United States*²⁶ (1909), que, si bien no fue la primera decisión en ese sentido, sí ha sido la históricamente más trascendente (Pantoja Ruiz et. al., 2021).

Este modelo parte de la doctrina del *respondeat superior* (Nwafor, 2013), desarrollada en el seno del derecho civil y luego trasladada al ámbito penal, conforme a la cual el delito será atribuible a una compañía cuando la acción que lo origina sea desarrollada “[por un empleado] en el marco del empleo y con la intención de beneficiar a la compañía” (Mihailis Evangelos, 2018: 34). Según este esquema, será penalmente responsable la persona jurídica cuando se acredite: (a) que una persona natural vinculada a una persona jurídica ha incurrido en un comportamiento ilegal (*actus reus*) con un determina-

²⁶ 22 Ill.212 U.S. 481, 29 S. Ct. 304, 53 L. Ed. 613 (1909).

do estado culpable (*mens rea*); (b) que el agente haya actuado en el marco de su empleo (en ejercicio o con ocasión de su cargo); y (c) que el agente haya pretendido (no necesariamente logrado) beneficiar a la compañía, es decir, no haya actuado en beneficio propio, sino en el de la persona jurídica (Jiménez, 2019; Lee, 1928: 3; Nanda, 2010: 612).

Como se ve, los elementos materiales y mentales del delito se predicaban de la persona natural, que posteriormente transfiere su responsabilidad a la persona jurídica, permitiendo valorar las categorías dogmáticas en un sentido relativamente tradicional (Franssen, 2018: 1238). Por ello a este modelo también se le denomina de responsabilidad derivada (Cesano & Balcarce, 2003). Una detallada exposición sobre esta fórmula de atribución de responsabilidad, en su versión más pura, puede hallarse en *United States of America v. Twentieth Century Fox Film*, donde la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de EE.UU. señala que²⁷:

[...] el programa de cumplimiento de Fox, por muy amplio que sea, no exime a la empresa de responsabilidad cuando sus empleados, actuando en el ámbito de su autoridad, no cumplen la ley y el decreto de consentimiento. Es un derecho establecido que una empresa puede ser considerada responsable penalmente de las violaciones de la legislación antimonopolio cometidas por sus empleados o agentes que actúan en el ámbito de su autoridad²⁸.

3.1.2. Teoría de la identificación o modelo de *alter ego*

Conforme con esta teoría, solo los administradores y empleados con cierta jerarquía al interior de la compañía (posiblemente personal de dirección, confianza y manejo) pueden comprometer la RPPJ (Lederman, 2000). Es decir, aplica el razonamiento del es-

²⁷ U.S. v. Twentieth Century Fox Film Corp., 882 F.2d 656 (2d Cir. 1989).

²⁸ De cara a contrastar el desarrollo jurisprudencial de este modelo de imputación jurídica a la persona jurídica, vid. también: *United States v. Koppers Co.*, 652 F.2d en 298; *United States v. Basic Construction Co.*, 711 F.2d 570, 573 (4th Cir.) (per curiam), cert. denied, 464 U.S. 956, 104 S.Ct. 371, 78 L.Ed.2d 330 (1983); *United States v. Hilton Hotels Corp.*, 467 F.2d 1000, 1004-07 (9th Cir. 1972), cert. denied, 409 U.S. 1125, 93 S.Ct. 938, 35 L.Ed.2d 256 (1973). Traducción de los autores.

quema vicarial, más no circunscrito a toda la organización, sino únicamente a un selecto grupo de empleados, puesto que se entiende que éstos reflejan de forma más clara la conciencia y voluntad de la compañía y, por tanto, son los únicos que pueden actuar transfiriendo la culpabilidad a esta (*mens rea*) (Cavanagh, 2011: 416; Vermeulen et. al., 2012: 57). Esta teoría fue expresamente aplicada por la Cámara de los Lores del Reino Unido en la conocida decisión *Tesco Supermarkets Ltd. v. Natrass* (1971)²⁹, donde se estableció lo siguiente:

Una empresa puede compararse en muchos aspectos con un cuerpo humano. Tiene un cerebro y un centro nervioso que controla lo que hace. También tiene manos que sostienen las herramientas y actúan de acuerdo con las instrucciones del centro. Algunas personas de la empresa son meros sirvientes y agentes que no son más que las manos para hacer el trabajo y no se puede decir que representen la mente o la voluntad. Otros son directores y gerentes que representan la mente y la voluntad directora de la empresa, y controlan lo que ésta hace. El estado de ánimo de estos directivos es el estado de ánimo de la empresa y es tratado por la ley como tal (Nwafor, 2013: 85).

Esta hipótesis confía en la noción de “personificación de la persona jurídica”, de conformidad con la cual ciertos sujetos pueden ser considerados como órganos corporativos de esta para evitar una aplicación extensiva del principio de *respondeat superior*, entendiendo que el deber de vigilancia únicamente se exige, en materia penal, a los altos funcionarios (Lederman, 2000: 655). Sin embargo, al igual que en la doctrina vicarial, la persona natural ha de ser individualizada y su conducta valorada para, luego sí, transferirla a la persona jurídica (Cavanagh, 2011: 418). Esta transferencia no parece, sin embargo, tener en cuenta las exigencias del “incómodo” principio de culpabilidad (Van Weezel, 2014) por lo que paulatinamente se fueron abriendo paso los modelos que tienen en cuenta el contexto corporativo y el denominado “defecto de organización”.

²⁹ Tesco Supermarkets Ltd v Natrass: HL 31 Mar 1971.

3.2. Modelos de responsabilidad originaria o autorresponsabilidad

3.2.1. Teoría de la agregación o conocimiento colectivo

En tercer lugar, la doctrina ha desarrollado la teoría de la agregación o del conocimiento colectivo³⁰, que se basa en el comportamiento acumulado, sistemático y reiterado que facilita o concluye en la comisión de un delito (Hagemann & Grinstein, 1997: 212). Bajo esta hipótesis, la suma de múltiples individuos (con independencia de su cargo en la compañía) produce una conciencia colectiva susceptible de análisis bajo la óptica del derecho penal (Fisse & Braithwaite, 1994: 31; Gómez-Jara Díez, 2014; Laufer, 2006). Esta suma puede considerarse como atribuible a la persona jurídica, pues refleja la cultura corporativa que permitió que una serie de comportamientos se acumularan en forma sistemática (Ragozino, 1994: 425).

El modelo fue aplicado y explicado por la Corte de Apelaciones del Primer Circuito de EE.UU. en *United States v. Bank of New England*³¹. En este caso, el Banco de Nueva Inglaterra fue procesado por haber violado la Ley de Información sobre Transacciones Monetarias puesto que, bajo dicha norma, los bancos debían realizar un informe sobre transacciones monetarias ante el Departamento del Tesoro en un período máximo de 15 días cuando las operaciones de un cliente sobrepasaran los 10.000 dólares. Sin embargo, el banco omitió presentar este informe (lo que constituía un delito según dicha ley) cuando el señor McDonought retiró una suma superior, mediante más de 30 operaciones con cheques que se presentaron a cajeros distintos y en momentos separados. A pesar de que el banco afirmó que no se podía atribuir responsabilidad debido al fracciona-

³⁰ En inglés “Collective Knowledge Doctrine”. Según la doctrina: “La doctrina del conocimiento colectivo es un método para establecer la intención de imponer responsabilidad penal a las empresas cuando no existe un actor individual culpable. “En virtud de esta doctrina una empresa puede ser considerada responsable de violaciones [penales] por delitos con intención a pesar de la ausencia de pruebas de que un solo agente tuviera la intención de cometer el delito o incluso conociera la existencia de los hechos operativos que condujeron a la violación” (Ragozino, 1994).

³¹ *United States v. Bank of New England*, N.A-821 F.2d 844 (1st Cir. 1987).

miento de las operaciones en múltiples cajeros, la Corte de Apelaciones afirmó que:

Hay que considerar el banco como una institución. Como tal, sus conocimientos son la suma de todos los conocimientos de todos sus empleados. Es decir, el conocimiento del banco es la totalidad de lo que todos los empleados sabían dentro del ámbito de su empleo. Así, si el empleado A conoce una faceta de la obligación de informar sobre las divisas, B conoce otra faceta y C una tercera faceta, los bancos las conocen todas. Por lo tanto, si se determina que un empleado, dentro del ámbito de su empleo, sabía que había que presentar los [informes], aunque se utilicen varios cheques, se considera que el banco lo conoce. También se considera que el banco lo conoce si cada uno de los varios empleados conocía una parte del requisito y la suma de lo que sabían los distintos empleados equivalía al conocimiento de que existía dicho requisito³².

No debe sorprender al lector que esta no sea una solución idónea. En el fondo, se construye la intención corporativa mediante la suma de varios sujetos que ni siquiera han de conocerse o interactuar entre sí, valorando externamente una actuación colectiva que internamente pudo no haberse concertado y que no necesariamente representa la intención corporativa. Es decir, se podría configurar el dolo (*intent*) sin que siquiera haya una verdadera voluntad social, lo que sería una premisa de culpa por defecto de organización.

Por esta razón, Hagemann y Grinstein (1997: 238) concluyen, con buen criterio, que es una alternativa inconstitucional que se aleja claramente del deseo del legislador de separar los delitos dolosos de los imprudentes³³:

El uso de la doctrina del conocimiento colectivo en la forma sugerida por su formulación clásica podría condenar a una empresa por negligencia o por responsabilidad objetiva cuando el Congreso decidiera incluir en un delito concreto un requisito de intención más estricto, como por ejemplo, con dolo. Sin embargo, los tribunales no pueden prescindir unilateralmente de un requisito de intención definido por el Congreso. Si un delito requiere una *mens rea*³⁴ de conocimiento,

³² Traducción hecha por los autores. Tomada de: United States v. Bank of New England, N.A., 821 F.2d 844, 856 (1st cir.1987).

³³ Traducción libre hecha por los autores.

³⁴ Si bien no existe un equivalente funcionar preciso para el *mens rea* en el derecho continental, puede asemejarse, guardadas las proporciones, al as-

un tribunal no puede simplemente ignorar ese requisito. Por lo tanto, el uso de la doctrina del conocimiento colectivo para condenar a una empresa por un delito que requiere conocimiento, en ausencia de cualquier demostración de conducta intencional por parte de la empresa, constituiría una abrogación judicial de los elementos de un delito ordenados por el Congreso.

3.2.2. Modelo(s) de autorresponsabilidad o identidad propia

Es importante tener en cuenta que este no es un modelo unívoco, sino el producto de muchos submodelos y discusiones. Ya que no es el objetivo de este texto ahondar en la materia, se trata como uno solo en el que serán abordadas las características esenciales de los modelos de autorresponsabilidad (Gómez-Jara Díez, 2010a; Heine et. al., 2012). Además, conviene así mismo precisar que, si bien este modelo tiene también raíces en el ámbito de la responsabilidad civil, a diferencia del modelo vicarial, fue específicamente desarrollado en el derecho penal para cumplir con los estándares convencionales, constitucionales y legales de exigidos por el derecho penal (Lederman, 2000: 650), y poder atribuir responsabilidad penal a entes corporativos.

Esta figura de atribución inicia a raíz de la formulación hecha por Tiedemann, quien pone como punto de referencia la culpabilidad de la persona jurídica en función de sus mecanismos de organización (García Caveró, 2012: 61). A diferencia del modelo vicarial, y prácticamente en contraposición a este, en el modelo de autorresponsabilidad la persona jurídica es responsable cuando la falta de vigilancia o control sobre sus miembros (un defecto de organización) permite la comisión de un delito en beneficio de la compañía (Pena, 2020: 1097).

La persona jurídica no responde por la comisión de delitos por personas naturales que tienen la potencialidad de transferirle su responsabilidad penal, sino porque el delito es consecuencia del incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión (Hernández Basualto, 2010: 225). De esta manera, las personas naturales son me-

pecto subjetivo de la actuación, normalmente conformado por la tipicidad subjetiva y la culpabilidad, en especial, la conciencia de antijuridicidad.

ros órganos de la persona jurídica que comprometen directamente a esta si no se organiza adecuadamente (Tiedemann, 2014: 18). Por tanto, la responsabilidad es originaria en cabeza de la persona jurídica, y no derivada, como ocurre con el esquema vicarial.

Esta visión constructivista de la culpabilidad, que busca responder a las críticas que se han realizado a la responsabilidad penal empresarial con base en dicha categoría dogmática (Van Weezel, 2014: 129), se fundamenta en sus tres pilares esenciales (al menos concebidos desde una perspectiva normativa), a pesar de ser un mero equivalente funcional: (a) garantizar la fidelidad al derecho como condición para la vigencia de la norma; (b) el sinalagma entre libertad de autoorganización y responsabilidad por las consecuencias; y (c) la capacidad de cuestionar la vigencia de la norma (Gómez-Jara Díez, 2010b: 462; Jakobs, 1992). Por ello el reproche se centra en la capacidad organizativa empresarial y su exigencia normativa por parte del derecho penal (Feijoo Sánchez, 2003; Gómez-Jara Díez, 2010b: 457, 2011).

Sobre cómo estructurar la voluntad corporativa, escriben en esta misma obra los profesores Ballesteros, Naval y Santos, quienes no han escatimado su conocimiento en explicar el nacimiento y valoración de los programas de *compliance*. Estos son instrumentos organizacionales idóneos para conformar culturas empresariales éticas (Gómez-Jara Díez, 2010b: 471; Gordon, 2021; Simpson, 2019: 197). Y, en el peor de los casos, serán instrumentos de defensa penal de la compañía, en la medida en que no se configure un reproche organizacional que permita imputarle el delito, por un colaborador, directamente a la organización (Schröder, 2019; Gómez-Jara Díez, 2014).

4. SISTEMAS NO LATINOAMERICANOS: ESPAÑA, ITALIA Y ESTADOS UNIDOS

Como se ha dicho, el “*societas non delinquere potest*”, que hasta hace unas décadas parecía ser un “principio ontológico e inmodificable” (Foffani, 2010: 42), hoy retrocede. Castigar por medio del derecho penal a las personas jurídicas hoy ha pasado de ser la gran excepción a una regla bastante común, especialmente en países que históricamente han influido en el desarrollo de la legislación penal comparada.

4.1. España

Paulatinamente, la normatividad doméstica española se ha visto influenciada por las directrices internacionales, entre otras, la Directiva 2008/99/CE del Parlamento y Consejo Europeos y la Decisión Marco del Consejo 2000/383/JAI (de la Mata Barranco, 2013). Debido a estas normas y a la coyuntura doméstica, en diciembre de 2010 entró en vigor la Ley Orgánica 5 de 2010, que incorporó oficialmente la RPPJ al derecho español. A raíz de las múltiples dificultades dogmáticas y procesales de esta ley (González Sierra & Del Castillo Codes, 2012; Ramos Barseló, 2016), la Ley Orgánica 1 de 2015 volvió a modificar el Código Penal (CP) español, regulando el actual régimen aplicable para las personas jurídicas. Como resultado, en la actualidad el art. 31 bis (1) del CP prevé que las personas jurídicas responderán penalmente por:

Los delitos cometidos en nombre o por cuenta de estas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus 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 persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. [] Los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso (Asociación Española de Compliance, 2021).

El modelo español aboga por un modelo de autorresponsabilidad (Morales Hernández, 2019: 349). En ese sentido, si bien la Fiscalía General del Estado en su Circular 1 de 2016 estipuló originalmente que el legislador español había incorporado un régimen vicarial en la reforma de 2015³⁵, el Tribunal Supremo ha concluido que el régi-

³⁵ España. Fiscalía General del Estado. “Circular 1/2016. Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del CP efectuada por ley orgánica 1/2015”. Según la misma, “[...] estos elementos matizan el modelo de heterorresponsabilidad empresarial, atenuándolo, permitiendo incluso hablar de responsabilidad autónoma de la persona ju-

men español se fundamenta en un modelo de autorresponsabilidad. Como señala en su sentencia 154/2016³⁶:

[...] la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 párr. 1º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis. 1 (a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del CP como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica.

Además, se pueden encontrar diversas decisiones judiciales de carácter procesal que analizan la eficacia de los programas de *compliance* de las personas jurídicas como mecanismos de autoorganización dirigidos a crear una cultura corporativa ética que promueva la represión preventiva de las actividades delictivas. Entre ellas, Aguilera Gordillo (2021) menciona en particular las siguientes: (a) el auto del Juzgado Central de Instrucción No. 6. de 23 de marzo de 2021; (b) el auto del Juzgado Central de Instrucción No. 6, de 29 de julio de 2021; y (c) el auto de la Sala Plena de la Audiencia Nacional, sección 4, de 1 de julio de 2021.

rídica en el sentido de que su sanción no depende de la previa declaración de responsabilidad penal de la persona física, pero no llegan a cimentar un sistema de imputación propio o de autorresponsabilidad de la persona jurídica en sentido estricto, que exigiría un dolo o culpa de la propia persona jurídica, algo que la regulación española sigue sin contemplar, pues el modelo diseñado permanece encadenado al incumplimiento de los deberes de control de las personas físicas”.

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 29 de febrero de 2016, Recurso N°: 10011/2015. Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Maza Martín.

4.2. Italia

A diferencia de muchos otros países europeos, Italia ha tenido que enfrentar históricamente el crimen organizado, que por naturaleza es crimen económico (Carnevali Rodríguez, 2010: 287). Es por ello que las normas y jurisprudencia desarrollada en dicho país encaminadas a castigar la responsabilidad corporativa tienden a tener como norte la lucha contra la corrupción y su financiación por la delincuencia empresarial (Mucciarelli, 2019: 2).

El ordenamiento italiano, a la fecha, carece de un régimen “en estricto sentido” de RPPJ, y se ha decantado por un régimen administrativo que se activa con posterioridad a la finalización del proceso penal adelantado contra una persona natural vinculada a la organización. Con el fin de materializar lo previsto por la Ley 300 de 2000³⁷, se aprobó al año siguiente el Decreto Legislativo (DL) 231 de 2001 con el fin de ser la regla cardinal para desarrollar el régimen italiano de responsabilidad administrativa empresarial derivada de la comisión de un delito. Conforme a la misma, las personas jurídicas son administrativamente responsables por los delitos cometidos, en su interés y beneficio, por personas naturales condenadas en un previo proceso penal que cumplan alguna de las siguientes circunstancias³⁸: (a) desempeñen funciones de representación, administración o gestión de la entidad o de una unidad organizativa con autonomía financiera y funcional; (b) sean, incluso bajo la modalidad del representante de hecho (Zanata, 2019: 24), administradores de las personas jurídicas; (c) estén sujeta a la gestión o supervisión de alguna de las personas mencionadas en los incisos i) o ii); (d) no hayan actuado en interés exclusivo propio o de terceros, sino en interés de la organización (Laezza, 2021: 26).

³⁷ Si bien esta es una norma que por antonomasia consagra la responsabilidad administrativa de las empresas, la misma en su artículo 6 expresamente prevé la responsabilidad penal del dirigente de la empresa.

³⁸ República de Italia. Decreto Legislativo 8 de 2001, n. 231. *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300.* (GU Serie Generale n.140 del 19-06-2001).

A este último supuesto se le conoce como “la aproximación minimalista” de la responsabilidad administrativa (Fabri & Zilia, 2020: 300) y fue afirmada originalmente en el caso *Siemens*.

El fin de esta regulación es claro: sancionar al sujeto económico que se beneficia por el delito cuando consintió en el mismo (Paliero, 2008). Es decir, a pesar de establecer que la responsabilidad es transferida por parte del sujeto hallado penalmente responsable a la persona jurídica, no consagra un régimen vicarial estricto, sino que por el contrario la legislación italiana opta por un modelo que respeta la culpabilidad (Mucciarelli, 2019: 13).

4.3. *Estados Unidos*

Uno de los regímenes más interesantes para aproximarse al fenómeno de la criminalidad empresarial es el estadounidense (en particular, por su antigüedad y consecuente desarrollo). Si bien la mayoría de los autores sitúan el origen de la RPPJ en 1909 cuando la Corte Suprema de EE.UU. adoptó su conocida decisión en el caso *New York Central v. Hudson River Railroad Co*³⁹, lo cierto es que propia Corte Suprema había ya afirmado en 1886 en el ámbito del derecho tributario (caso *Santa Clara County v. Southern Railroad*⁴⁰) que las corporaciones⁴¹ podían ser tratadas como personas naturales a efectos de la cláusula de igual protección (Brodowski et. al., 2014: 2).

Tradicionalmente, una persona jurídica automáticamente respondía penalmente por los crímenes cometidos por sus empleados, agentes u oficiales cuando los mismos: (a) realizasen una conducta delictiva; (b) en el marco de sus funciones (o con ocasión de estas); y (c) en beneficio de la compañía (Huff, 1996; Laufer, 2006; Pérez

³⁹ *New York Central R. Co. v. United States*, 212 U.S. 481 (1909).

⁴⁰ *Santa Clara County v. Southern Pacific R. Co.*, 118 U.S. 394 (1886).

⁴¹ A pesar de poder ser antitécnico en español, en este texto se utiliza la expresión corporación como sinónimo de persona jurídica, especialmente sociedad, pues se prefiere permanecer fiel a las decisiones judiciales traídas a colación. En Colombia la Corporación es una persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro, pero en derecho anglosajón suele usarse como equivalente a sociedad mercantil. He ahí su preferencia.

Arias, 2013; Pérez, 2013)⁴². Se trataba, en definitiva, de un modelo vicarial de RPPJ.

No obstante, en 1991 la Comisión de Penas de los Estados Unidos (U.S. Sentencing Commission) expidió las *US Sentencing Guidelines for Organizations*, e introdujo la valoración del programa de *compliance* de la compañía de cara a determinar su responsabilidad penal (Gordon, 2021: 3). Adicionalmente, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ) ha expedido varias circulares (Principios de Persecución Federal para las Organizaciones Empresariales, Principios de la Persecución Penal Federal y Manual del Fiscal de los EE.UU.) que también tienen en cuenta los programas de *compliance*.

En consecuencia, la jurisprudencia se ha ido paulatinamente distanciando del régimen vicarial puro, por su difícil compaginación con los principios subjetivos que rigen el derecho penal (Nanda, 2010: 86). Como resultado, en décadas recientes se ha abierto paso la teoría del factor relevante (*relevant factor approach*), según la cual el jurado puede considerar la existencia de un programa de cumplimiento y su efectividad, de cara a decidir si existe o no RPPJ (Huff, 1996: 1284). Así mismo, las compañías pueden probar la materialidad y efectividad de sus programas de cumplimiento demostrando que estos (a) se encuentran supervisados por la dirección corporativa; (b) han sido comunicado claramente a los empleados; y (c) se aplican constantemente (Huff, 1996; Arlen & Kahan, 2017; Mihailis E. Diamantis & Laufer, 2019).

De esta manera, el régimen estadounidense, en particular a raíz de las iniciativas del DOJ y de la Comisión de Penas, ha mostrado una fuerte tendencia a recoger y valorar positivamente los programas de cumplimiento, de cara a garantizar el principio de culpabilidad (Jiménez, 2019).

4.4. Reflexiones finales

El análisis realizado revela que, con el paso del tiempo, se ha impuesto un modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas

⁴² Vid., p. ej., *United States v. Hilton Hotels Corp.*, 467 F.2d 1000, 1004 (9th Cir. 1972), cert. denied, 409 U.S. 1125 (1973).

porque, si bien el modelo vicarial es más “práctico” probatoriamente, su origen en el derecho civil hace que presente importantes problemas teóricos, como la promoción de la responsabilidad objetiva, el castigo por el hecho de un tercero y la violación de los principios de legalidad y culpabilidad, que lo hacen inviable en regímenes respetuosos de los principios propios del derecho penal moderno (Foffani, 2010: 51; Huff, 1996: 1298). Por ello, la forma más adecuada de castigar, penal o administrativamente, a las persona jurídicas es estudiando su cultura organizacional (Morales Hernández, 2019: 366; Stewart, 2012; Vogel, 2012: 209).

En consecuencia, los ordenamientos jurídicos analizados han adoptado modelos de autorresponsabilidad, o han limitado sus sistemas vicariales normativa y/o jurisprudencialmente con el fin de incorporar también paradigmas propios de la autorresponsabilidad (Schröder, 2019; Ramos Barseló, 2016; Gómez-Jara Díez, 2010a; Schünemann, 1995). El caso de EE. UU. es paradigmático, al haber sido pionero en establecer la RPPJ mediante la incorporación de un modelo de responsabilidad vicarial (lo que en algún momento hizo que la RPPJ fuera equiparado a este último (Mueller, 1957: 47)). Sin embargo, en los últimos años, ha reconocido la importancia del *compliance*, no solo frente al poder sancionatorio del Estado, sino como un instrumento idóneo para construir compañías más éticas y menos susceptibles a ser instrumentalizadas para cometer actividades delictivas. Este cambio de paradigma no solo se ha dado por la incompatibilidad teórica del modelo vicarial con las garantías del proceso penal (Estellita, 2019), sino también por las oportunidades que presenta el *compliance* penal para prevenir el surgimiento de conductas punibles al interior de las personas jurídicas, mediante los sistemas de administración de riesgos (Gordon, 2021; Ramírez Barbosa, 2018).

Si bien algunos abogan por un derecho penal “fuerte” que genere coerción positiva (lo cual nunca sobra) sobre el sector empresarial (Coffee Jr., 2020: 17), lo cierto es que, hasta el momento, la eficacia que el derecho penal ha mostrado en términos de prevención general ha sido muy débil (Sirén & Savolainen, 2013; Kennedy, 1983; Arrieta Ruíz, 2018; Weismann, 2009). Esto es debido a la baja probabilidad de judicialización de las personas jurídicas debido a la tecnificación del crimen corporativo y a que algunos actores económicos

son tan importantes que su disolución, como consecuencia de sus actividades delictivas, afectaría al conglomerado social, más que protegerlo (*too big to jail*) (Werle, 2018: 1374).

Sin embargo, al mismo tiempo, la incorporación de instrumentos encaminados a promover una cultura organizacional ética se han mostrado, en cierta medida, idóneos para prevenir el crimen corporativo, porque, siempre que sean correctamente desarrollados e incorporados (Laufer, 1999; Zamarriego Izquierdo, 2018; Jiménez, 2019), producen una barrera de contención a la expansión de los delitos empresariales.

Las últimas tendencias en los ordenamientos español y estadounidense permiten evidenciar que las buenas prácticas empresariales no promueven únicamente la transparencia de la compañía frente a sus *stakeholders*, sino que a nivel mediato salvaguardan la estabilidad del sistema económico (piénsese en los casos Enron, Siemens, WorldCom), porque la detección temprana de coyunturas potencialmente delictivas evita la generación de riesgos sistémicos⁴³. Generar este impacto es lo que, en definitiva, buscan los ordenamientos analizados, sentando las bases organizacionales y jurídicas para que las compañías desarrollen programas de cumplimiento efectivos, con un enfoque basado en el riesgo, que se ajusten a su propia complejidad y capacidad de instrumentalización delictiva (Tiedemann, 2014).

Finalmente, vale la pena resaltar que en los tres casos encontramos que el móvil principal para empezar a hablar de responsabilidad penal corporativa no reside en la lucha contra la corrupción (al menos en forma exclusiva), sino en la toma de consciencia de la participación corporativa en delitos, y la impunidad que se genera cuando

⁴³ Un ejemplo de esta afirmación puede ser hallado en el tercer acuerdo de Basilea, publicado en 2010 luego de la crisis financiera de 2007-2008. Según Schwerter (2011) el riesgo sistémico puede ser definido como “[...] *el riesgo de que el sistema financiero sufra un desequilibrio o la quiebra de una parte importante del sector financiero—una gran institución o muchas más pequeñas— que pueda tener graves consecuencias negativas para la economía real*” (Traducción libre hecha por los autores). Es decir, es un problema de cumplimiento que afecta no únicamente a la organización sino al conglomerado social (Schwerter, 2011).

se ignora su participación. No obstante, es absolutamente claro que el COT sí ha sido un catalizador del desarrollo de los sistemas de RPPJ en los ordenamientos objeto de estudio, especialmente gracias a la influencia de las convenciones internacionales estudiadas en el segundo acápite de este capítulo (Mattar, 2012: 117).

Especialmente en EEUU, la legislación referente a combatir el soborno transnacional (*Foreign Corrupt Practices Act*) (1977) ha impulsado el desarrollo de asuntos procesales y sustanciales relativos al modelo vicarial moderado que hoy predomina en el sistema (Cfr. Barclay & Custis, 2020). Aspecto similar ocurre en el caso italiano, donde la lucha contra la criminalidad organizada dejó de ignorar el crimen corporativo, y pasó a castigarlo como una forma idónea de reprimir los beneficios económicos del delito, consecuentemente logrando un efecto de prevención general importante (Carnevali Rodríguez, 2010b: 284).

5. SISTEMAS LATINOAMERICANOS: ARGENTINA, BRASIL, CHILE, MÉXICO Y PERÚ

Respecto de los sistemas latinoamericanos, es importante precisar en forma preliminar que estos han sido permeados directa e indirectamente por la CICC y por la Convención OCDE, a las que ya se hizo referencia en el segundo acápite de este capítulo. Por tanto, con independencia del desarrollo histórico particular que cada Estado haya dado a su régimen sobre RPPJ (o ausencia de esta), se debe tener en cuenta la especial relevancia que esta asigna a la lucha contra el COT, especialmente en su cuarto considerando. En palabras de E. Spahn (2013)⁴⁴:

Donde el énfasis de la FCPA está en la competencia global, la IACAC se enfoca en el desarrollo económico, el cual es particularmente socavado por el crimen organizado, especialmente en las narcóticos ilícitos. Mientras que la FCPA se centra en prevenir que los comerciantes globales de bolsillo profundo paguen sobornos, la IACAC se centra en prevenir que los funcionarios públicos soliciten sobornos y en recuperar los productos del crimen (Spahn, 2013:30).

⁴⁴ Traducción libre hecha por los autores.

5.1. Argentina

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina presentó el 20 de octubre de 2016 un proyecto de ley, que acabó convirtiéndose en la Ley 27.401 (2017) y en el Decreto 986 (2017)⁴⁵. Según el art. 2, relativo a la responsabilidad de las personas jurídicas:

[...] Las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio. [...] También son responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita. [...] La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella.

La doctrina ha calificado este sistema como *mixto*, con una clara tendencia a consagrar un sistema vicarial (Carrió & Reussi, 2018: 43) mediante el uso del término “indirectamente” en la redacción de la norma, lo que supone una transferencia de responsabilidad. Sin embargo, en particular a raíz de la salvaguarda de varios principios constitucionales, autores como Goldman (2018: 435) concluyen que la ley ha incorporado un modelo de autorresponsabilidad por defecto de organización, en el que la persona jurídica solo es responsable por fallas en el control o supervisión de sus agentes.

Esta discusión no es accidental porque el proyecto inicialmente presentado por el Poder Ejecutivo señalaba que “[...] la comisión del delito fuera consecuencia de un control y supervisión inefectivo por parte de esta”; es decir, incorporaba expresamente un modelo de autorresponsabilidad, que fue eliminado luego de múltiples debates parlamentarios (Papa, 2018: 13).

Finalmente, vale la pena mencionar que Argentina se ha decantado por un modelo *numerus clausus*, de conformidad con el cual las personas jurídicas únicamente pueden incurrir en los siguientes

⁴⁵ Argentina. Ley 27401 sancionada por el Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. e. 01/12/2017 N° 93803/17 v. 01/12/2017.

delitos: (a) cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional; (b) negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas; (c) concusión; (d) enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados; y (e) balances e informes falsos agravados.

5.2. *Brasil*

A diferencia de la mayoría de los países latinoamericanos, la Constitución de la República Federativa de Brasil (1988) contempla en sus arts. 173(5)⁴⁶ y 225(3)⁴⁷ la posibilidad de castigar penalmente a las personas jurídicas. Ambas disposiciones hacen referencia a la RPPJ por delitos ambientales, razón por la cual la legislación brasileña se ha desarrollado en esta dirección (Xavier Januário, 2020: 17), admitiendo únicamente la RPPJ por crímenes ambientales (Kauss Vellasco, 2020: 62).

Según el art. 3 de la Ley 9.605/98, sobre Crímenes Ambientales⁴⁸:

Las personas jurídicas serán responsables administrativa, civil y penalmente, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley, en los casos en que la infracción se cometa por decisión de su representante legal o contractual, o de su órgano colegiado, en interés o beneficio de su en-

⁴⁶ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...] § 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

⁴⁷ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

⁴⁸ Brasil. Ley 9.605 del 12 de febrero de 1998 “Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.”

tividad. [...] Párrafo único. La responsabilidad de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas, autores, coautores o cómplices del mismo hecho.

Según la mayoría de la doctrina, la legislación brasilera contempla un modelo de responsabilidad penal de orden vicarial (Guaragni, 2013) porque transfiere la responsabilidad penal a la persona jurídica siempre que el agente haya actuado en interés o beneficio de la organización. No se analizan, por tanto, los factores de autorresponsabilidad porque el criterio esencial es aplicar una responsabilidad “por rebote” (Emanuel Barreto de Oliveira, 2022: 181; Salvador Netto, 2018: 218), siempre que se den los siguientes requisitos (Estellita, 2019: 16): (a) comisión de una infracción penal tipificada en la Ley 9.650/98 por una persona natural; (b) vinculación de esta última a la organización en calidad de representante legal (estatutario o contractual) o de miembro de un órgano colegiado (de administración); y (c) comisión de la conducta en beneficio o interés de la persona jurídica.

Para afirmar que el delito ha sido cometido en interés de la persona jurídica, la legislación brasilera requiere que el delito sea realizado por quien tienen la condición de representante legal o miembro del consejo de administración. No es, por tanto, posible escindir esta premisa fáctica del elemento subjetivo del tipo (Guaragni, 2013: 35).

A pesar de lo anterior, el Tribunal Federal de Brasil ha afirmado que no necesario una condena a la persona natural para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, lo que haría imposible la transferencia propia de los modelos vicariales⁴⁹. No obstante, la mayoría de la doctrina continúa exigiendo el criterio de la *doble imputación*, conforme al cual es necesaria la condena contra la persona natural, para que se pueda transferir su responsabilidad a la persona jurídica (Emanuel Barreto de Oliveira, 2022, 186).

De esta manera, se puede observar como la práctica jurisprudencial ha permitido identificar problemas dogmáticos que no fueron considerados al desarrollar la legislación penal, pero que son cen-

⁴⁹ En: “Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário no 548.181, 1ª Turma, Ministra Relatora Rosa Weber, DJu 30/10/2014”.

trales para evitar la vulneración de derechos fundamentales. En este sentido, autoras como Estellita (2019: 29) afirman que⁵⁰:

Un efecto colateral de esta práctica es la confirmación de la validez del temor de que la admisión de la responsabilidad objetiva por el hecho ajeno, como la establecida para las personas jurídicas en la Ley 9.605/98, contamine la responsabilidad penal individual de las personas físicas. La contaminación ya está en marcha, al menos en los casos en que la acusación se dirige contra la persona jurídica y las personas físicas.

5.3. Chile

Chile es uno de los países pioneros en América Latina en cuanto a legislación relativa a la RPPJ. No en vano, en diciembre de 2020, el Tercer Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago de Chile condenó a una persona jurídica, Corpesca S.A., por su responsabilidad penal en el delito de cohecho (de la Rosa, 2021), sentando así un precedente histórico en la jurisprudencia penal empresarial latinoamericana. Sin embargo, esto no ha sido bien recibido por una parte importante de la doctrina chilena que se ha mostrado particularmente reacia a la introducción de la RPPJ en aras de salvaguardar la tradición jurídica chilena (Van Weezel, 2014). A esto hay que añadir que su repentina adopción en 2009 pudo hacer creer, en un primer momento, que se estaba incorporando un régimen administrativo y no penal (Estudio Caro & Asociados, 2016).

Mediante la Ley 20.393, promulgada el 25 de noviembre de 2009, Chile consagró un régimen de RPPJ, que fue revisado a través de la Ley 21.132, de 31 de enero de 2019⁵¹. Como Hernández Basualto (2010: 209) ha señalado, la introducción de la RPPJ en el sistema chileno parece haber obedecido a la incorporación de Chile a la OCDE:

[...] sin el factor externo hubiera sido apenas imaginable un giro tan radical. No es casual, entonces, la importancia que el Mensaje del Ejecutivo (Boletín 6423-07) le atribuye no ya al cumplimiento de com-

⁵⁰ Traducción libre realizada por los autores.

⁵¹ Chile. Ley 20.393. “Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica”. Disponible en: <http://bcn.cl/27t7m>.

promisos internacionales, sino específicamente al inminente ingreso como miembro pleno de la OCDE, importancia que se destacó a lo largo de toda la tramitación.

De conformidad con el art. 3 de la Ley 20.393, una persona jurídica puede ser penalmente responsable en los siguientes supuestos:

Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión. [...] Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior. [...] Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

A la luz de lo anterior, el modelo chileno puede describirse como mixto con una fuerte tendencia hacia la autorresponsabilidad, toda vez que no se requiere una conexión meramente formal entre la persona jurídica y el subordinado, sino que basta evidenciar un aporte organizacional al delito (García Caveró, 2012). Sin embargo, hay lugar para afirmar que se predica una responsabilidad derivada toda vez que, en primera medida, es menester imputar y encontrar responsable a una persona natural como presupuesto de su aplicación (art. 3° de la Ley 20.393). En consecuencia, la responsabilidad autónoma de que habla la ley (en especial, en su art. 5°) no es del todo independiente, sino que pasa a ser la excepción (Hernández Basualto, 2010: 217).

De esta manera, podemos concluir que, a grandes rasgos, el legislador chileno acoge un régimen de autorresponsabilidad, en donde el *compliance* y los programas de cumplimiento penal tienden a ser relevantes. Así lo ha entendido también la jurisprudencia chilena (Mondaca & Labarca, 2018: 1041). Como resultado, a efectos de analizar la categoría dogmática de culpabilidad, tiene que estudiarse la

cultura corporativa desde la óptica del denominado “constructivismo operativo”, en los términos teóricos desarrollados por autores como Tiedemann, con el fin de analizar la complejidad interna de la organización y si se organizó conforme a derecho o en contra de este, haciendo atribuible o no el comportamiento jurídico-penalmente relevante a la persona jurídica (Ambos, 2018a; Gómez-Jara Díez, 2010b: 459).

5.4. México

Históricamente, México ha contado con el artículo 11 del CP Federal, conforme al cual:

Quando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.

Además, México ha consagrado recientemente un régimen de RPPJ con el fin de implementar las recomendaciones y obligaciones internacionales. Así, según el art. 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales de México (2014)⁵²:

Las personas jurídicas serán penalmente responsables, de los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, cuando se haya determinado que además existió inobservancia del debido control en su organización. Lo anterior con independencia de la responsabilidad penal en que puedan incurrir sus representantes o administradores de hecho o de derecho. [...] Las causas de exclusión del delito o de extinción de la acción penal, que pudieran concurrir en alguna de las personas físicas involucradas, no afectará el procedimiento contra las personas jurídicas, salvo en los casos en que la persona física y la persona jurídica hayan cometido o participado en los mismos hechos y estos no hayan

⁵² Estados Unidos Mexicanos. Código Nacional de Procedimientos Penales. Publicado el 5 de marzo de 2014.

sido considerados como aquellos que la ley señala como delito, por una resolución judicial previa. Tampoco podrá afectar el procedimiento el hecho de que alguna persona física involucrada se sustraiga de la acción de la justicia. [...] Las personas jurídicas serán penalmente responsables únicamente por la comisión de los delitos previstos en el catálogo dispuesto en la legislación penal de la federación y de las entidades federativas.

No puede obviarse el hecho de que esta norma, que prevé como principal consecuencia penal la suspensión y/o cancelación de la personería jurídica de la corporación afectada, fue consagrada (como en el caso colombiano) en el Código de procedimiento, lo cual aunque puede ser objeto de reparo, refleja la dinámica inseparable entre el derecho penal sustantivo y procesal (Hernández-Jiménez & Mestre-Ordoñez, 2022; Mestre Ordóñez, 2020).

De la lectura del mencionado art. 421 es claro que la persona jurídica solo puede ser penalmente responsable, cuando: (a) además de acreditar que se cometió un delito a su nombre, por su cuenta, en su beneficio, o a través de los medios por ella proporcionados; (b) se haya determinado que existió inobservancia del control en su organización (León Melchor, 2018: 193). Los requisitos de la primera condición son facultativos y no acumulativos (Balcarce & Berruezo, 2016), por lo que si uno de estos ocurre, además de la inobservancia del control de la organización, estaremos en presencia de una premisa de responsabilidad penal corporativa. En cuanto a la segunda condición, el control de la organización actúa como equivalente funcional a la culpabilidad que se ha desarrollado en los modelos de autorresponsabilidad (Gómez-Jara Díez, 2014; Diamantis, 2019; Lederman, 2000).

Otro aspecto interesante que vale la pena resaltar es que la RPPJ es independiente de la responsabilidad penal individual, y por tanto puede concurrir con autonomía de esta última. Esto muestra que no estamos en presencia de un régimen vicarial que supedite a la previa condena del individuo la posterior transferencia de la responsabilidad a la persona jurídica, sino que la RPPJ es originaria e independiente (León Melchor, 2018: 192).

Así mismo, no se adopta una tipificación genérica, sino que se limita la RPPJ al “[...] catálogo dispuesto en la legislación penal de

la federación y de las entidades federativas”; es decir, se opta por un régimen de numerus clausus que remite al art. 11bis del CP Federal Mexicano⁵³.

Finalmente, en caso de que se determine la RPPJ, podrán aplicarse las sanciones previstas por el art. 422 del Código Nacional de Procedimientos Penales: (a) sanción pecuniaria o multa; (b) decomiso de instrumentos, objetos o productos del delito; (c) publicación de la sentencia; (d) disolución; o (e) las demás que expresamente prevea la ley penal.

5.5. *Perú*

Debido, en gran medida, a la implementación de Convención OCDE, en abril de 2016 el Congreso de Perú profirió la Ley 30.424 (2016), relativa a la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional (Fernández Díaz & Chanjan Documet, 2016: 354), cuyo art. 3 establece lo siguiente:

Las personas jurídicas a que se hace referencia en el artículo 2 son responsables administrativamente por el delito de cohecho activo transnacional, previsto en el artículo 397-A del CP, cuando este haya sido cometido en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por: a. Sus administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales y órganos colegiados, siempre que actúen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo. b. Las personas naturales que prestan cualquier tipo de servicio a la persona jurídica, con independencia de su naturaleza, del régimen jurídico en que se encuentren o de si media relación contractual y que, estando sometidas a la autoridad y control de los gestores y órganos mencionados en el literal anterior, actúan por orden o autorización de estos últimos. c. Las personas naturales señaladas en el literal precedente cuando, en

⁵³ Indica el art. 11 del Código Penal Federal mexicano: Artículo 11: Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, o de una sociedad, corporación o empresa de cualquiera clase, con excepción de las instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública.

atención a la situación concreta del caso, no se ejerza sobre ellas el debido control y vigilancia por parte de los administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales u órganos colegiados de la persona jurídica. [...] Las personas jurídicas no son responsables en los casos en que las personas naturales indicadas en los literales a, b y c del primer párrafo, hubiesen cometido el delito de cohecho activo transnacional, previsto en el artículo 397-A del CP, exclusivamente en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica.

Posteriormente, el 7 de enero de 2018, fue proferido el Decreto Legislativo 1352, por medio del cual se amplió la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas para los delitos de cohecho pasivo transnacional, cohecho doméstico, lavado de activos y financiación del terrorismo, que tienen como factor en común el haber sido catalogados como actos de corrupción (Fiscalía General de la Nación & Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD), 2018; ONUDD & Alcaldía Mayor de Bogotá, 2015).

De esta manera, no se ha adoptado un régimen abierto de RPPJ, sino un régimen cerrado conforme al cual solo son responsables por aquellos delitos con respecto a los cuales la legislación prevé expresamente su responsabilidad, tratándose, en definitiva, como señalan Pont & Arango (2017: 35), de una clara apuesta del legislador peruano en la lucha contra la corrupción.

Una cuestión particularmente controvertida en la doctrina peruana es la relativa a si la naturaleza de la responsabilidad establecida para las personas jurídicas por la Ley 30.424 y el Decreto Legislativo 1352 es administrativa o penal. Esto es debido a que, desde su génesis, varios autores han cuestionado si estas normas recogen realmente parámetros administrativos o si, por el contrario, incorporan la RPPJ al ordenamiento peruano.

Por un lado, autores como Carrión Díaz afirman que, conforme a la interpretación literal de la ley, solamente se ha establecido un régimen de responsabilidad administrativa independiente de la penal, lo que además se ve reforzado por el hecho de que las personas jurídicas no pueden ser imputadas en el sistema peruano bajo las categorías dogmáticas del derecho penal (Carrión Díaz, 2019, 281).

Sin embargo, otros autores como Abad Saldaña (2018: 118), Caro Coria (2017) y Fernández Díaz & Chanjan Documet (2016: 351), su-

brayan que la Ley 30.424, junto con sus posteriores modificaciones, ha incorporado al ordenamiento jurídico penal peruano la RPPJ, porque, de sus arts. 3 (sistema de atribución) y 4 (autonomía de la responsabilidad)⁵⁴, se desprende que el sistema de atribución incorporado es de naturaleza penal, no administrativo, e inclusive el procedimiento aplicable es propio del derecho penal.

Con independencia de la posición que se adopte, lo cierto es que el legislador peruano ha apostado por un modelo principalmente de autorresponsabilidad, en el que se admiten circunstancias agravantes que recaen directamente en el actuar de la persona jurídica⁵⁵. Además, como señalan Sánchez-Moreno et. al. (2018), se ha introducido en el derecho peruano el *compliance*⁵⁶, entendido como la capacidad de una organización para, a través de la implementación de ciertos procedimientos (y cumpliendo con los parámetros de autorregulación y la normativa vigente), demostrar la “intencionalidad” no delictiva de su actividad (todo esto antes de que produzca cualquier actividad delictiva relacionada con la empresa). Se valora así la actitud *ex ante* de la persona jurídica y su capacidad organizativa para determinar su vinculación o no al delito cometido por personal adscrito a la organización (Zamarriego Izquierdo, 2018).

⁵⁴ El art. 4 de la Ley 30.240 (2016) prevé lo siguiente: “La responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural. Las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no enervan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. [...] La acción contra la persona jurídica se extingue por prescripción, cosa juzgada, amnistía o el derecho de gracia. [...] La prescripción de la acción contra la persona jurídica se rige por lo dispuesto, en lo que corresponda, en los artículos 80, 82, 83 y 84 del Código Penal”.

⁵⁵ Vid. el art. 13 de la Ley 30240 (2016).

⁵⁶ Según este autor, esto se ha realizado a través de las siguientes circunstancias atenuantes previstas en los párrafos (e) y (f) del art. 12 de la Ley 30.424 (2016): “[...] e. La adopción e implementación por parte de la persona jurídica, después de la comisión del delito de cohecho activo transnacional y antes del inicio del juicio oral, de un modelo de prevención, conforme a lo dispuesto en el artículo 15. [...] f. La acreditación parcial de los elementos del modelo de prevención, previstos en el párrafo 17.2 del artículo 17”. A esto hay que añadir la circunstancia eximente prevista en el art. 17 de dicha Ley, que se reproduce en la nota siguiente.

Finalmente, una de las novedades que ofrece la regulación de la RPPJ en el Perú, es que la Ley 30.324 incorpora por primera vez el *compliance* como mecanismo autoorganizativo para prevenir el surgimiento de la corrupción al interior de la organización y, por tanto, evitar el defecto de organización mediante la fórmula de la eximente de responsabilidad (Abad-Saldaña, 2018: 117)⁵⁷. Así, se controla la

⁵⁷ Según el art. 17 de la Ley 30.424 (2016), relativo a la eximente por implementación de modelo de prevención:

17.1. La persona jurídica está exenta de responsabilidad administrativa por la comisión del delito de cohecho activo transnacional, si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir el delito de cohecho activo transnacional o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.

17.2. El modelo de prevención a que se hace referencia en el párrafo 17.1 debe contener como mínimo los siguientes elementos:

a. Una persona u órgano, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica, que ejerza la función de auditoría interna de prevención y que cuente con el personal, medios y facultades necesarios para cumplirla adecuadamente. Esta función se ejerce con la debida autonomía respecto del órgano de administración, sus propietarios, accionistas o socios, salvo en el caso de la micro, pequeña y mediana empresa, donde puede ser asumida directamente por el órgano de administración.

b. Medidas preventivas referidas a: 1. La identificación de las actividades o procesos de la persona jurídica que generen o incrementen riesgos de comisión del delito de cohecho activo transnacional. 2. El establecimiento de procesos específicos que permitan a las personas que intervengan en estos, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión del delito de cohecho activo transnacional. 3. La identificación de los procesos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la persona jurídica prevenir su utilización en la comisión de la conducta delictiva de cohecho activo transnacional. 4. La existencia de sistemas de denuncia, protección del denunciante, persecución e imposición de sanciones internas en contra de los trabajadores o directivos que incumplan el modelo de prevención.

c. Un mecanismo de difusión y supervisión interna del modelo de prevención, el cual debe ser aprobado por un reglamento o similar emitido por la persona jurídica.

17.3. El reglamento desarrolla y precisa los elementos y requisitos necesarios para la implementación del modelo de prevención.

potencialidad criminógena derivada de la auto-referencialidad del denominado “ciudadano corporativo” mediante la adopción de una cultura de prevención y control del riesgo de la corrupción en el propio seno de la persona jurídica.

5.6. Conclusiones

Todos los países analizados se han mostrado dispuestos a regular las consecuencias jurídicas atribuibles a las personas jurídicas por la comisión de delitos. En forma prácticamente unívoca, esta responsabilidad es de carácter penal, puesto que a pesar de que Perú incorpora formalmente un régimen administrativo, la doctrina mayoritaria afirma su naturaleza penal (Caro Coria, 2017; Sánchez-Moreno et. al. 2018).

No se prevé, sin embargo, la RPPJ por cualquier delito, sino únicamente por los delitos que expresamente haya previsto expresamente el legislador. No se acepta, por tanto, la regulación de *numerus apertus* que se recoge en los ordenamientos jurídicos de algunos países europeos, sino que prevalece la de *numerus clausus*. Esto seguramente responde al móvil que supone la incorporación del régimen de RPPJ: combatir delitos asociados al COT, especialmente el soborno transnacional (Argentina, Chile y Perú) y delitos asociados al medio ambiente (Brasil).

Los móviles y efectos económicos que se relacionan al COT hacen que punir a las personas jurídicas asociadas a este sea un imperativo para los Estados. Aun cediendo a criterios históricamente vinculados al derecho penal (como la territorialidad y la importancia de la

17.4. En el caso de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta, el modelo de prevención se ejerce sin perjuicio de las competencias y potestades que corresponden a los órganos de control institucional como de todos los órganos conformantes del Sistema Nacional de Control.

17.5. Se excluye también la responsabilidad administrativa de la persona jurídica, cuando cualquiera de las personas naturales señaladas en el artículo 3 comete el delito eludiendo de modo fraudulento el modelo de prevención debidamente implementado atendiendo a los elementos previstos en el párrafo 17.2.

voluntad humana), los regímenes jurídicos latinoamericanos apuntan a dotar de consecuencias las conductas empresariales asociadas a delitos relacionados con la corrupción en sentido amplio, el medio ambiente y el orden económico internacional. A su vez, en una franca línea de autorregulación empresarial, dotan de contenido y valor probatorio a los programas de cumplimiento corporativo, de cara a que sean instrumentos de prevención de delitos e instrumentalización de vehículos corporativos en el desarrollo de estos⁵⁸.

Por otra parte, con independencia de la consagración originaria del sistema de atribución, paulatinamente (bien sea jurisprudencial o normativamente) se ha optado por la incorporación de criterios encaminados a valorar la cultura organizacional y, por esa vía, no transferir automáticamente la responsabilidad a la persona jurídica, sino situar el dominio del hecho en esta y, por tanto, atribuir en forma directa la conducta punible. Es decir, prescindir de un modelo vicarial de cara a incorporar paulatinamente un modelo de autorresponsabilidad (Ramos Barseló, 2016).

Como indicamos con anterioridad, nuestra región se ha visto históricamente permeada por el derecho continental europeo, en especial el español, el italiano y el francés. Por lo que no resulta en nada sorpresivo que el cambio de paradigma en España (de un modelo vicarial a uno de autorresponsabilidad) se haya reflejado en las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales existentes sobre este tema.

Así mismo, ha sido particularmente relevante que Chile haya consagrado desde 2009 un régimen de autorresponsabilidad (o responsabilidad originaria), de manera que, adelantándose a su tiempo, haya comprendido que la única forma de armonizar la criminalidad empresarial con los cánones que rigen el derecho penal moderno (Ferrajoli, 2018) es mediante la construcción de equivalentes funcionales que sirvan para identificar el querer corporativo, y no únicamente confiar en juicios objetivos de transferencia (Winter Etcheberry, 2018; Estudio Caro & Asociados, 2016).

En todo caso, es necesario subrayar el móvil de la incorporación de estos regímenes en los sistemas latinoamericanos: la implemen-

⁵⁸ Para un estudio muy completo de este fenómeno, vid.: López Coll et. al. (2021).

tación de los compromisos internacionales asumidos por los países de la región para: (a) reducir la corrupción nacional e internacional (destacando el papel central que, como hemos visto, ha jugado la Convención OCDE); y (b) promover la sostenibilidad (tanto económica como ambiental). Ellos reconocen el potencial criminógeno de las empresas (Simpson, 2019; Coleman, 1987), modificando el paradigma antropocéntrico del derecho penal, y considerándolas titulares de una función jurídico-penal relevante.

En consecuencia, a la luz de lo anterior, se pueden extraer las siguientes conclusiones: (a) el derecho penal latinoamericano está presenciando la incorporación de un nuevo actor: el ciudadano corporativo (Laufer, 1999: 1350); (b) responsabilizar a las personas jurídicas por delitos cometidos en su seno y en su beneficio ha pasado en las últimas dos décadas a ser la regla general, no la excepción; (c) los compromisos internacionales han promovido la incorporación de la RPPJ en el derecho doméstico de la mayoría de países latinoamericanos; (d) se prefieren modelos que observen la cultura corporativa a efectos de salvaguardar el principio de culpabilidad; y (e) la regla general es responsabilizar a las personas jurídicas cuando participen en delitos relacionados con la corrupción y el medio ambiente.

6. COLOMBIA

Como se indicó al inicio, en Colombia no se admite (al menos formalmente) la RPPJ y, por tanto, se encuentra vigente el principio *societas delinquere non potest*. Esto, sin perjuicio de que, para ciertos autores, como Jiménez Jiménez (2021), Colombia incorporó la RPPJ desde 1997 cuando admitió la suspensión y cancelación de la personalidad jurídica en sede penal. En todo caso, en lo que hay consenso es que esta máxima ha sido puesta en varias ocasiones a prueba por parte de la legislación y la jurisprudencia nacionales, razón por la cual vale la pena hacer un pequeño recuento histórico sobre el tratamiento jurídico-penal de las personas jurídicas en el derecho penal colombiano⁵⁹.

⁵⁹ Sobre un relato complejo de la evolución del régimen penal aplicable a las personas jurídicas en Colombia, vid.: Pantoja Ruiz et. al. (2021)

6.1. Evolución del régimen penal aplicable a las personas jurídicas

Según el art. 663 del Código civil colombiano, una persona jurídica puede ser definida como una organización o institución compuesta por uno o múltiples sujetos, la cual dispone de personalidad jurídica propia e independiente, y por esto puede ser titular de derechos y obligaciones (Medina Pabón, 2007: 534). La más común es la sociedad comercial que, conforme con el art. 98 el Código de comercio nace cuando “dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social”⁶⁰.

La relación de estos sujetos con el ordenamiento penal ha sido siempre compleja, pues el derecho penal ha centrado su atención muchas veces en aspectos subjetivos (inclusive psíquicos) del individuo (Cárdenas Aravena, 2008). Así, originalmente se crearon dos proyectos de ley cuyo propósito era regular la RPPJ. En primer lugar, el proyecto liderado por Porras, Tejada, Rico y Restrepo (1888), que intentaba consagrar la RPPJ pero que no logró materializarse por las circunstancias del momento (Hernández Quintero, 2020). En segundo lugar, el proyecto liderado por Marín, que en 1978 revivió la discusión en ponencia que fue rechazada, por considerarse inapropiada para la coyuntura dogmática del momento (Regina et. al., 2014; Pantoja Ruiz et. al., 2021).

Fue la Ley 190 de 1995 la encargada de vincular a las personas jurídicas al derecho penal colombiano en forma propiamente dicha. Esta ley estableció en su artículo 44 que era plausible ordenar el levantamiento del velo corporativo de una persona jurídica para determinar quién fue el verdadero beneficiario de una actividad adelantada por esta⁶¹.

⁶⁰ Sobre la personificación de la persona jurídica, vid.: Castro Cuenca & Ospina Perdomo (2018); Martínez Neira (2014); Reyes Villamizar (2016).

⁶¹ Dispone la aún vigente disposición: “ARTÍCULO 44. Las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta”.

Casi en forma paralela, Colombia optó por un mecanismo (en principio extrapenal) para combatir los réditos económicos del crimen organizado: la extinción del derecho de dominio. La Ley 333 de 1996 incorporó al ordenamiento jurídico nacional las primeras normas encaminadas a extinguir el derecho de dominio sobre bienes adquiridos en forma ilícita, pues según el artículo 58 de la Constitución, la propiedad tiene una función social, por lo que ha de ser adquirida y utilizada observando el interés común. Esto ha sido desarrollado por la Ley 1708 de 2014 (con las importantes modificaciones introducidas por las Leyes 1849 de 2017 y 2195 y 2197 de 2022), por medio de las cuales una persona natural o jurídica puede ver afectado su patrimonio cuando se acredite una o varias de las causas previstas por el art. 16 de la Ley 1708⁶², con independencia de la

⁶² Artículo 16. Causales. Se declarará extinguido el dominio sobre los bienes que se encuentren en las siguientes circunstancias:

1. Los que sean producto directo o indirecto de una actividad ilícita.
2. Los que correspondan al objeto material de la actividad ilícita, salvo que la ley disponga su destrucción.
3. Los que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumentos u objeto material de actividades ilícitas.
4. Los que formen parte de un incremento patrimonial no justificado, cuando existan elementos de conocimiento que permitan considerar razonablemente que provienen de actividades ilícitas.
5. Los que hayan sido utilizados como medio o instrumento para la ejecución de actividades ilícitas.
6. Los que de acuerdo con las circunstancias en que fueron hallados, o sus características particulares, permitan establecer que están destinados a la ejecución de actividades ilícitas.
7. Los que constituyan ingresos, rentas, frutos, ganancias y otros beneficios derivados de los anteriores bienes.
8. Los de procedencia lícita, utilizados para ocultar bienes de ilícita la procedencia.
9. Los de procedencia lícita, mezclados material o jurídicamente con bienes de ilícita procedencia.
10. Los de origen lícito cuyo valor sea equivalente a cualquiera de los bienes descritos en los numerales anteriores, cuando la acción resulte improcedente por el reconocimiento de los derechos de un tercero de buena fe exenta de culpa. (Nota: Numeral declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional en la Sentencia C-327 de 2020.).

responsabilidad penal a que haya lugar para una o varias personas naturales (Martínez Sánchez, 2016: 6).

Posteriormente, con la expedición de la Ley 365 (1997), se creó en el art. 61A del Código de procedimiento penal, el cual estableció lo siguiente:

[...] Cuando en cualquier momento del proceso el funcionario judicial encuentre demostrado que se han dedicado total o parcialmente personas jurídicas, sociedades u organizaciones al desarrollo de actividades delictivas, ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la cancelación de su personería jurídica o al cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público.

El principal hito en materia de RPPJ en Colombia llegó en el año de 1999 cuando se incorporó, en materia ambiental, la RPPJ como una institución con nombre propio en el ordenamiento jurídico nacional a través de la Ley 491, de 13 de enero de 1999, que en su art. 26 disponía lo siguiente:

[...] Para los delitos previstos en los artículos 189, 190, 191 y 197 y en el capítulo anterior, en los eventos en que el hecho punible sea imputable a la actividad de una persona jurídica o una sociedad de hecho, el juez competente, además de las sanciones de multa, cancelación de registro mercantil, suspensión temporal o definitiva de la obra o actividad, o cierre temporal o definitivo del establecimiento o de sus instalaciones podrá imponer sanciones privativas de la libertad tanto a los representantes legales, directivos o funcionarios involucrados, por acción o por omisión, en la conducta delictiva [...].

Sin embargo, esta disposición sufrió un revés en sede de revisión constitucional, al ser declarada inexecutable por la sentencia C-843 (1999) de la Corte Constitucional. Contrario a lo que la mayor par-

11. Los de origen lícito cuyo valor corresponda o sea equivalente al de bienes producto directo o indirecto de una actividad ilícita, cuando no sea posible la localización, identificación o afectación material de estos. (Nota: Numeral declarado executable condicionalmente por la Corte Constitucional en la Sentencia C-327 de 2020.).

Parágrafo. También procederá la extinción de dominio respecto de los bienes objeto de sucesión por causa de muerte, cuando en ellos concurra cualquiera de las causales previstas en esta ley.

te de la doctrina esperaba, la declaración de inexequibilidad versó sobre la indeterminación de las penas y no sobre la dogmática subyacente a la incorporación de un régimen de RPPJ, sobre la que la Corte señaló lo siguiente⁶³:

[...] La Corte precisa que la declaración de inexequibilidad del artículo 26 de la Ley 491 de 1999 no implica, en manera alguna, un cambio de jurisprudencia en relación con las sentencias C-320 de 1998 y C-674 de 1998, que señalaron que la ley podía imponer responsabilidad penal a las personas jurídicas, ya que éstas pueden ser sujetos activos de distintos tipos penales, en particular de aquellos que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad, o afectar bienes jurídicos con clara protección constitucional, como el medio ambiente [...].

En el año 2000, se expidió la Ley 600 de 2000, relativa al Código de procedimiento penal, en cuyo art. 65 se previó la posibilidad de suspender y cancelar la personería jurídica de sociedades y organizaciones dedicadas al desarrollo de actividades delictivas. La Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de esta disposición en su sentencia C-558 (2004), declarando exequible la norma.

Posteriormente, la Ley 906 (2004) incorporó al nuevo Código de procedimiento penal, en su art. 91, la figura de la suspensión y cancelación de la personería jurídica, que hoy continúa vigente (aunque sin mayor aplicación)⁶⁴. Así mismo, el art. 102 de esta Ley incorporó el trámite del incidente integral, por medio del cual se permite la vinculación de las personas jurídicas de cara a indemnizar, como terceros civilmente responsables, los daños producidos por el delito, aun cuando no se les haya atribuido previamente este último (que es la fuente de la responsabilidad)⁶⁵.

⁶³ Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-843 de 1999.

⁶⁴ El autor Pantoja Ruiz ha presentado varios derechos de petición ante (a) los principales Centros Judiciales del país y (b) los Tribunales Superiores Distritos Judiciales, sin respuestas positivas concretas. Si bien varios funcionarios informalmente manifiestan ocasiones en las que creen que un juzgado aplicó la disposición, la forma en la que está organizada la rama judicial en el país (y en particular su dispersión) no ha permitido obtener acceso a dichas providencias.

⁶⁵ El art. 102 de Ley 906 (2004) señala lo siguiente: “En firme la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Mi-

En el año 2011, se expidió la Ley 1474, la cual consagra el actual Estatuto Anticorrupción. Si bien debido a su importancia le dedicamos unas líneas de forma independiente en el siguiente acápite, conviene adelantar que esta ley dispone dos normas esenciales: (a) el art. 1 que consagra la inhabilidad derivada para contratar con el Estado cuando ciertas personas naturales hayan sido condenadas por delitos contra la administración pública; y (b) el art. 34 que prevé la adopción de medidas contra las personas jurídicas (hoy modificado por el art. 35 de la Ley 1778 (2016) y por la reciente ley 2195 (2022)). Estas disposiciones han encontrado su materialización, principalmente, en las Leyes 1778 (2016), 2014 (2019), Ley 2195 (2022) y, especialmente, en el Decreto 1358 (2020).

En síntesis, puede afirmarse que en Colombia no se ha incorporado (por lo menos en forma propia) un régimen de RPPJ. Sin embargo, el derecho penal no es ajeno a las personas jurídicas, y como hemos visto, ejemplos de ellos son los siguientes: (a) la suspensión y cancelación de la personería jurídica en cabeza del juez de control de garantías; (b) la inhabilidad para contratar con el Estado derivada de la comisión de cierto tipo de delitos; (c) el incidente de reparación integral y (d) la extinción del derecho de dominio. A lo que hay que añadir el actuar por otro consagrado en el art. 29 del CP, que, a regañadientes (palabras más, palabras menos), traslada la responsabilidad penal del ente colectivo a su representante legal cuando se logre acreditar el dominio del hecho (Suárez Sánchez, 2004: 176)⁶⁶.

nisterio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este Código, de ser solicitadas por el incidentante”.

⁶⁶ Según el art. 29 del CP colombiano, “[e]s autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. [...] Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte. [...] También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la

6.2. *La sanción administrativa como principal sanción para las personas jurídicas por delitos de corrupción*

En enero de 2022, Colombia aprobó la Ley 2195 de 2022, por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción. Esta norma incluye un acápite destinado a regular la responsabilidad de las personas jurídicas en materia de corrupción. Su filosofía es permitir entablar juicios de responsabilidad administrativa en contra de las empresas cuando estas toman parte o se benefician de la comisión de actos de corrupción.

De esta manera, el art. 34 de la Ley 1474 de 2011, tal y como ha sido reformado por la Ley 2195, dispone que puede iniciarse un proceso de responsabilidad administrativa de la persona jurídica, sucursal de sociedad extranjera u otra forma de modalidad asociativa con personería jurídica, con independencia de la responsabilidad penal individual, cuando se den los siguientes supuestos⁶⁷: (a) exista sentencia penal

persona o ente colectivo representado. [...] El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible”.

⁶⁷ Cfr. Art. 34. Modificado por la Ley 2195 de 2022, art. 2°. Responsabilidad administrativa sancionatoria contra personas jurídicas y sucursales de sociedades extranjeras. Independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar y las medidas contempladas en el art. 91 de la Ley 906 de 2004, se aplicará un régimen de responsabilidad administrativa sancionatoria a las personas jurídicas, sucursales de sociedades extranjeras, a las personas jurídicas que integren uniones temporales o consorcios, a las empresas industriales y comerciales del Estado y empresas de economía mixta y a las entidades sin ánimo de lucro, domiciliadas en Colombia, cuando se den los siguientes supuestos:

(i) Exista sentencia penal condenatoria ejecutoriada o principio de oportunidad en firme, contra alguno de sus administradores o funcionarios, por la comisión de delitos contra la administración pública, el medio ambiente, el orden económico y social, financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada, administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, los consagrados en la Ley 1474 de 2011, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, que hubieren sido realizados, directa o indirectamente; y (ii) Cuando la persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera, domiciliados en Colombia se hubiere beneficiado o buscado beneficiarse, directa o indirectamente por la comisión de la conducta punible cometida por sus

condenatoria ejecutoriada o principio de oportunidad en firme contra algún funcionario de la compañía; (b) por la comisión de un delito contra la administración pública [...] o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público; y (c) la persona jurídica se hubiere beneficiado o buscado beneficiarse, directa o indirectamente por la comisión de ese delito; y (d) la persona jurídica haya consentido o tolerado la realización de la conducta punible, por acción u omisión, considerando la aplicación de sus respectivos controles de riesgo.

Se usa la expresión “y” después de cada requisito para aclarar que estos son acumulativos entre sí, por lo que, si alguno falta, no existe responsabilidad administrativa de la persona jurídica. Puede concluirse, por tanto, que el legislador colombiano ha incorporado un modelo de “autorresponsabilidad” moderado (Lederman, 2000), en donde si bien existe transferencia del reproche individual del empleado hacia la compañía, esta únicamente ocurre cuando se verifica la promoción o anuencia de la conducta por parte de la estructura corporativa de la compañía en la comisión del delito (Laufer, 1999).

Esta es una sanción, independiente al proceso de extinción de dominio que la puede acompañar, que más que penar busca, como se explicó, desconocer el derecho de dominio que se ha consolidado ficticiamente con respecto a la propiedad adquirida o usada por fuera de los cánones de la función social prevista en el artículo 58 de la Constitución Política Nacional.

6.3. *Tendencias normativas*

El estudio de la RPPJ y la aplicación del *compliance* como medida preventiva de la comisión de delitos, están adquiriendo cada vez mayor relevancia y vigencia en Colombia (Zamarriego Izquierdo, 2018).

Vale la pena resaltar que desde la óptica de la prevención, ya la Superintendencia de Sociedades ha avanzado para, con base en las

administradores o funcionarios; y (iii) Cuando la persona jurídica o sucursal de sociedad extranjera, domiciliados en Colombia, consintió o toleró la realización de la conducta punible, por acción u omisión, considerando la aplicación de sus respectivos controles de riesgo.

Leyes 222 (1995), 1186 (2009), 1778 (2016) y 2195 (2022), entre otras, expedir lineamientos a las compañías nacionales en materia de: (a) gestión y prevención del lavado de activos, financiación del terrorismo y financiación de la producción de armas de destrucción masiva (SAGRILAFI); y (b) promoción de Programas de Transparencia y Ética Empresarial (PTEE) encaminados principalmente a combatir el fenómeno de la corrupción y el soborno transnacional⁶⁸. Hoy es imperativo que toda sociedad vigilada que cuente activos totales o iguales a 40.000 SMMLV (unos ocho millones de dólares a 2023) desarrolle un Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo (SAGRILAFI). A su vez, a raíz de la expedición de las leyes 1778 (2016) y 2195 (2022) (en particular su artículo 9°), prácticamente toda sociedad comercial colombiana ha de desarrollar un PTEE⁶⁹.

Esta es una tendencia que solo parece ir en aumento. Parece reprochable que sea la Superintendencia de Sociedades la encargada de sancionar a las personas jurídicas (no a sus funcionarios) que, en los términos previstos por el art. 2 de la Ley 1778 (2016), incurran en el delito de soborno transnacional (tipificado por el art. 433 del CP colombiano). Así, la única autoridad competente para determinar si concurren los supuestos típicos de un delito debería ser, en principio, un órgano judicial, y no una entidad administrativa, por lo que en la práctica debería mediar sentencia penal condenatoria contra uno o varios funcionarios de la compañía antes de que pueda proferirse acto administrativo sancionatorio (Caicedo Suárez, 2019; Pantoja Ruiz et. al., 2021; Saray Botero, 2017).

En Colombia, tanto el proyecto de Ley 117 (2018, Senado) como el 149 (2020, Cámara de Representantes) fueron radicados con un claro propósito: incorporar la RPPJ en Colombia (Bernate Ochoa, 2020). No obstante, a la fecha ambos se encuentran archivados, posi-

⁶⁸ Ver, entre otras, las Circulares No.100-000003 del 26 de julio de 2016, No. 100-000016 del 24 de diciembre de 2020 y No. 100-000011 y 100-000012 del 9 de agosto de 2021, entre otras. Disponibles en: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/SitesPages/Circulares.aspx

⁶⁹ Cfr. Colombia. Superintendencia de Sociedades. Circular 0016 del 24 de diciembre de 2020 y Circular 0011 del 9 de agosto de 2021.

blemente a raíz de la reciente expedición de la Ley 2195 (2022), en la que legislador nacional ha tomado la decisión de que, al menos por el momento, la responsabilidad de las personas jurídicas por delitos cometidos a través, por intermedio, con la participación o con la anuencia, entre otras modalidades, de las propias personas jurídicas, sea abordada en sede administrativa, y no a través de la jurisdicción penal.

6.4. Conclusiones sobre Colombia: historia, retos y oportunidades

Al igual que en los demás países analizados, la experiencia colombiana ha sido expansiva en cuanto al establecimiento de sanciones a las personas jurídicas. De esta manera, como se recoge en la siguiente tabla, se pueden identificar en la actualidad, al menos, cinco figuras que cumplen esta finalidad en distintos ámbitos jurídicos:

ID	Ámbito de Responsabilidad	Contingencia
1	Derecho Procesal Penal	(i) Suspensión y/o Cancelación de la Persona Jurídica: artículo 91 de la Ley 906 de 2004. (ii) Vinculación como tercero civilmente responsable en el incidente de reparación integral: art. 107 de la Ley 906 de 2004.
2	Derecho Administrativo	(iii) Inhabilidad permanente para contratar con el Estado derivada de la condena de uno de sus directivos por delitos contra la administración pública: art. 8 (j) de la Ley 80 de 1993. (iv) Proceso administrativo sancionador derivado de la comisión de un delito contra la administración pública: art. 2 de la Ley 2195 de 2022.
3	Extinción de Dominio	(v) Extinción de del derecho de dominio sobre uno o varios bienes que hayan sido producto o utilizados en forma ilícita: arts. 15 y 16 de la Ley 1708 de 2014 (Código de Extinción de Dominio).

Es absolutamente claro que las figuras relacionadas con el derecho administrativo y la extinción de dominio tienen como principal propósito castigar el COT, previniendo especialmente que las personas naturales asociadas al mismo puedan disponer de instrumentos corporativos para volver a desarrollar actos de corrupción. La inhabilidad permanente a que hace referencia la figura de la inhabilidad

permanente para contratar se predica de la persona natural condenada por algún delito asociado en sentido amplio contra la corrupción, y se extiende a cualquier persona jurídica a la que esta se encuentre vinculada, lo que generaría un efecto de “contaminación” incompatible con la contratación estatal (Barreto Moreno, 2015; Pantoja Ruiz et. al., 2021).

A su vez, las figuras relacionadas con el derecho administrativo sancionatorio y la extinción de dominio buscan eliminar cualquier incentivo económico derivado del delito asociado a la corrupción. Si la mayoría de los estudios criminológicos han identificado que el ánimo de lucro subjetivo es el principal móvil de los delitos relacionados con la corrupción, especialmente en el ánimo de los denominados crímenes de cuello blanco (Reurink, 2016: 387) (teoría de la conveniencia), la legislación colombiana incorpora mecanismos para no solo eliminar el beneficio económico derivado del delito, sino también producir una sanción que económica, reputacional y operativamente sea significativa para la persona jurídica (Gottschalk, 2020: 414).

A raíz de los dogmas constitucionales que rigen el derecho sancionador colombiano en sentido amplio, en los tres ámbitos identificados la culpabilidad es relevante, y no hay lugar a aplicar consecuencia lesiva para los intereses de la persona jurídica cuando no se acredite que consintió o toleró la conducta punible o que esta no fue realizada en su interés.

Si bien aún queda mucho por debatir, es indiscutible que el *compliance* comienza a contar con un papel protagónico en la determinación de las decisiones que afectan a las personas jurídicas. Por esta razón, aun cuando falta precisar su alcance, los programas de cumplimiento normativo tienen todo el potencial para ser una herramienta organizativa de gobierno corporativo que permita distanciar a las personas jurídicas de conductas irregulares que puedan producirse en su seno o con su participación. En especial, salvaguardar a las personas jurídicas de derecho público y privado de ser instrumentalizadas por el COT en el desarrollo de sus actividades.

De momento, Colombia parece distanciarse de un régimen estricto de RPPJ, optando por una alternativa de naturaleza administrati-

va. Pero el proceso de extinción de dominio, que en sentido estricto no es penal, sino jurisdiccional, ha de desarrollar herramientas que permitan conciliar la legítima pretensión del Estado de no reconocer la propiedad sobre bienes que son producto o utilizados para actividades ilícitas con el respeto por la propiedad privada, la libertad de empresa y la complejidad organizacional empresarial (Mejía Ortiz, 2022).

Finalmente, es importante destacar que la legislación nacional no se ha limitado a introducir nuevos mecanismos de coacción judicial, sino que también ha introducido disposiciones que brindan una especial importancia al factor preventivo de las pautas corporativas. Tanto las citadas circulares de la Superintendencia de Sociedades (a las cuales se pueden sumar varias de la Superintendencia Financiera para este sector de la economía), como las normas que han sido traídas a colación, dan cuenta de la valoración positiva que se dará siempre a la implementación de una cultura de prevención, aún en escenarios no litigiosos. Por ello el *compliance*, en cuanto herramienta interna de gestión del riesgo y prevención de la corrupción, presenta una utilidad intrínseca en sí misma (“The IIA’s Three Lines Model: An update of the Three Lines of Defense”, 2020). Además, si la contingencia se materializa y es necesario valorar jurisdiccionalmente el programa de cumplimiento, este será también una herramienta idónea con que cuente la organización para defender sus intereses.

7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PARA AMÉRICA LATINA Y COLOMBIA

7.1. Conclusiones

Gracias a la relativamente reciente consciencia sobre la instrumentalización de las personas jurídicas para incurrir en conductas criminales, numerosos Estados han decidido incorporar medidas de responsabilidad (principalmente penal) frente a estas. A su vez, a raíz del fenómeno de la globalización, esta lucha ha dejado de ser meramente doméstica y se ha trasladado al ámbito internacional, por lo que los instrumentos multilaterales encaminados a castigar a las personas jurídicas han ganado cada vez más relevancia. Así, actualmen-

te se presenta una indiscutible tendencia internacional encaminada a castigar a las personas jurídicas que incurran en actos de corrupción y contra la administración pública, la cual puede evidenciarse estudiando normas internacionalmente vinculantes para Colombia y para los ordenamientos jurídicos de los países de la región.

Todos los países analizados han reaccionado a dicho fenómeno incorporando en su legislación múltiples herramientas de índole principalmente jurisdiccional o administrativa, encaminadas no solo a responder frente al potencial criminógeno de las corporaciones, sino especialmente promover la adopción de mecanismos de autorregulación empresarial que prevengan la ocurrencia de comportamientos delictivos, especialmente aquellos relacionados con la corrupción.

Y como este ha sido el norte, la mayoría de los Estados han optado por incorporar taxativamente cuáles son las conductas que puedan dar lugar a la RPPJ en lugar de atribuir a las personas jurídicas una capacidad delictiva ilimitada. En nuestra opinión, esta es una sana progresión, en donde se permite a las personas jurídicas identificar cuál es la expectativa regulatoria que se predica de ellas, sin volverlas sujetos activos de todos los delitos previstos por el CP. Eso sí, las incipientes experiencias europeas, especialmente holandesa e inglesa, que no han sido analizadas en detalle en este capítulo por escapar a su alcance, nos permiten avizorar que es posible que, en un par de décadas, la tendencia de *numerus apertus* se extienda y podamos ver a personas jurídicas imputadas, inclusive, por homicidio⁷⁰.

Estamos presenciando un cambio de paradigma internacional, en el que los Estados, conscientes de sus limitaciones burocráticas, han delegado a las organizaciones el deber de evitar ser instrumentalizadas (en sentido amplio) para la comisión de conductas punibles. Ahora, y en el futuro cercano, el paradigma será la autorregulación, que ya se venía consolidando en Estados Unidos como una alternativa a la coerción sancionatoria (Gruner, 1992). El éxito de este mode-

⁷⁰ No es del todo descabellada la idea. Actualmente el Reino Unido cuenta con la Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act de 2007, según la cual una persona jurídica puede ser procesada por este delito.

lo está por verse, puesto que para muchos la falta de materialización de las posibles sanciones (Coffee Jr., 2020) (falta de aplicabilidad de las normas) ha producido el fracaso de la autorregulación, que se ha visto relegada a un cúmulo de buenas intenciones (Weismann, 2009).

En todo caso, es evidente que se ha avanzado sustancialmente con relación a las décadas de los 90s y principios del Siglo XXI, en donde los grandes escándalos corporativos (Enron, Worldcom, Refco, Deutsche Bank, entre otros muchos) no tenían como ser prevenidos o siquiera castigados adecuadamente. Hoy, a pesar de una crisis de falta de sanción, contamos con múltiples herramientas para prevenir y sancionar la instrumentalización de las personas jurídicas para la comisión de conductas punibles, especialmente en asuntos relacionados con la corrupción y afectación al medio ambiente. Por ejemplo, y solo por traer a colación algunos casos, en 2021 la SEC de Estados Unidos llegó a un importante acuerdo con Credit Suisse a raíz de los presuntos casos de sobornos a funcionarios públicos en Mozambique (Barclay & Custis, 2020)⁷¹. Así mismo, en 2022, la Superintendencia de Sociedades de Colombia impuso dos resoluciones sancionatorias⁷².

Finalmente, hay que decir que resulta cuestionable que se prediquen sanciones meramente administrativas cuando una persona jurídica incurre en actividades calificadas como delitos por la legislación penal (lavado de activos, financiación del terrorismo, financiación de armas de destrucción masiva, soborno transnacional o diversos tipos de actos de corrupción). Con independencia de quienes sean

⁷¹ Credit Suisse acordó pagar casi \$475 millones a las autoridades de EE. UU. y Reino Unido, por presuntas violaciones a las leyes relacionadas con el soborno a funcionarios públicos extranjeros. Según el acuerdo, varias transacciones fraudulentas se utilizaron para perpetrar un esquema de deuda oculto, pagar sobornos a los banqueros de inversiones de Credit Suisse ya acusados, así como a sus intermediarios, y sobornar a oficiales gubernamentales corruptos de Mozambique.

⁷² Sin duda alguna la más importante fue la multa por más de \$8.000.000.000 COP impuesta a una importante corredora de reaseguros que compró la sociedad JLT RE Colombia, acusada de ofrecer sobornos a funcionarios ecuatorianos.

los sujetos activos que los cometen, los delitos deberían ser siempre abordados por el derecho penal, pues este es su escenario natural de discusión y desarrollo jurídico.

7.2. *Recomendaciones para América Latina*

La incorporación de regímenes sancionatorios para las personas jurídicas busca salvaguardar los fines constitucionales del derecho penal y, en especial, la salvaguarda de la administración pública, el medio ambiente y el orden económico y social, que son los bienes jurídicos más expuestos a la criminalidad corporativa. Con base en ello, y de acuerdo con el estudio que se presenta, nuestras principales recomendaciones para los ordenamientos latinoamericanos son las siguientes:

1. Continuar reflexionando sobre el rol criminógeno de la persona jurídica, de cara a regular el mismo en forma anticipada y evitar escándalos de criminalidad corporativa como los que hemos visto (Enron, WorldCom, Bernad Madoff, Deutsche Bank, Parmalat, Odebrecht, entre otros muchos). Si estos grandes casos de crimen corporativo se presentan, contar con herramientas adecuadas para restablecer el orden jurídico y brindar una pauta comunicativa ejemplarizante.

2. Generar incentivos de política pública, o “empujones”, encaminados a fomentar culturas organizacionales y éticas, que caractericen a los nuevos ciudadanos corporativos.

3. Fomentar la incorporación de una cultura de prevención frente al COT, realizando jornadas de pedagogía encaminadas a sentar consciencia sobre cómo el sector empresarial puede ser instrumentalizado indebidamente en la consecución de objetivos por parte de la criminalidad organizada, especialmente en materia de lavado de activos (Cfr. Ruiz López et. al., 2020).

4. Los programas de cumplimiento no pueden limitarse a ser documentos de eventual defensa judicial cuando se requiera a las compañías por presuntas infracciones penales o administrativas. El fin de los programas de *compliance* ha de ser la construcción de una cultura corporativa ética que promueva la integridad y honestidad en los negocios. Evitar la sanción penal o administrativa es una mera consecuencia de este compromiso.

5. El único modelo de responsabilidad penal empresarial que puede compaginarse con los principios del derecho penal liberal moderno es uno de autorresponsabilidad o responsabilidad originaria, que por medio de equivalentes funcionales procura salvaguardar la función de la pena y culpabilidad. Por ello, ha de avanzarse en la sustitución de los sistemas vicariales por los de autorresponsabilidad en los distintos ordenamientos jurídicos de la región.

6. Más que buscar supervisar a todas las organizaciones y sancionar cualquier incumplimiento a los parámetros normativos de obediencia corporativa, los Estados han de promover la autorregulación empresarial. Es deseable que el deber de evitar la instrumentalización de las personas jurídicas para la comisión de delitos sea delegado al sector empresarial para que este sea quien determine cuáles son los factores de riesgo a los que se ve enfrentado y así los gestione y controle.

7. La autorregulación empresarial no implica una cesación de las funciones estatales. Por el contrario, el Estado, consciente de sus propias limitaciones, ha de continuar supervisando y sancionando a las organizaciones que se desvíen de los parámetros normativos estipulados, de cara a hacer permanecer la vigencia de la norma en la sociedad (Teubner, 2005). Para ello la mejor recomendación es hacer uso de información cruzada en bases de datos mediante el uso de *big data*, tal y como lo hace, por ejemplo, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en Colombia.

8. Es prudente continuar tipificando taxativamente en qué delitos pueden incurrir las personas jurídicas y no optar, por lo menos aún, por un régimen abierto. De esta forma, las organizaciones pueden conocer cuáles son las expectativas normativas con las que han de cumplir y, consecuentemente, ajustar su comportamiento a las mismas.

9. En relación con Perú, es recomendable precisar la naturaleza jurídica del mecanismo de asignación de responsabilidad. La legislación sustantiva es bastante clara en torno a las premisas de asignación de responsabilidad, pero la dificultad en precisar la naturaleza jurídica del mecanismo elegido puede crear problemas en el futuro de cara a determinar cuáles son los recursos susceptibles de ser presentados ante una eventual condena.

7.3. Recomendaciones para Colombia

Frente al sistema colombiano, se recomiendan las siguientes medidas:

1. Incorporar regulación expresa, especialmente en la reglamentación que ofrece la Superintendencia de Sociedades frente a los PTEE, sobre conductas transnacionales que puedan ser constitutivas del COT, tales como: delitos en general contra la administración pública de otros países (y no únicamente cohecho internacional), tráfico de personas, tráfico internacional de drogas y delitos contra el orden económico internacional. El alcance definido por el numeral (i) del art. 2 de la Ley 2195 de 2022 es un buen inicio.

2. Conciliar las exigencias de los PTEE según la Circular 100-00011 de 9 de agosto de 2021 con las facultades sancionatorias que otorga el art. 34 de la Ley 1474 de 2011 modificado por la Ley 2195 de 2022 a las distintas Superintendencias. Es decir, incorporar a los mínimos regulatorios del PTEE que expide cada Superintendencia el deber de prevenir, supervisar y monitorear, entre otras, las conductas constitutivas de delitos contra: (a) el medio ambiente; (b) el orden económico y social (incluido el lavado de activos); y (c) la financiación del terrorismo y de GDOs, la administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de delincuencia organizada.

3. Buscar delimitar las figuras de la suspensión y cancelación de las personas jurídicas, pues existe un margen de discrecionalidad excesivamente amplio dirigido a los jueces de primera instancia. Considerar dotar de capacidad procesal a las personas jurídicas en este escenario, pues enfrentan la pena de muerte (su disolución) sin siquiera poder ser oída en juicio.

4. Precisar normativamente la conformación y valoración de la cultura corporativa en el proceso de extinción de dominio. Si este no es aplicado correctamente, lejos de ser una herramienta útil contra la criminalidad organizada, puede derivar en expropiaciones indirectas en perjuicio de las personas jurídicas que desarrollan su objeto social en el territorio nacional.

5. Promover la autorregulación empresarial mediante un enfoque basado en la identificación y gestión del riesgo, que se acompañe con

la capacitación permanente a quienes han de asumir la función de oficiales de cumplimiento.

6. Utilizar información cruzada, y en particular los reportes realizados a la Unidad de Inteligencia Financiera, para optimizar los recursos dedicados a combatir la delincuencia económica.

7. Reglamentar el deber de toda persona jurídica de adoptar un PTEE, con independencia de su capacidad técnica y operativa, según lo dispuesto por el inciso primero del art. 34-7 de la Ley 1474 de 2011.

8. Conciliar la transparencia que se exige en los programas de cumplimiento con la prerrogativa de reserva de que gozan las sociedades anónimas, especialmente aquellas incorporadas en jurisdicciones no cooperantes. Considerar brindar acceso universal al Registro Único de Beneficiarios Finales (RUB) frente a sociedades domiciliadas en Colombia, de cara a que las personas naturales y jurídicas puedan determinar con claridad quién es su contraparte al momento de iniciar alguna relación. Esto permitirá morigerar el uso de personas jurídicas, aprovechando el carácter anónimo de las mismas, para ocultar el origen de los fondos con que se desarrolla la operación comercial.

9. Dotar de capacidad procesal a las personas jurídicas, especialmente frente a los delitos tributarios y ambientales, puesto que en estos es claro que no existe un dominio del hecho único que permita atribuir responsabilidad penal a uno o varios representantes legales. Especialmente en materia ambiental es posible que el detrimento ambiental se haya causado bajo varias administraciones que no dominen el hecho enteramente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Abad-Saldaña, G. (2018). “El Criminal Compliance: la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el cumplimiento normativo”. *Advocatus*. Núm. 37. Pp. 110-120.
- Aguilera Gordillo, R. (2021). “Report 5. Tres Autos–cruciales–sobre compliance de la Audiencia Nacional”. *Grant Thornton*. <https://www.grantthornton.es/contentassets/83e94072209c436a990c60377147a169/report5-compliance.pdf>.

- Ambos, K. (2018). "International Economic Criminal Law. 'The Foundations of Companies' Criminal Responsibility Under International Law". *Criminal Law Forum* Vol. 29(4). Pp. 499-566.
- Ambos, K. (2018). "International economic criminal law". *Criminal Law Forum*. Vol. 29 (4). Pp. 499-56.
- Arlen, J. & Kahan, M. (2017). "Corporate governance regulation through non prosecution". *University of Chicago Law Review*. Vol. 84(1). Pp. 1-45.
- Arrieta Ruíz, Y. (2018). "Populismo punitivo y Derecho Penal Simbólico". *Revista Inciso* 20 (1). Pp. 37-45.
- Balcarce, F. I. & Berruezo, R. (2016). *Criminal compliance y personas jurídicas*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Barclay, R. & Custis, T. (2020). "Facilitators of Corruption: A Case Study Involving Credit Suisse in Mozambique". *Journal of the Academy of Business Education*. Vol. 21. Pp. 71-81.
- Barras, R. (2014). "Lucha Previstos En La Estrategia De Seguridad Nacional 2013". *UNISCI Discussion Papers*. Núm. 35. Pp. 279-301.
- Barreto Moreno, A.A. (2015). "Inhabilidades de la contratación estatal, efectos y neopunitivismo en el Estatuto Anticorrupción". En Alviar García, H (ed.). *Nuevas tendencias del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad de los Andes-Editorial Temis.
- Bernate Ochoa, F. (2020). *Las personas jurídicas frente al derecho penal colombiano*. Bogotá: Colegio de Abogados Penalistas de Colombia.
- Böse, M. (2011). "Corporate Criminal Liability in Germany". En: Pieth, M. & Ivory R. (eds.). *Corporate Criminal Liability*. Dordrecht: Springer Netherlands.
- Brodowski, D., Espinoza de los Monteros de la Parr, M., Tiedemann, K. & Vogel, J. (2014). *Regulating Corporate Criminal Liability*. En: Brodowski, D., Espinoza de los Monteros de la Parr, M., Tiedemann, K. & Vogel, J. (eds.). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Cham: Springer International Publishing.
- Caicedo Suárez, J.H. (2019). *Manual del proceso penal acusatorio. 5ª Edición*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.
- Callegari, A.L. (2013). "Crimen organizado y su tipificación en el contexto de la expansión del Derecho Penal". *Revista de Derecho*. Núm. 12. Pp. 133-158.
- Cárdenas Aravena, C.M. (2008). "El principio de culpabilidad: estado de la cuestión". *Revista de Derecho-Universidad Católica del Norte*. Vol. 15(2). Pp. 67-86.

- Carnevali Rodríguez, R. (2010). "La criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación." *Revista Ius et Praxis*. Vol. 16(2). Pp. 273-330.
- Carrió, A. & Reussi, M. (2018). "La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una norma fundamental que deja más dudas que certezas". En Durrieu, N. (ed.). *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial*. Buenos Aires: Thomson Reuters.
- Carrión Díaz, J. E. (2019). "¿Responsabilidad penal o administrativa de la persona jurídica? Alcances a partir de la Ley N° 30424". *Ius Inkarrí*. Núm. 7. Pp. 213-227.
- Castro Cuenca, C. G. & Ospina Perdomo, J.M. (2018). *Derecho penal societario*. Primera Ed. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Cavanagh, N. (2011). "Corporate Criminal Liability: An Assessment of the Models of Fault". *The Journal of Criminal Law*. Vol. 75(5). Pp. 414-440.
- Cesano, J. D. & Balcarce, F.I. (2003). "Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la República Argentina". *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Vol. 53. Pp. 385-432.
- Coffee Jr., J.C. (2020). *Corporate Crime and Punishment. The Crisis of Under-enforcement. Paper Knowledge. Toward a Media History of Documents*. 1° Ed. Oakland: Berrett-Koehler Publishers, Inc.
- Coffee, J. C. (1981). "No Soul to Damn: No Body to Kick': An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment". *Michigan Law Review*. Vol. 79(3). Pp. 386.
- Coleman, J. W. (1987). "Toward an Integrated Theory of White-Collar Crime". *American Journal of Sociology*. Vol. 93(2). Pp. 406-439.
- de la Cuesta Arzamendi, J.L. & de la Mata Barranco, N. J. (2013). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 1a ed. Navarra: Editorial Aranzadi.
- de la Mata Barranco, N. J. (2013). "El cumplimiento por el legislador español del mandato de la Unión Europea de sancionar a las personas jurídicas". En: de la Cuesta Arzamendi, J.L. & de la Mata Barranco, N. J. (eds.). *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- Diamantis, M. E. & Laufer, W.S. (2019). "Prosecution and Punishment of Corporate Criminality". *Annual Review of Law and Social Science*. Vol. 15(1). Pp. 453-472.
- Diamantis, M. E. (2018). "Clockwork Corporations: A Character Theory of Corporate Punishment". *Iowa Law Review*. Núm. 103. 508-569.
- Diamantis, M. E. (2019). "Corporate Essence and Identity in Criminal Law". *Journal of Business Ethics*. Vol. 154(4). Pp. 955-966.

- Emanuel Barreto de Oliveira, D. (2022). “A pessoa jurídica é penalmente responsável pela participação?” *Revista Científica do CPJM*. Vol. 1(3). Pp. 173-188.
- Estellita, H. (2019). “Levando a sério os pressupostos da responsabilidade penal de pessoas jurídicas no Brasil”. *Revista de Estudos Criminais*. Vol. 18(75). Pp. 59-79.
- Fabri, G., Pepoli, Z.B & Zilia, S (2020). “The liability of legal persons for offences and the freedom of establishment in the view of the Italian Supreme Court”. *Eurojus.it*. Núm. 4. Pp. 297-307.
- Feijoo Sánchez, B. (2003). “¿Culpabilidad y punición de personas jurídicas?” En: Montealegre, E. (ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia-Centro de Investigación en Filosofía y Derecho.
- Ferrajoli, L. (2018). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 10 Edición. Madrid: Editorial Trotta.
- Fiorentini, G. & Peltzman, S. (1996). *The Economics of Organised Crime*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Fisse, B. & Braithwaite, J. (1994). *Corporations, Crime and Accountability*. Melbourne: Cambridge University Press.
- Foffani, L. (2010). “Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. ¿Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas?” *Revista Nuevo Foro Penal*. Vol. 6(75). Pp. 41-52.
- Franssen, V. (2018). “The EU’s Fight Against Corporate Financial Crime: State of Affairs and Future Potential”. *German Law Journal*. Vol. 19(5). Pp. 1221-1249.
- García Cavero, P. (2012). “Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Revista de Estudios de la Justicia*. Vol. 16. Pp. 55-74.
- Gómez-Jara Díez, C. (2010). *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Gómez-Jara Díez, C. (2010). “¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas?: Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel”. *Política criminal*. Vol. 5(10). Pp. 455-475.
- Gómez-Jara Díez, C. (2011). *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial. Esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Primera Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia-Centro de Investigación en Filosofía y Derecho.
- Gómez-Jara Díez, C. (2014). “¿Qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas? Una respuesta a las críticas planteadas al modelo

- constructivo sea de autorresponsabilidad penal empresarial”. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pp. 177-206.
- González Sierra, P. & Del Castillo Codes, E. (2012). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Noticias Jurídicas. Universidad de Granada*. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4722-la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas/>.
- Gordon, Steven D. (2021). “Chapter 2: Implementation of an Effective Compliance and Ethics Program”. En: Holland & Knight LLP (ed.). *Corporate Compliance Answer Book, 1^o*. Washington D.C.: Holland & Knight LLP.
- Gottschalk, P. (2020). “Convenience in White-Collar Crime: A Case Study of Corruption among Friends in Norway”. *Criminal Justice Studies*. Vol. 33(4). Pp. 413-424.
- Gruner, R. S. (1992). “From Opposition to Interaction: Compliance Enforcement Interactive”. *Preventive Law*. Vol. 12. Pp. 11-14.
- Guaragni, F.A. (2013). “‘Interesse ou benefício’ como exigências para a responsabilização da pessoa jurídica decorrente de crimes ambientais no Brasil”. *Diritto penale contemporaneo*. Vol. 2. Pp. 7-26.
- Hagemann, T.A. & Grinstein, J. (1997). “Mythology of Aggregate Corporate Knowledge: A Deconstruction”. *George Washington Law Review*. Vol. 65(2). Pp. 210-247.
- Heine, G., Lampe, E.J., Laufer, W.S., Gómez-Jara Díez, C. & Strudler, A. (2012). *Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Propuestas globales contemporáneas*. Bogotá: Editorial Ara.
- Hernández Basualto, H. (2010). “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”. *Política Criminal*. Núm. 5. Pp. 207-236.
- Hernández Quintero, H.A. (ed.) (2020). *Aspectos actuales de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Colombia. 1^o Ed.* Ibagué: Ediciones Unibagué.
- Hernández-Jiménez, N. & Mestre-Ordoñez, J.F. (2022). “Vigencia de la dogmática penal en los sistemas de enjuiciamiento criminal que coexisten en Colombia”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Vol. 8(3). Pp. 1263-1298.
- Huff, K.B. (1996). “The Role of Corporate Compliance Programs in Determining Corporate Criminal Liability: A Suggested Approach”. *Columbia Law Review*. Vol. 96 (5). Pp. 1252-1298.
- Jakobs, G. (1992). “El principio de culpabilidad”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Vol. 45. Pp. 1051-1083.
- Jiménez, G. A. (2019). “Toward a Compliance-Oriented Approach”. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 26(1). Pp. 353-379.

- Kauss Vellasco, M.B. (2020). "La evolución de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Brasil y el sistema de la doble imputación". En: Demetrio, E., Caro, D.C. & Escobar, M.E. (eds.). *Problemas y retos actuales del Derecho penal económico*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Kennedy, K.C. (1983). "A Critical Appraisal of Criminal Deterrence Theory". *Digital Commons at Michigan State University College of Law*. Vol. 88(1). Pp. 1-14.
- Khanna, V.S. (1996). "Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve?" *Harvard Law Review*. Vol. 109(7). Pp. 1477-1534.
- Laezza, I. (2021). "La prevenzione della corruzione nei settori privato e pubblico: convergenze e divergenze tra i modelli organizzativi ed d.lgs. 231/2001 e i piani triennali anticorruzione ex.l. 190/2012". *Luisi Guido Carli*. <https://tesi.luiss.it/id/eprint/31331>.
- Laufer, W. S. (1999). "Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance". *Vanderbilt Law Review*. Vol. 52(5). Pp. 1343.
- Laufer, W.S. (2006). *Corporate Bodies and Guilty Minds*. Chicago: University of Chicago Press.
- Lederman, E. (2000). "Models for Imposing Corporate Criminal Liability: From Adaptation and Imitation Toward Aggregation and the Search for Self-Identity". *Buffalo Criminal Law Review*. Vol. 4(1). Pp. 641-708.
- Lee, F. P. (1928). "Corporate Criminal Liability". *Columbia Law Review*. Vol. 28(1). Pp. 1-28.
- León M. & Abraham, L. (2018). "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en México, una comparación con la legislación española vigente". *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. Núm. 46. Pp. 187-211.
- Martínez Neira, N.H. (2014). *Cátedra de Derecho contractual societario. Regulación comercial y bursátil de los contratos societarios. Segunda Ed.* Bogotá: Legis Editores.
- Martínez Sánchez, W.A. (2016). *La extinción de dominio en el posconflicto colombiano. Lecciones aprendidas de Justicia y Paz. Primera Ed.* Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho y Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.
- Mattar, M. (2012). "Corporate Criminal Liability: Article 10 of the Convention Against Transnational Organized Crime". *Journal of International Affairs*. Vol. 66(1). Pp. 107-122.
- Medina Pabón, J.E. (2007). *Derecho Civil. Aproximación al Derecho de Personas. 5ª Edición*. Bogotá: Universidad del Rosario.

- Mejía Ortiz, A. (2022). “Empresas, culpa y extinción de dominio”. *Asuntos Legales. Artículo del 29 de octubre de 2022*. <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/alejandro-mejia-400081/empresas-culpa-y-extincion-de-dominio-3479390>.
- Mestre Ordóñez, J.F. (2020). “La dinámica inseparable del derecho penal sustancial y el procesal”. En: Parra Quijano, J. (ed.). *Derecho Procesal #Nuevas Tendencias. XLI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá D.C.: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- Meyer, B., Van Roomen, T. & Sikkema, E. (2014). “Corporate Criminal Liability for Corruption Offences and the Due Diligence Defence: A Comparison of the Dutch and English Legal Frameworks”. *Utrecht Law Review*. Vol. 10(3). Pp. 37.
- Mondaca, I. N. & Jaar Labarca, A. (2018). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena”. *Política Criminal*. Vol. 13(26). Pp. 1027-1054.
- Montáñez-Ruiz, J.C. (2010). “El debate entre la expansión del derecho penal hacia la criminalidad de la clase alta y el derecho penal mínimo”. *Estudios Socio-Jurídicos*. Vol. 12(1).
- Morales Hernández, M.A. (2019). “Los criterios jurisprudenciales para exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas en el delito corporativo”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Núm. 19. Pp. 327-368.
- Mucciarelli, F. (2019). “La responsabilità degli enti nel contrasto alla corruzione: tra repressione e prevenzione”. *disCrimen*. Núm. 1. Pp. 1-24.
- Mueller, G.O.W. (1957). “Mens Rea and the Corporations-A Study of the Model Penal Code Position on Corporate Criminal Liability”. *University of Pittsburgh Law Review*. Vol. 19(1). Pp. 21-52.
- Murillos Cueva, L. & Morillas Cueva, L. (2011). “La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Anales de derecho*. Núm. 29: 1-33.
- Nanda, V E D P. (2010). “Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?” *The American Journal of Comparative Law*. Núm. 58. Pp. 605-630.
- Newman Pont, V. & Ángel Arango, M.P. (2017). “Sobre la Corrupción en Colombia: Marco Conceptual, Diagnóstico y Propuestas de Política”. *Cuadernos de Fedesarrollo*. Núm. 56. Pp. 221. <https://www.repository.fedesarrollo.org.co/handle/11445/3436>.
- Nwafor, A. O. (2013). “Corporate Criminal Responsibility: A Comparative Analysis”. *Journal of African Law*. Vol. 57(1). Pp. 81-107.
- Obidairo, S. (2016). *Transnational Corruption and Corporations. Regulating Bribery through Corporate Liability. 1 Ed.* Nueva York: Routledge.

- Pantoja Ruiz, J.P., Chaparro, A., Restrepo López, A., Fajardo Valenzuela, F., Lombana Garavito, J., Cubides Gutiérrez, L., Hartmann Melo, C., Bravo Moreno, M., Pearl Reyes, N. & Solorza S.N. (2021). “Algunas tensiones entre un derecho penal expansivo y la negación de la responsabilidad penal de personas jurídicas en Colombia”. *UNA Revista de Derecho*. Vol. 6(2). Pp. 262-99.
- Papa, R.G. (2018). “Los pilares y elementos estructurales de la ley 27.401”. En: Saccani, R. & Durrieu, N. (eds.). *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial*. Buenos Aires: Thomson Reuters.
- Pena, A. & Neira, M. (2020). “La responsabilidad penal de la persona jurídica en el espacio judicial europeo”. En: Rodríguez, M., & García Álvarez, L. (eds.). *El mercado único en la Unión Europea. Balance y perspectivas jurídico-políticas*. Madrid: Dykinson.
- Pérez Arias, J. (2013). *Sistema de Atribución de Responsabilidad Penal a las personas jurídicas*. Murcia: Universidad de Murcia.
- Pérez, A.I. (2013). “Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”. En: de la Cuesta, J.L. & de la Mata, N. J. (eds.). *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Navarra: Editorial Arazandi.
- Ragozino, A. (1994). “Replacing the Collective Knowledge Doctrine with a Better Theory for Establishing Corporate Mens Rea: The Duty Stratification Approach”. *Southwestern University Law Review*. Núm. 24. Pp. 423-472.
- Ramírez Barbosa, P.A. (2018). “La ley contra las prácticas corruptas en el extranjero. La FCPA de Estados Unidos: ‘Compliance’, extraterritorialidad y responsabilidad de la persona jurídica. Reflexiones acerca del caso ODEBRECHT.” En: Ramírez, P.A. (ed.). *Desafíos del Derecho Penal en la Sociedad del Siglo XXI. Homenaje a Ignacio Berdugo Gómez de la Torre*. Bogotá D.C.: Editorial Temis-Universidad Católica de Colombia.
- Regina Petro-González, J., Mosquera-Rentería, I. & Torres-Molina, L.E. (2014). “La responsabilidad penal de personas jurídicas como omisión legislativa en Colombia”. *Revista Criminalidad*. Vol. 56(3). Pp. 87-102.
- Reurink, A. (2016). “White-Collar Crime”. *European Journal of Sociology*. Vol. 57(3). Pp. 385-415.
- Reyes Villamizar. (2016). *Derecho Societario. Tercera Ed.* Bogotá: Editorial Temis.
- Rodríguez Estévez, J. M. (2018). “El criminal compliance como fundamento de imputación penal corporativa”. En: Saccani, R. & Durrieu, N., (eds.). *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial. Primera Ed.* Buenos Aires: Thomson Reuters.

- Ruiz López, C. R., Vargas Lozano, R., Castillo Garay, L. & Cardona Soto, D.E. (2020). *El lavado de activos en Colombia. Consideraciones desde la dogmática y la política criminal*. 2ª Ed. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia-Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Salvador N. & Velludo, A. (2018). *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Sánchez-Moreno, J.U., Pérez Gómez, J.D., Tapia Rivas, M. & Concepción Carhuacho, R. (2018). “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Resulta el Compliance una medida suficiente y útil para el sistema judicial peruano?” *Advocatus*. Núm. 37. Pp. 171-180.
- Saray Botero, N. (2017). *Procedimiento Penal Acusatorio*. 2ª Edición. Bogotá D.C.: Editorial Leyer.
- Savigny, F. C. von. (1840). *System des heutigen römischen Rechts*. 3ª Ed. Berlin: Entstehung.
- Schröder, T. (2019). “Corporate crime, the lawmaker’s options for corporate criminal laws and Luhmann’s concept of ‘useful illegality’”. *International Journal of Law, Crime and Justice*. Núm. 57. Pp. 13-25.
- Schünemann, B. (1995). “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”. En: Boletín Oficial del Estado Español. (ed.). *Hacia un derecho penal económico. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*. Madrid: Boletín Oficial del Estado Español.
- Schwerter, S. (2011). “Basel III’s ability to mitigate systemic risk”. *Journal of Financial Regulation and Compliance*. Vol. 19(4). Pp. 337-354.
- Silva Sánchez, J. M. (2011). *La expansión del derecho penal aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Tercera Ed. Madrid: Editorial Edisofer.
- Simpson, S. S. (2019). “Reimagining Sutherland 80 years after white-collar crime”. *Criminology*. Vol. 57(2). Pp. 189-207.
- Sirén, R. & Savolainen, J. (2013). “No Evidence of Specific Deterrence under Penal Moderation: Imprisonment and Recidivism in Finland”. *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*. Vol. 14(2). Pp. 80-97.
- Spahn, E. K. (2013). “Implementing Global Anti-Bribery Norms: From the Foreign Corrupt Practices Act to the OECD Anti-Bribery Convention to the U.N. Convention Against Corruption”. *Indiana International & Comparative Law Review*. Vol. 23(1). Pp. 1-34.
- Stewart, J. G. (2012). “A Pragmatic Critique of Corporate Criminal Theory: Lessons from the Extremity”. *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*. Vol. 16(2). Pp. 261-299.

- Suárez Sánchez, A. (2004). “La autoría en el actuar por otro en el derecho penal colombiano”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Vol. 25(75). Pp. 171-195.
- Tanzi, V. (1996). “Corruption: arm’s-length relationships and markets”. En: Fiorentini, G. & Peltzman, S. (eds.). *The Economics of Organised Crime*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Terradillos Basoco, J. M. (2006). “Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico”. *Nuevo foro penal-Universidad Eafit de Colombia*. Vol. 12(70). Pp. 86-115.
- Teubner, G. (2005). *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia-Centro de Investigación en Filosofía y Derecho.
- Tiedemann, K. (2014). “Corporate Criminal Liability as a Third Track”. En: Brodowski, D., Espinoza de los Monteros de la Parr, M., Tiedemann, K. & Vogel, J. (eds.). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Cham: Springer International Publishing.
- Urruela Mora, A. (2012). “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de ‘lege lata’”. *Estudios Penales y Criminológicos*. Núm. 32.
- Vermeulen, G., De Bolt, W. & Ryckman, C. (2012). *Liability of legal persons for offences in the EU. 1º Ed.* Antwerpen: Maklu-Publishers.
- Vogel, J. (2012). “Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht”. En: Kempf, E., Lüderssen, K. & Volk, K. (eds.). *Unternehmensstrafrecht*. Berlin: DE GRUYTER. Pp. 205-215.
- Weezel, A. van (2014). “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: Ontiveros Alonso, M. (ed.). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Primera Ed.* Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch. Pp. 599-644.
- Weismann, M.F. (2009). “The foreign corrupt practices act: The failure of the self-regulatory model of corporate governance in the global business environment”. *Journal of Business Ethics*. Vol. 88(4). Pp. 615-661.
- Werle, N. (2018). “Prosecuting Corporate Crime When Firms Are Too Big to Jail: Investigation, Deterrence, and Judicial Review”. *The Yale Law Journal*. Vol. 128(5). Pp. 1366-1438.
- Winter Etcheberry, J. A. (2018). “La responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho penal chileno. Conferencia impartida en la Pontificia Universidad Javeriana-Sede Bogotá.” <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/44122/Documento%20Final%20-%20Entregado.pdf?sequence=1>.

- Xavier Januário, T. F. (2020). “El modelo brasileño de responsabilidad penal para entidades jurídicas: un comentario de la Ley 9.605/98 y el nuevo Código Penal”. En: Demetrio, E., Caro Coria, C. & Escobar Bravo, M. (eds.). *Problemas y retos actuales del Derecho penal económico*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Pp. 15-23.
- Zamarriego Izquierdo, J.F. (2018). “El «Compliance» y las Ciencias Sociales”. *Farmaforum Formación*. 2018. <https://farmaforumformacion.es/2018/06/15/el-compliance-y-las-ciencias-sociales/>.
- Zanata, A. (2019). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Política criminal. Trabajo de grado en derecho*. <https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/8250/ZANATA%2C%20ALBERTA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Zuñiga Rodríguez, L. (2016). “El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas”. *Nuevo Foro Penal*. Vol. 12(86). Pp. 62-114.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Asociación Española de Compliance. (2021). “Materiales para la preparación de la Certificación CESCO”. Madrid.
- Caro Coria, D.C. (2017). “Sobre la llamada responsabilidad ‘administrativa’ de las personas jurídicas”. *La Ley, el 10 de enero de 2017*. <https://laley.pe/art/3730/sobre-la-llamada-responsabilidad-lldquo-administrativa-rdquo-de-las-personas-juridicas>.
- Comité de Expertas y Expertos del MESICIC. (2020). “Informe hemisférico de la quinta ronda de análisis. Informe sobre los avances jurídico-institucionales de los Estados Miembros de la OEA en materia anticorrupción durante la 5ta Ronda”. *Washington D.C.* http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic_inf_hem_final_5_ronda.pdf.
- de la Rosa, A. (2021). “Caso Corpesca ¿Qué podemos aprender de la reciente sentencia chilena?” *CMS Law*. 2021. <https://cms.law/es/per/publication/caso-corpesca-que-podemos-aprender-de-la-reciente-sentencia-chilena>.
- Estudio Caro & Asociados. (2016). “Entrevista al Prof. Jaime Winter Etcheberry”. *YouTube*. Perú. 2016. <https://www.youtube.com/watch?v=u86pZKhftC4>.
- Fiscalía General de la Nación, y Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2018). *Tipologías de Corrupción en Colombia. Fiscales unidos por la Transparencia y la Integridad. Tomo 8*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación.

- Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica. 2019. “Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo, y el financiamiento de armas de destrucción masiva”. https://www.uaf.cl/descargas/legislacion/internacionales/GAFI_Nuevas_40_Recomendaciones.pdf.
- Jiménez Jiménez, D. F. (2021). “¿Pena de muerte para las empresas que laven activos?” 2021. <https://www.danielfjimenez.com/post/pena-de-muerte-para-las-empresas-que-laven-activos>.
- OECD. (2007). “Working Group on Bribery. ‘Argentina: Phase 2: Report on the Application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 1997 Revised Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions’”. <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/40975295.pdf>.
- OECD. (2018). “Working Group on Bribery ‘Germany: Phase 4 Report: Implementing the OECD Anti-Bribery Convention’”. <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Germany-Phase-4-Report-ENG.pdf>.
- OECD. (2018). “Working Group on Bribery. ‘Implementing de OECD Anti-Bribery Convention-Phase 3 Report-Colombia’”. www.oecd.org/corruption/Colombia-Phase-3-Report-ENG.pdf.
- OECD. (2021). “Working Group on Bribery. ‘Implementing the OECD Anti-Bribery Convention. Phase 3 Two-Year Follow-Up Report-Colombia’”. <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Colombia-phase-3-follow-up-report-en.pdf>.
- Ramos Barseló, F. (2016). “¿Responsabilidad penal vicarial o autorresponsabilidad de las personas jurídicas?” *E3 Media*, el 10 de agosto de 2016. <https://economia3.com/2016/08/10/82970-responsabilidad-penal-vicarial-o-autorresponsabilidad-de-las-personas-juridicas/>.
- UNDOC-Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito; & Alcaldía Mayor de Bogotá. (2015). “Tipologías de Corrupción”. Bogotá.
- UNDOC-Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. s/f. “Delincuencia organizada transnacional: la economía ilegal mundializada”. *Delincuencia organizada transnacional: Acabemos con este negocio. Consultado el 8 de febrero de 2023*. <https://www.unodc.org/toc/es/crimes/organized-crime.html>.

Capítulo 3

***Sobre la responsabilidad penal por
tentativa de las personas jurídicas con base
en un modelo de autorresponsabilidad***

FRANCISCO VALDEZ SILVA*
MANUEL CANCIO MELIÁ**

1. INTRODUCCIÓN

Observamos que en la actualidad cuando nos referimos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas esta ha dejado de ser una discusión bizantina; por el contrario, representa uno de los virajes más importantes de la política criminal contemporánea, que se da con la finalidad de frenar uno de los problemas más serios que se generaban en las organizaciones al verse vinculadas con supuestos de criminalidad económica, esto es: “la irresponsabilidad organizada o la desorganización responsable”.

En efecto, vemos que en los últimos tiempos las empresas han ido desarrollando estructuras cada vez más complejas, esto como consecuencia de la contrapuesta de la consecución de sus objetivos corporativos y de las nuevas exigencias del mercado y de los contextos políticos, sociales, económicos, etc. en el que efectúan sus actividades; sin embargo, esta irrupción de la departamentalización, la disfuncionalización y delegación en cadena, podría traer consigo una difuminación de la responsabilidad penal individual en su seno.

* Abogado. Magister en Derecho penal por la Universidad Autónoma de Madrid (España).

** Catedrático de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid (España).

En ese sentido, las empresas representan un agente económico trascendente en la vida económica, pero también un potencial contexto de interacción delictiva de manera independiente a las decisiones de las personas físicas que la integran, de ahí que el legislador haya realzado y afirmado su importancia de cara a la prevención de los delitos económicos en una sociedad moderna.

Ahora bien, el Estado ha visto mermadas sus capacidades para reestablecer las normas en este sector específico con los instrumentos que le brinda un Derecho Penal clásico, por lo que, ha debido cambiar de estrategia a efectos de lograr estos propósitos y reestablecer el orden alterado en este sector. En efecto, la política criminal ya no se limita a erigir sistemas de sanciones dirigidas a retirarle las ganancias o de asegurar sus actividades peligrosas, sino a castigarlas con un sentido afflictivo-expresivo por su propio hecho. No es lo mismo decir que la empresa ha devuelto el importe por el que se ha beneficiado por el delito económico de otro, que afirmar que esta ha cometido un delito corporativo propiamente dicho, siendo este el mecanismo mediante el cual se está equilibrando las necesidades preventivas que el sector reclamaba anteriormente, ello por el vigoroso papel que las empresas significan en el tráfico económico (agente económico y factor criminógeno), sin perjuicio de la persecución y sanción de los comportamientos individuales que ocurren en su seno.

Ese cambio de giro se expresa en la decisión que ha adoptado el Estado al dejar que las empresas desarrollen de forma libre el cumplimiento de su deber de diligencia en el marco de un sistema de responsabilidad penal, es decir, el aparato público ha tendido un puente normativo con las empresas de cara a que éstas últimas se autorregulen tomando en cuenta ciertos parámetros normativos (art. 31 bis y siguientes en el Código penal español, por ejemplo). Así, el Estado delega a los destinatarios de la norma no la definición de su deber de diligencia, sino de cumplirlo de forma libre de conformidad a los lineamientos o contornos normativos definidos por el Estado. Como es sabido, han surgido numerosas voces que indican que esta evolución puede suponer una peligrosa privatización de los elementos constitutivos de una infracción (de la determinación del nivel de riesgo permitido).

Es esta última evolución, la transferencia de la determinación de los niveles de riesgo permitido a través de los sistemas de cumplimiento normativo en las personas jurídicas, la que ha conducido a la erosión de un colectivo de profesionales que se han especializado en asesorar u orientar a las empresas en cómo deberían satisfacer ese mínimo y suficiente cumplimiento de su deber de diligencia. Sin embargo, cabe observar que aquellos profesionales con frecuencia miran a tal cumplimiento como la elaboración sin más de políticas, protocolos y procedimientos de cara a cubrir lo que los organismos nacionales e internacionales han estandarizado como debido cumplimiento, olvidando las razones de porque las empresas pueden ser responsables jurídico-penalmente en una sociedad de organizaciones; a saber, por un delito corporativo. Efectivamente, el *criminal compliance* no es tan sólo cumplimiento de estándares nacionales o internacionales de cara a evitar delitos (un elemento más del deber diligencia), sino la estructuración y organización de la capacidad para cumplir la norma penal del delito que corresponda dentro de los contornos definidos por la autoridad estatal (deber diligencia).

En este orden de ideas, la definición del delito corporativo de cara a la determinación de la responsabilidad de la persona jurídica resulta de suma importancia para afirmar o negar la misma. Así, el presente trabajo tiene como *leitmotiv* delimitar el momento previo y el inicio del mismo en el marco de su ejecución, para luego determinar el grado y alcance de su intervención delictiva en el hecho.

No podemos hablar de delito corporativo si antes no hemos determinado cuando es que este aparece antes y durante con un contenido jurídico penalmente relevante, ello para sancionar a las empresas de manera autónoma de las personas físicas.

¿Es acaso que las sociedades mercantiles podrían ser sancionadas por situaciones que ocurren antes o al inicio de la ejecución de su propio delito, sin necesidad de que las personas físicas, al menos, hayan iniciado también la ejecución de su propio delito o de haber sido sancionadas jurídico-penalmente? ¿Es posible incluso, y conveniente, que las personas jurídicas sean sancionadas a título de tentativa mientras que las personas físicas sean halladas no responsables de su hecho delictivo? ¿Resulta adecuado, asignar a las personas jurídicas un título a algunas de autor y a otras de partícipes, cuando ellas

hayan intervenido en un hecho delictivo? Estas y otras interrogantes intentaremos responder a continuación.

2. REALIDAD SOCIAL Y RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL

En primer lugar, ha de tomarse en cuenta cuál puede ser el escenario en el que puede plantearse la cuestión de una posible responsabilidad de la persona jurídica a título de tentativa, esto es, si tal responsabilidad halla un campo fenomenológico en el que tiene sentido la calificación.

Así, cabe imaginar supuestos en los que un determinado hecho (un fraude masivo) que afecta, en el sector del crédito, a muchas personas, no pueda ser aprehendido (ni para personas físicas ni para personas jurídicas, tanto por razones normativas —deficiente diseño de la infracción— como por falta de elementos de prueba) como una infracción contra el mercado, resultando necesario recurrir, en su caso, a delitos de lesión de bienes jurídicos individuales como la estafa, y que en este contexto, la única vía para el establecimiento de responsabilidad (por no haberse producido perjuicio, en el ejemplo de la estafa) sea la responsabilidad de la entidad a título de tentativa.

Ahora bien, la determinación de la posible responsabilidad —por tentativa, inclusive— de determinados directivos, como es sabido, tropieza con numerosos obstáculos, tanto fácticos —en la obtención de elementos de prueba— como normativos —en lo que se refiere a construir la imputación del concreto suceso a personas concretas en la cúpula—.

Por un lado, en lo que se refiere a las posibilidades materiales de la instrucción de hallar prueba de cargo, es claro que resulta muy difícil obtener una imagen real de cómo funcionaban los procesos de toma de decisión dentro de la estructura de la entidad. En la mayoría de los casos, la documentación de la actuación de los órganos no contiene ningún indicio de la existencia de una determinada conducta penalmente relevante. Las actas o las comunicaciones internas a las que se tiene acceso en la primera fase de la instrucción normalmente sólo contienen referencias meramente formales a las operaciones

decididas. Pronto se observa que las “verdaderas” decisiones —y la discusión del fondo de las operaciones— se han tomado en reuniones o conversaciones no formales. En consecuencia, para averiguar la realidad de los procesos de toma de decisión informales posiblemente delictivos, es imprescindible que haya alguna manifestación testifical que los ponga al descubierto.

Y esto puede ser muy difícil: En casos de estas características, cabe decir que se suelen construir dos líneas de defensa para las personas integrantes de la cúpula de las entidades (y, en esta fase, también de la persona jurídica): en primer lugar, se afirma que las operaciones eran completamente acordes a la más estricta normalidad de las operaciones societarias, y que los daños producidos se reducen a un mero mal negocio, que no debe ser criminalizado. Así, se dirá, por ejemplo, en nuestro supuesto de, por ejemplo, una emisión masiva de productos financieros fraudulentos, aparte de remitir a todo el período en el que el mercado funcionó sin crisis, que si hubo luego quien comercializó de modo mendaz las preferentes a minorista, ello supondría tan solo una desviación individual de las instrucciones generales de la entidad de actuar con probidad, de modo que se trataría de un delito individual de una persona en la base de la pirámide jerárquica de la entidad. Y más adelante, cuando se descubra que en el marco de la agudización de la crisis aparecieron conductas evidentemente irregulares o difícilmente explicables en términos de racionalidad económica “normal”, se invocará el estado de necesidad: así, se argumentará que la concreta operación era el “mal menor” ante la imprevisible evolución de una crisis general de los mercados financieros.

En segundo lugar —si se logra dejar claro que las operaciones son irregulares en sí mismas, posiblemente delictivas— se intenta desvirtuar o diluir una posible responsabilidad individual del directivo en cuestión en cada caso (y aquí ya la defensa individual y la de la entidad puede tener intereses contrapuestos): se dirá por su defensa que el directivo sólo era “uno más” de los integrantes de los diversos gremios competentes, por encima o por debajo de su posición jerárquica, que aprobaron las medidas en cuestión. En este contexto, es especialmente frecuente que los investigados se refieran a los informes o a la actuación de unos innominados “los técnicos”, los

encargados de los “detalles”, quienes habrían aprobado las medidas indiciariamente delictivas.

Así, es esencial, como se decía, una declaración testifical que desde dentro de la entidad desvele cómo eran las decisiones reales y quiénes las tomaban. Y precisamente las personas que pueden llegar a jugar ese papel (directivos medios por debajo de la cúpula, que aunque no son el origen último de las decisiones, sí conocen suficientemente la entidad en su conjunto como para poder reconstruir qué es lo que sucedió y quién decidió qué) tienen, en lo que se refiere a primera línea de defensa identificada, un interés compartido en mantenerla, teniendo en cuenta que también puede plantearse su responsabilidad criminal por su intervención en los hechos.

Por otro lado, no sólo es difícil concretar los elementos fácticos, sino que es difícil encontrar acomodo a la subsunción por razones normativas. En casos como el supuesto planteado, de una venta masiva de productos financieros fraudulentos, entre el responsable en la cúpula y la ejecución concreta del comportamiento típico hay múltiples escalones y estructuras que dificultan identificar al concreto responsable. En el ámbito de las conductas imprudentes se genera en este punto la necesidad de comprobar la cadena de delegaciones de los deberes de supervisión sobre una determinada actividad. Las bases de esta construcción dogmática están en el principio de responsabilidad por actos propios, incluyendo los mecanismos de distribución de tareas que dan lugar a la aplicación del llamado principio de confianza. La comprobación paralela ha de hacerse para un supuesto, como el presente, de un posible comportamiento doloso, influyendo el superior en su inferior transmitiendo las instrucciones de proceder de modo delictivo desde la cúpula al comercial concreto. Como es sabido, la problemática de las responsabilidades penales que se generan en el seno de organizaciones complejas (sea, como es el caso, en una organización empresarial-mercantil, sea en organizaciones de carácter público o criminal) viene marcado decisivamente por el dilema entre, por un lado, lo que se ha llamado “irresponsabilidad organizada”, es decir, que la existencia de estructuras complejas en una organización —aquí: una entidad de crédito—, con múltiples niveles de responsabilidad y toma de decisión, conduzca a que el proceso de decisión delictivo se diluya dentro de la organización, y, por

otro, la existencia de una suerte de responsabilidad objetivante, en la que se deduzca la misma del mero hecho de que una persona ocupe un determinado puesto en la cúspide de la entidad, sin necesidad de acreditar ni una conducta indiciariamente relevante ni elementos fácticos que permitan deducir la existencia de los elementos del tipo subjetivo que en cada caso sean de aplicación (como, lamentablemente, se observa en la realidad procesal de nuestro país, en la que es frecuente una suerte de “imputación preventiva” sin previa averiguación de indicios de actuación delictiva, sólo con base en la posición —posiblemente formal, no relacionada materialmente con los hechos— que una persona ocupa en la organización).

En todo caso, sea como sea la realidad de la organización de la entidad, parece que puede afirmarse con certeza que una posición de especial relevancia corresponde en nuestro caso a los altos ejecutivos de la entidad, como cabe calificar sin duda a aquellos que decidieron sobre la aprobación de la política corporativa mendaz en la comercialización. Parece evidente que existió alguna instrucción que llevara a la comercialización irregular, ésta no pudo producirse espontáneamente, sino que surgió de arriba. Sin embargo, al igual que no es sencillo probar que las órdenes o instrucciones partieron de determinadas personas en la cúpula de la entidad, no lo son los mecanismos necesarios para poder establecer la responsabilidad jurídico-penal de las personas individuales que iniciaron la política de las preferentes. Tratándose de un supuesto de una conducta dolosa iniciada en algún punto de la estructura de mando de la entidad, parece, desde un principio, justificado proceder ante todo con una lógica *top-down*. Este problema (la cuestión de cómo cabe atribuir al superior jerárquico responsabilidad por hechos de personas ubicadas en escalones inferiores de la organización) ha sido tratado por la doctrina y la jurisprudencia en tres ámbitos normativos y fenomenológicos bien diferenciados.

Se plantea, en primer lugar, respecto de delitos cometidos haciendo uso de aparatos estatales o paraestatales para su ejecución: ¿cómo fundamentar la responsabilidad de un líder de una organización, que está muy lejos de los hechos, por un delito concreto del que ni siquiera tendrá noticia? En casos como los de los crímenes contra la Humanidad del régimen nazi, o de las Juntas Militares argentina y

chilena, o de las estructuras paramilitares en el ejecutivo de Alberto Fujimori, se ha aplicado el concepto de autoría mediata mediante un “aparato organizado de poder”, construcción desarrollada por Roxin a principios de los años sesenta del siglo pasado. Por otra parte, el desarrollo de la noción de *joint criminal enterprise* en el Derecho penal internacional de la actualidad también permite aprehender diversas formas de estructuras de mando no ortodoxas.

En segundo lugar, la misma problemática se estudia en jurisprudencia y doctrina en el marco de los llamados delitos de organización, es decir, las infracciones de pertenencia a o colaboración con una organización criminal o una organización o grupo terroristas. ¿Hasta qué punto puede atribuirse un delito concreto cometido en la organización a uno de sus miembros directivos? En este contexto, la jurisprudencia española cuenta con numerosos antecedentes en su amplia doctrina en materia de delitos terroristas, y recientemente está comenzando a aplicar los nuevos tipos de criminalidad organizada fuera del ámbito del terrorismo.

Finalmente, en tercer lugar, también se ha planteado la cuestión de cómo proceder para determinar la responsabilidad de directivos en el marco de organizaciones empresariales. Se han discutido sobre todo supuestos de conductas imprudentes en la cúpula respecto de la supervisión de otros, en muchas ocasiones, a título de comisión por omisión. Son menos los casos de utilización de la estructura empresarial con una conducta dolosa, como parece ser éste.

Como es sabido, la teoría de la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder no se considera aplicable a la delincuencia empresarial por su propio fundador, ya que, en su opinión, ello constituiría una extensión indebida del concepto, al no concurrir ni la intercambiabilidad plena de los ejecutores ni la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico, elementos que a Roxin le parecen ineludibles para fundar en este caso la autoría mediata. Por otra parte, la fenomenología ordenada y clasificada por la jurisprudencia española en relación con las organizaciones criminales y sus procesos de toma de decisión, lo ha sido sobre todo respecto de supuestos relacionados con la organización terrorista ETA, y, como es obvio, no resulta trasladable al mundo de las organizaciones como una entidad de crédito. En consecuencia, como vías de imputación

quedan una la autoría por comisión por omisión, en la que habría que probar los pasos intermedios por los que se fue delegando la competencia en relación con la comercialización —en los supuestos de autores materiales que ignoraban el verdadero alcance de los riesgos de los títulos— o de coautoría —en los supuestos en los que los ejecutores en la comercialización desarrollaron cada uno una función determinante y/o relevante para la comisión del delito, y, con ello, del carácter engañoso de la información dada en la comercialización de forma verbal.

Como es lógico, aunque se siga un procedimiento que intente proceder desde arriba abajo en la jerarquía de la entidad, habrán de probarse numerosos escalones de transmisión de la información y las características y las personas que participaron en los procesos de toma de decisión, con las dificultades que ello presenta.

Así las cosas, en un escenario de estas características, que se presentará con frecuencia en organizaciones empresariales complejas, muy posiblemente se presentará como un título de acusación necesaria para obtener la intervención de la jurisdicción criminal la opción de afirmar, con independencia de la posible responsabilidad individual, que el fallo de organización en la estructura empresarial es el que da lugar a la existencia de posible responsabilidad criminal a título de tentativa de la persona jurídica. Queda ahora por delante articular la tentativa en el marco de un sistema de imputación para las personas jurídicas cuando ello suceda.

3. SISTEMA DE IMPUTACIÓN Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Cuando hablamos de un delito corporativo no estamos refiriéndonos a un delito en el sentido clásico del término. En efecto, este ha sido erigido para racionalizar la atribución de una consecuencia jurídico-penal como lo es la pena a las personas físicas propiamente dichas, mientras que el primero lo haría para que ocurra lo mismo pero esta vez a las personas jurídicas. Sin embargo, esta diferenciación es muy limitada aún para poder afirmar con solvencia que existe una clara delimitación entre un delito corporativo y un delito indi-

vidual como tal, pues nos estamos ocupando aún, para diferenciar entre uno y otro, con el caparazón que los rodea. En otras palabras, la distinción se contrae solo de forma nominal y por sus efectos; a saber, por la racionalización en la atribución de una consecuencia jurídico-penal a uno y otro.

La diferencia debe radicar de otra manera, la cual considero debe gravitar en el centro de imputación tanto de uno como de otro; es decir, el Derecho Penal no debe distinguir esta cuestión en aspectos nominales o consecuencialistas (a unos la cárcel y a otros la disolución, siendo extremista), sino en el objeto que hace bascular todo el sistema de imputación. En mi opinión, el sistema de imputación para las personas físicas se centra en la libertad, y en el de las personas jurídicas se determina en la identidad cultural. Ambos centros de imputación hacen de cada sistema de imputación, y de sobre todo sus reglas, únicos para informar la antijuridicidad y la culpabilidad del delito de cada uno, lo cual no obsta a pensar que son irreconciliables, más bien complementarios. El delito individual referencia al delito corporativo, pero no fundamenta por sí solo la razón o fundamento de su sanción jurídica.

Efectivamente, la libertad y la identidad cultural son los objetos de referencia de los sistemas de imputación en el delito individual y corporativo, respectivamente. La teoría del delito para las personas físicas hace gravitar la libertad como eje de imputación y responsabilidad penal. El Derecho Penal levanta un sistema de imputación teniendo a la libertad como la fuerza centrípeta del mismo, de tal forma que las instituciones que aparezcan, girarán alrededor de la libertad de las personas físicas.

Por ejemplo, la imputación objetiva se construye teniendo como objeto de referencia a la libertad de la persona física, pues cuando ésta configura su libertad de una manera u otra en un momento dado, el Derecho Penal, como primer paso, irá definiendo si la persona física va creando o iniciando un riesgo objetivamente relevante frente a un bien jurídico específico (vida, patrimonio, etc.). Asimismo, la imputabilidad se define tomando en cuenta también a la libertad de la persona física, pues el Derecho Penal consolida o niega la creación de un riesgo jurídico penalmente prohibido a partir de la afirmación o negación de la libertad, o al menos, del lado de la mis-

ma que da la base mínima para ser pasible o no de una imputación. Es decir, el Derecho Penal le da un refuerzo o un revés a la libertad de cara a afirmar que la misma (no) presenta una conexión material con la persona física (perfil personal del sujeto físico). Al final, se va y se vuelve con la libertad de la persona física. En un caso para afirmar que ha creado un riesgo objetivo de interés para el Derecho Penal (desbordando los márgenes de permisión del ordenamiento penal respecto a un bien jurídico determinado) y en otro que lo anterior ha ocurrido (des)conectado de la misma persona como tal ((no) pudiendo reprochar por (ausencia) presencia de un sujeto con disposición jurídica de cumplimiento de las normas que protegen ese bien jurídico).

¿Y cómo aquel razonamiento operaría en el sistema de imputación que enmarcan a las personas jurídicas? Hemos dicho que el centro de gravedad no sería la libertad de las personas físicas, sino la identidad cultural de las corporaciones. Esto último quiere decir que el Derecho Penal levantará un sistema de imputación que tenga como elemento gravitante a la identidad cultural de la corporación, manteniendo la estructura o caparazón de la teoría del delito (anti-juridicidad + culpabilidad).

De esta manera, la imputación objetiva se ceñirá a determinar la creación o inicio de un riesgo objetivamente relevante para el Derecho Penal, cuando la corporación proyecte o haga uso de su identidad cultural (como lo hacen las personas físicas con su libertad) en un momento dado frente a un bien jurídico específico (estabilidad del ecosistema, circulación libre de mercancías, etc.). Efectivamente, así como la persona física revela su libertad configurada de forma defectuosa cuando se relaciona con un bien jurídico y lo pone en peligro o lesiona, sucede lo mismo con las corporaciones cuando su medio de interacción social como lo es la identidad cultural se engrana con un bien jurídico determinado y lo pone en peligro o lesiona. En otras palabras, el Derecho Penal determina el riesgo jurídico-penalmente prohibido, de forma similar a las personas físicas, desde la relación entre lo que goza de capacidad de agencia (identidad cultural) y el bien jurídico específico que se le aproxima.

De igual forma, la imputabilidad de la persona jurídica no es ajena a llenar sus contenidos del objeto de referencia como lo es la

identidad cultural. No obstante, el Derecho Penal lo que hace esta vez no es determinar la relación entre la identidad cultural de la organización en un momento dado con un bien jurídico específico, sino de darle un refuerzo o un revés a partir de la (des)conexión entre lo anterior y la misma organización como tal (perfil personal de la organización). Es decir, el Derecho Penal cimienta un sistema de imputación para las personas jurídicas a partir del elemento identidad cultural, sea para definir la creación o inicio de un riesgo jurídico penalmente relevante (desborde del riesgo jurídicamente permitido respecto a un bien jurídico determinado), como para declarar su (no) culpabilidad penal propiamente dicha ((no) pudiendo reprochar porque es un sujeto con (ausencia) presencia de disposición jurídica de cumplimiento de las normas que protegen ese bien jurídico específico).

Para efectos de mejor exposición acompaño un ejemplo esclarecedor. Si un sujeto haciendo uso de su libertad en un momento específico, apunta con un arma a alguien, generará un riesgo jurídico penalmente prohibido, pero si lo hace en estado de embriaguez absoluta, de tal manera que no le permita comprender su acto delictivo y actuar conforme al mismo, ocultándose su propia libertad, aquella creación de riesgo estará desconectada de la persona física porque ella “no” ha ejercido su libertad de manera personal (“no es el ciudadano dispuesto a cumplir las normas”).

De la misma manera, si una empresa haciendo uso de su identidad cultural en un momento dado, tolera el abandono de la gestión de los canales de denuncia debidamente implementados para prevenir el delito de lavado de activos, generará un riesgo jurídico penalmente prohibido, pero si lo hace porque fue la persona física quien promovió el acto de lavado de dinero, ocultando la identidad cultural de la propia corporación, aquella creación de riesgo estará desconectada de la persona jurídica porque ella “no” ha ejercido su identidad cultural de manera personal (“no es la organización dispuesta a cumplir las normas”).

No es lo mismo crear un riesgo porque la persona jurídica toleró que el gestor abandonó la gestión de un canal de denuncias (riesgo); y otra muy distinta que la persona jurídica sea culpable por solo eso, cuando esta había diseñado y monitorizado correctamente el

canal hasta antes de ocurrido el hecho (no riesgo suyo). Una cosa es definir objetivamente el riesgo, y otra muy diferente, adscribirle ese riesgo como parte de su identidad cultural propiamente dicha. En el caso de las personas físicas, como parte de su libertad personal.

4. LA TENTATIVA Y EL DELITO CORPORATIVO: SISTEMA DE IMPUTACIÓN, TENTATIVA Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

De todo lo mencionado anteriormente, cabe preguntarnos lo siguiente: ¿cómo determinar la tentativa en el marco del sistema de imputación de las personas jurídicas? Hemos dicho que el delito individual y el delito corporativo no son los mismos, sino que son complementarios. Esto quiere decir que si bien es cierto el delito individual explica parcialmente el delito corporativo, no lo fundamenta. No es lo mismo decir que una persona física cometió, al menos, una conducta antijurídica frente a un bien jurídico determinado, que una persona jurídica lo generó (conducta antijurídica) por una falla estructural en la gestión y organización de sus riesgos, provocando también, a su manera, una puesta en peligro o lesión a tal bien jurídico. Si bien es cierto tal bien jurídico es uno solo, no es menos importante mencionar que la persona física y la persona jurídica se relacionan con el mismo de forma diferente, generando una puesta en peligro o lesión efectiva de forma disímil, según corresponda.

En este orden de ideas, la tentativa no es la misma en un sistema y otro, porque el objeto de referencia es distinto. En el sistema de imputación de las personas físicas es la libertad, mientras que en el de las personas jurídicas es la identidad cultural. Me animo a decir que las primeras, a partir de ello, disponen de una competencia por organización; y, por el contrario, las personas jurídicas gozan de una competencia por estructuración. Unos organizan su ámbito de libertad y otros estructuran una identidad cultural, ambos para prevenir la comisión de delitos.

La tentativa es una institución del Derecho Penal que no puede ser ajena al argumento principal que hemos venido mencionando a lo largo de este capítulo. Es decir, la tentativa se desgaja de un sistema

de imputación determinado y se articulará de acuerdo al objeto de referencia o centro de gravedad de aquél. Efectivamente, la tentativa tendrá una estructura dentro del sistema de imputación por libertades y otra dentro del sistema de imputación por identidades culturales. En efecto, el Derecho Penal que gira alrededor de la libertad erige la tentativa a partir del momento que la persona física configura su ámbito de organización (libertad) de una forma tal que crea o inicia un riesgo jurídico-penalmente relevante. Por ejemplo, cuando una persona física compra un arma, la abastece de municiones, camina a la casa de la víctima, le apunta cuando la tiene al frente y la mata, la tentativa queda revelada cuando la persona física organiza su libertad abrazando el bien jurídico de un tercero de una forma tal que ya se encuentra expuesto a sufrir una próxima e idónea lesión propiamente dicha. Aquí, cuando el fallo de organización (apuntar con el arma) se relaciona con el bien jurídico (vida de tercero).

En cambio, el Derecho Penal que gravita alrededor de la identidad cultural construye la tentativa a partir de la situación que la persona jurídica configura su ámbito de estructuración (identidad cultural) de una forma tal que crea o inicia un riesgo jurídico-penalmente relevante. Por ejemplo, cuando una persona jurídica contrata a un pseudo especialista en análisis de riesgos, quien elabora un mapa de riesgos para evitar el delito de lavado de activos, inicia sus operaciones comerciales con terceros de los que no puede identificarse que resulten “adecuados” clientes, celebran la venta y perfeccionan un blanqueo de activos de procedencia ilícita, la tentativa queda descubierta cuando la persona jurídica estructura su identidad cultural abrazando el bien jurídico de un tercero de una forma tal que ya se encuentra expuesto a sufrir una próxima e idónea lesión propiamente dicha. En el presente caso, cuando la falla estructural (mapa de riesgos elaborado de forma defectuosa) se relaciona con el bien jurídico (negociación con terceros en un determinado sector del mercado).

Como se puede apreciar, la tentativa tiene un tronco común como es depender de un sistema de imputación; sin embargo, se presenta de forma diferente teniendo en cuenta el objeto de referencia de cada sistema. Luego, la tentativa se articulará a partir de la relación de ese objeto de referencia del sistema con el bien jurídico. A partir

de tal relación, en unos casos hablaremos de tentativa como fallo individual o de organización por haber configurado su libertad de una manera defectuosa (apuntar a la cabeza con un arma de fuego), y en otra como fallo corporativo o estructural por haber definido su identidad cultural de la misma manera (elaborar un mapa de riesgos en modo “avión”, o sea, sin ninguna referencia de la misma organización).

De esta forma, si la tentativa se construye sobre la base de una relación de un fallo con el bien jurídico, siendo que aquel representa un riesgo objetivamente relevante, aquella se ubicaría en el tipo objetivo del delito en cuestión.

5. LA INTERVENCIÓN DELICTIVA EN EL DELITO CORPORATIVO: LA TENTATIVA

En buena cuenta, al advertirse un resultado penalmente relevante del cual surge la posibilidad de hacer responsable a la persona jurídica, de entrada, cabría plantearse cómo se configura y atribuye la responsabilidad penal al sujeto colectivo por resultados que interesan desvalorar e imputar al derecho penal y que se explican inequívocamente desde una dimensión organizativa, solo así entonces, a través de dicha cristalización, en lo que aquí interesa, corresponde precisar una respuesta a toda interrogante sobre si resulta posible hablar de una tentativa por el delito atribuido a la propia persona jurídica.

Para ello, en prima facie, huelga decir que dependiendo de la construcción sistemática que se adopte, los resultados a los que pueda arribarse —a ciegas— serán los mismos (referirse a una responsabilidad penal empresarial en grado de tentativa), empero, toda racionalización de una tentativa por el delito atribuido a la propia persona jurídica resultará más que divergente.

Así, por donde se vea, no es lo mismo afirmar que un sujeto colectivo responde penalmente por la adscripción de los hechos a determinadas personas físicas en tanto miembros operativos en representación de ella y, en consecuencia, señalar que los actos preparatorios y tentativa de la persona jurídica se configuran a partir de un acuerdo institucional y voluntad social de los altos miembros jerárquicos, que,

en cambio, sostener una responsabilidad autónoma de la persona jurídica por el delito corporativo.

Por ello, no es menos importante señalar que si se comprende hacer responsable penalmente al ente corporativo a partir de una traspolación del injusto y culpabilidad de la persona física que actúa en el marco operativo de la organización empresarial para beneficio de esta, entonces, a través de esta línea argumentativa podría pensarse que al inicio de los actos de ejecución de la persona física que objetivamente sitúa en un contexto de riesgo desaprobado penalmente a un determinado objeto de protección de la norma, también de manera alternada iniciaría el injusto penalmente relevante por el cual corresponde hacer responsable al sujeto colectivo e inclusive el reproche por su culpabilidad.

No obstante ello, distinta es la conclusión que se alcanza bajo el entendido que ante ciertos hechos, no corresponde una explicación exclusivamente en clave individual, esto es, comprender la responsabilidad de la persona física como un síntoma o latencia transponible maquinalmente a la persona jurídica, sino más bien, al entender el injusto sistémico de la entidad corporativa altamente compleja traducido en una competencia por estructuración, cabe sostener que a partir del relajamiento de los programas de prevención, control, vigilancia y supervisión de los riesgos propios de la organización empresarial, se puede apreciar entonces los albores de una modificación que produce el fallo organizativo de la propia persona jurídica que al obedecer a una falta de cultura de cumplimiento de la legalidad y poner en entredicho la norma penal, hacen necesariamente imponibles una sanción por el delito corporativo.

Es así entonces que, ante ciertos hechos explicados en primer orden a través de una dimensión organizativa, por enmarcarse en la gestión de riesgos de una determinada entidad corporativa, es posible hablar de un fraccionamiento del delito corporativo en tanto se pueda afirmar una modificación de la propia estructura organizativa cuando por ejemplo, en el marco de prevención de delitos (contra la administración pública, lavado de activos, financiación del terrorismo, etc.), se contrata a una persona incompetente para determinada función preventiva, no se contara con un canal de denuncias o en caso de implementarlo se tiene por protocolo solo denuncias frente

a determinados hechos delictivos que no satisfacen todos los comportamientos que muy probablemente puedan concurrir, de tal manera, cabe entender que en estos supuestos nos encontramos ante una parcialidad funcional del sistema de control de los riesgos empresariales, es decir, a través de estos chispazos se genera la creación de un riesgo que se arroga sobre la configuración estructural del ente colectivo y, al analizarse cada uno de estos chispazos (incendio estructural) a nivel global se tiene por realizado totalmente el injusto sistémico de la empresa por defecto de organización, el cual para ser finalmente punible debe guardar correlato con una disposición corporativa defectuosa entendida como el fallo institucional de carácter estructural o una cultura de cumplimiento de la legalidad insuficiente.

En consecuencia, dentro del marco del principio del hecho, lesividad y de culpabilidad podríamos formular un sistema de imputación en grado de tentativa de la persona jurídica de la siguiente manera: Ante hechos atribuibles penalmente contra personas jurídicas, sucursales de sociedades extranjeras, sociedades que integren uniones temporales o consorcios, empresas industriales y comerciales del Estado y empresas de economía mixta y las entidades sin ánimo de lucro, en lo que interesa para el caso de Colombia, aquellos que están previstos en el art. 2 del Capítulo I de la Ley 2195, esto es, la Nueva Ley Anticorrupción aprobada el 18 de enero de 2022, corresponde entender en primer orden que, sobre la modificación de prácticas, procedimientos internos o sobre la propia estructura empresarial se deriva un programa de cumplimiento inidóneo, el mismo que termina generando flecos o espacios criminógenos al favorecer o no dificultar mediante este contexto la realización de conductas lesivas de sus miembros individuales.

Sin embargo, es menester precisar que ante dicha molificación o relajación que produce un defecto organizativo de la persona jurídica, aún no se puede hablar de un injusto punible, en tanto, a pesar de este incremento de riesgo, solo a partir de ser complementada con la realización de un comportamiento delictivo por parte de la persona física tendiente a la perturbación de un interés jurídicamente tutelado, se puede dejar de hablar de una configuración vital privada para dar paso *eo ipso* a la intervención del Estado por convertirse en asunto público.

De esta manera, no se quiere decir que la persona jurídica responde por el delito del miembro operativo dentro de ella, sino más bien, esta responde por su defecto estructural a partir de toda parcialidad de su sistema de control de riesgos empresariales (tentativa por el delito corporativo), no obstante, esto resultaría aún impune de no ser complementada materialmente con la perturbación de un determinado interés tutelado penalmente (seguridad pública, libre competencia, estabilidad del ecosistema, etc.) mediante los actos de ejecución típica de la persona física, solo así, entenderíamos que el injusto sistémico de la persona jurídica sería punible al ser contrastada con su propia identidad cultural insuficiente ante la prevención de delitos y, en consecuencia, imponerse por el delito corporativo una sanción gradual menor a una total ausencia del programa de cumplimiento normativo, a su absoluta inoperancia e inclusive su implementación pero para fines utilitaristas de fachada.

En ese sentido, si bien cada una de estas últimas podría configurar el delito corporativo en un sentido de arrogación al sujeto colectivo, el supuesto que se propone como tentativa por el delito corporativo deja entrever la imperfecta e incompleta realización de esta (parcialidad funcional del sistema de control de riesgos empresariales), toda vez que expresa un sentido débil y mínimamente suficiente para crear las condiciones a penas necesarias de generar un contexto de posibilitación delictiva contra el orden jurídico para los miembros individuales que operen dentro del marco organizativo, y de esta manera, complementar la configuración del injusto sistémico fundamentada en una disposición corporativa defectuosa (parcialmente), a comparación de los demás supuestos planteados (total ausencia, absoluta inoperancia o apariencia de un funcional sistema de control de riesgos empresariales).

En suma, a primera vista puede plantearse como teóricamente posible referirnos a una responsabilidad penal de la persona jurídica en grado de tentativa, no obstante, resultaría infructuoso limitarnos a dicho nivel de análisis sin considerar que, según los albores de la política criminal foránea, se tornará o no como posible un marco punible para la tentativa por el delito corporativo.

Por esta razón, dependerá del ordenamiento jurídico precisar a partir de qué momento se considera mínimamente necesario el im-

poner una sanción contra las personas jurídicas por su delito corporativo. De este modo, al igual que las personas físicas responden con una disminución prudencial de la pena al comenzar una ejecución típica sin abarcar la configuración —consumación— completa o perfecta del injusto (tentativa) mediante la potencial perturbación de un determinado interés jurídico, la persona jurídica deberá responder de manera atenuada por su parcialización funcional del sistema de control de riesgos empresariales (defecto organizativo) que expresa un sentido débil e incompleto de identidad cultural defectuosa mínimamente suficiente para crear un contexto de posibilidad delictiva contra el orden jurídico.

Así mismo, en relación con lo expuesto anteriormente, podríamos sostener que el supuesto aquí planeado resulta comprendido por el párrafo segundo del apartado 2 del art. 31 bis del Código penal español toda vez que “en los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena”. Posibilidad que no queda descartada en Colombia, pues según el art. 5 de la Ley 2195, esto es, dentro del marco de fortalecimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción, se tendrán en cuenta criterios de graduación en las sanciones contra entidades corporativas, siendo previsto como circunstancia atenuante el grado de cumplimiento de las medidas cautelares.



6. CONCLUSIONES

Con base en el análisis realizado, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. El injusto de las personas físicas es distinto al injusto corporativo, pero acaban siendo complementarios. En el primer caso se respalda en la libertad y el segundo en la identidad cultural.
2. La tentativa en el injusto de las personas físicas es la creación del riesgo prohibido para el Derecho penal, mientras que el injusto de las personas jurídicas es lo anterior vinculado a la identidad cultural de la organización, poniendo en peligro bienes jurídicos tutelables por el Derecho penal. Una parcialización funcional del control de riesgos empresariales.
3. El injusto de la tentativa de las personas jurídicas es posible si adaptamos una idea de delito corporativo como creaciones de riesgos corporativos para la identidad cultural de la organización.

**2. CIRCUNSTANCIAS
EXIMENTES, ATENUANTES
Y AGRAVANTES**

Capítulo 4
***Especialidades en materia
de circunstancias eximentes,
atenuantes y agravantes***

MARÍA SOLEDAD GIL NOBAJAS*

1. INTRODUCCIÓN

Este estudio tiene por objeto analizar el papel que pueden cumplir determinadas circunstancias para eximir, atenuar o agravar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, para afrontar una respuesta penal eficaz frente al fenómeno de la corrupción en general, y de la corrupción vinculada al crimen organizado transnacional en particular.

A este respecto hay que recordar que la corrupción no es un problema limitado a la actuación de uno o varios individuos; posee por el contrario una dimensión estructural en el que confluyen prácticas estatales y organizacionales, lícitas e ilícitas, que dotan a este fenómeno de sistematicidad en la realización de conductas prohibidas (Olasolo & Galain Palermo, en prensa: 8). Una Política Criminal que realmente aspire a ser eficaz debe, por tanto, superar una visión reduccionista del problema de algunas “manzanas podridas” (Berdugo Gómez de

* Profesora contratada doctora en derecho penal de la Universidad de Deusto. Licenciada con Diploma de especialidad económica y doctora en Derecho en la misma universidad. Sus principales líneas de investigación se centran en la criminalidad empresarial, corrupción privada y pobreza y Derecho penal. Ha realizado estancias de investigación en el Centro de Derecho Penal de la Universidad de Nanterre-París X (Francia) y en el Instituto de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Friburgo de Brisgovia (Alemania). ORCID: 0000-0001-5333-1127.

la Torre, 2019: 179) y tomar en consideración medidas que ataquen a su naturaleza estructural. En un contexto en el que las empresas son las principales artífices de la dimensión contextual de corrupción, el reconocimiento de su propia responsabilidad y el fomento de la cooperación constituyen elementos esenciales como mecanismos de prevención de aquella (Bacigalupo, 2017: 60-61). En este sentido, hace tiempo que desde distintos organismos internacionales se ha puesto de manifiesto la prioritaria necesidad de fortalecer la integridad empresarial para combatir el fenómeno de la corrupción, particularmente cuando esta se asocia al crimen organizado transnacional. Lo anterior no constituye únicamente un mecanismo de creación de valor de la empresa, sino que, en lo que se refiere a este estudio, tiene incidencia directa en el plano de una eventual imputación penal en contra de la persona jurídica. Según este planteamiento, un mejor funcionamiento del sistema represivo debe ser estimulado mediante el reconocimiento de los esfuerzos que las personas jurídicas lleven a cabo para ser “buenas personas jurídicas” (ONU, 2013: 32).

Alentar y premiar estos esfuerzos a través de una regulación de circunstancias eximentes y atenuantes para las personas jurídicas contribuye en esta dirección. Igualmente, no hay que olvidar que la corrupción en el marco de la delincuencia empresarial transnacional es un fenómeno delictivo reincidente (Castro Cuenca, 2017: 17), consecuencia directa de su naturaleza estructural, lo que se manifiesta en dinámicas y prácticas corruptas perpetuadas en el tiempo. Por lo que tan importante como estimular y premiar en el marco de la regulación penal de la responsabilidad de las personas jurídicas los esfuerzos encaminados al fomento de una cultura de cumplimiento de la legalidad, mediante la regulación de eximentes y atenuantes, es castigar con mayor dureza a aquellas en las que no se han llevado a cabo dichos esfuerzos o han fracasado.

En atención a lo anterior, a nivel doctrinal y legislativo es posible identificar distintas circunstancias que, bien mitigan parcial o totalmente dicha responsabilidad, bien la agravan. No obstante, en el marco que ciñe esta investigación, se va a limitar el análisis comparado a aquellas circunstancias que brindan especial interés en el tratamiento jurídico-penal de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional.

En primer lugar, se abordará como circunstancia de exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica la existencia de un programa de prevención de delitos, también denominado programa de integridad, modelo de organización y gestión o, con una terminología más extendida, programa de *compliance*. Conviene dejar ya constancia de que en este estudio no va a ser objeto de análisis cuáles son los elementos o requisitos que debe reunir un programa de *compliance*, cuyo análisis es abordado en un capítulo posterior, sino exclusivamente las condiciones legales bajo las que opera la exoneración de la persona jurídica, a pesar de que obviamente son aspectos estrechamente vinculados. En efecto, el desarrollo e implementación eficaz de un modelo de prevención, con los requisitos que se exige para que, precisamente, contribuya con eficacia a la prevención de delitos, es condición esencial para una eventual exoneración, pero, como se verá, son necesarias otras circunstancias que también deben concurrir para que pueda eximirse de pena a la persona jurídica.

En el campo de las atenuantes, van a ser objeto de análisis la atenuante de colaboración o cooperación con la justicia. La previsión legal de esta atenuante busca fomentar comportamientos posteriores de la persona jurídica que faciliten la persecución judicial (Goena Vives, 2017: 82), lo que resulta especialmente importante en relación con el fenómeno de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Se pretende, por ello, incentivar, mediante el premio de una aminoración de la pena, la colaboración eficaz de la persona jurídica con la justicia mediante la aportación de información esencial para el proceso penal en relación con las complejas tramas de corrupción en las que participa, así como la restitución del beneficio ilícito obtenido y/o la reparación de las consecuencias negativas o perniciosas que genera el hecho corrupto.

En cuanto a circunstancias agravatorias, en consonancia con lo expuesto al inicio de esta introducción, la reincidencia aparece como la circunstancia agravatoria, por definición, para la persona jurídica, dado la naturaleza estructural de las prácticas corruptas.

Para el desarrollo de lo anterior, este estudio va a abordar un análisis multinivel de cada una de las circunstancias anteriores, la existencia de un programa de cumplimiento o de integridad con anterioridad a la comisión delictiva como como circunstancia eximente

de la responsabilidad penal, la colaboración como atenuante y la reincidencia como circunstancia agravante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Para ello se analizarán transversalmente los estándares universales y regionales existentes antes de introducirnos al análisis la regulación de los países de referencia no latinoamericanos (España y EE.UU.) y de América Latina (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú). Tras ello, se estudiará la regulación colombiana, realizando posteriormente un análisis comparativo en relación con los niveles aludidos. El estudio finalizará con una conclusión sobre si alguna de las previsiones estudiadas responde específicamente a la necesidad de abordar la corrupción vinculada al crimen organizado transnacional y se propondrá una estrategia de acción para América Latina y otra para Colombia.

2. EXENCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA POR LA IMPLEMENTACIÓN DE UN PROGRAMA DE PREVENCIÓN DE ACTOS DE CORRUPCIÓN

2.1. Consideraciones previas

Antes de comenzar con el análisis comparado en los Estados de referencia, resulta necesario aclarar, con carácter previo, que no existe una posición unánime sobre el papel que juega un programa de integridad o *compliance* en la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. En puridad, la posibilidad de exonerar y/o atenuar de responsabilidad a la persona jurídica está condicionado por el modelo dogmático que se defienda, de hetero-responsabilidad o de autorresponsabilidad. En el primero de ellos, que encuentra la sanción penal de la entidad en la traslación de la responsabilidad penal de la persona física, por su posición de representante legal, no cabría estrictamente la opción de una eventual exoneración de responsabilidad para la persona jurídica. Pero, incluso dentro de los modelos de autorresponsabilidad, en los que se desarrolla una imputación autónoma e independiente para la persona jurídica, tampoco existiría unanimidad en la doctrina sobre la naturaleza jurídica del programa de *compliance*. No obstante, como se verá, la gran mayoría de los sistemas jurídicos de referencia analizados regulan, con mayor

o menor alcance, la incidencia en la exclusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica que tiene la previsión previa a la comisión del delito de un modelo de un programa de integridad o modelo de *compliance*, con independencia de la posición dogmática que se defienda.

Por otro lado, la implementación previa de un programa de integridad es una circunstancia mitigadora de la responsabilidad graduable y, por tanto, también puede dar lugar a una exoneración parcial o atenuación. Esto puede suceder en dos situaciones que en ocasiones encuentran reflejo en las legislaciones penales de los Estados de referencia. Primera, la concreta legislación penal solo concibe atenuar, pero no excluir, de responsabilidad a la persona jurídica en esta hipótesis. Segunda, el programa de integridad ha fallado en su implementación y ejecución y no alcanza a exonerar, pero aún puede atenuar la responsabilidad. Lo que no va a ser objeto de análisis es el supuesto inverso, esto es, cuando el programa de cumplimiento se adoptó con posterioridad al delito. Esta situación solo podría dar lugar a una atenuante, que compartiría la misma función que la atenuante postdelictiva de colaboración que va a ser analizada comparativamente en este capítulo.

2.2. Estándares en el ámbito internacional

Dentro de las iniciativas internacionales que específicamente abordan el papel de los programas de integridad empresarial en la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de actos de corrupción asociados al crimen organizado transnacional, deben distinguirse las de ámbito universal (ONU y OCDE) y regional (OEA, Consejo de Europa y UE).

En el marco de la ONU, los principales textos normativos que abordan esta criminalidad, la Convención contra la Corrupción (2003) y la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000), no recogen en su articulado mención expresa sobre el efecto eximente de los programas de integridad. Aunque en ambas convenciones la importancia de la existencia de controles internos se destaca como medida preventiva eficaz contra la corrupción (art. 12 de la Convención de Mérida, referido al sector privado; art. 31.2.b) de la Convención de

Palermo, sobre medidas de prevención), es la Guía de recursos sobre medidas estatales para reformar la integridad empresarial de 2013, vinculada a la Convención de Mérida, la que expresamente se pronuncia sobre esta cuestión, pero de una manera laxa. En concreto, la Guía reconoce que el desarrollo e implementación de un programa de *compliance* puede constituir un factor que mitigue la responsabilidad de la persona jurídica, según lo que cada Estado disponga en su regulación penal, e incluso podrá servir de prueba de defensa para la persona jurídica por no impedir un acto de soborno por parte de un empleado o asociado para una salvaguardia completa de la responsabilidad penal. Según esto, la exoneración de la persona jurídica es posible con independencia del nivel que ocupa dentro de la organización la persona física que comete el delito.

En el ámbito de la OCDE, la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de 1997 tampoco incluye en su articulado especificidad alguna sobre el efecto eximente o, en su caso, atenuante de los programas de integridad. No obstante, sobre esta cuestión se pronuncia expresamente la Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de 26 de noviembre de 2009 (Recomendación Anti-Soborno de 2009). La Recomendación incluye una Guía de Buenas Prácticas (Anexo I), en la que expresamente se señala que deberá eximirse de responsabilidad a la persona jurídica que haya implementado un *compliance* eficaz (letra B referida al art. 2 del Convenio, sobre responsabilidad de las personas jurídicas). Pero lo más importante es que la Recomendación no otorga un alcance absoluto a la exoneración, puesto que se condiciona a la concreta modalidad delictiva por la que eventualmente se compromete la responsabilidad penal de la persona jurídica. En realidad, la Recomendación únicamente obliga a reconocer efecto eximente para la persona jurídica en un único supuesto, cuando el delito lo comete un subordinado, bien por haber fallado la supervisión de la persona con autoridad al más alto nivel, bien porque la implementación del modelo de prevención no ha sido eficaz. Fuera de este supuesto, la existencia de un programa de *compliance* diseñado y ejecutado para la prevención y detección de actos de corrupción, no puede servir para que la persona jurídica eluda su responsabilidad, cuando es la perso-

na con autoridad al más alto nivel quien comete el delito u ordena o autoriza su comisión a un subordinado.

Dentro de las iniciativas internacionales regionales, en el ámbito del Consejo de Europa el Convenio penal sobre la corrupción, de 17 de enero de 1999, sigue la misma tónica que los textos normativos internacionales a nivel universal al no incluir ninguna alusión sobre la posibilidad de exonerar de responsabilidad penal a la persona jurídica. No obstante, la regulación sobre la responsabilidad de las personas jurídicas que establece el Convenio de 1999 debe interpretarse a la luz de la Recomendación n° R 18 (1988) del Comité de Ministros de los Estados Miembros en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas por las infracciones cometidas en el ejercicio de sus actividades, de 20 de octubre de 1988. Esta Recomendación fue pionera en reconocer que la persona jurídica debe quedar exenta de responsabilidad “cuando su dirección no esté implicada en la infracción y haya tomado todas las medidas necesarias para evitar la comisión de la infracción” (Recomendación I, apartado 4). Implicación en el delito de la dirección que también surge por “faltar a sus obligaciones y haber generado con ello la comisión de una infracción” (Recomendación I, apartado 5). En consecuencia, se posiciona en la misma línea que la Recomendación Anti-Corrupción de 2009, al excluir del alcance de la exoneración la comisión de delitos cometidos por quienes ostentan una posición directiva en la persona jurídica¹.

¹ Comentario 23 al Anexo a la Recomendación 18 (88): “La recomendación I.4 debe leerse en relación con la recomendación I.1: en principio, la empresa debe exponerse a una responsabilidad, incluso cuando la infracción es ajena a su objeto social. Tan solo cuando sea manifiestamente injusto tener por responsable a la empresa esta debería ser exonerada de responsabilidad. Una empresa podría ser exonerada bajo dos condiciones mínimas: la primera es que la dirección —ya sea la dirección entera o uno o varios de sus miembros— no esté implicada en la infracción. El término «implicada» debería entenderse en un sentido amplio, de manera que se incluyan los casos en los que la dirección, aun no estando directamente implicada en la comisión de la infracción, ha aceptado con conocimiento de causa los beneficios resultantes. La segunda condición es que la dirección haya llevado a cabo todas las medidas necesarias para impedir que la infracción se produzca (por ejemplo, cuando un empleado se dedica a una actividad ilegal violando las instrucciones que la dirección ha dado y ha puesto en vigor para evitar la actividad ilegal de que se trate)”.

Aún a nivel internacional regional, no se recogen previsiones específicas sobre el efecto eximente de los programas de integridad en los instrumentos normativos ni documentos vinculados en el marco de la OEA ni de la UE.

De los instrumentos internacionales anteriores se desprende que, a pesar de que los programas de *compliance* desempeñan una función esencial en la prevención de actos de corrupción vinculados a la delincuencia organizada transnacional, en la medida en que aspiran a contrarrestar la dimensión estructural del problema y, correlativamente, se les reconoce efecto mitigador en la responsabilidad penal de la persona jurídica, los estándares internacionales difieren en cuanto al alcance de dicho efecto. Punto de partida, lógicamente, es que el programa de *compliance* debe ser adecuado para cumplir con su función preventiva y de detención de delitos (aspecto sobre el contenido del programa *compliance* que no es objeto de análisis en este estudio), lo que plantea el problema de cómo valorar su eficacia en sede judicial, pues de ello depende cuál será su incidencia en el castigo a la entidad, ya que en una organización empresarial, sobre todo en las de mayor tamaño y con proyección transnacional, no es posible controlarlo todo. A partir de aquí se aprecian dos tendencias: (a) en el ámbito de la ONU, la decisión sobre la naturaleza eximente o meramente atenuante del programa de integridad es decisión de cada Estado, pudiendo abarcar, en el primer caso, cualquier situación, es decir, cualquiera que sea el nivel jerárquico de la persona física que comete el delito; y (b) más restrictiva es la postura en el marco de la OCDE y del Consejo de Europa, ya que, por un lado, contemplan otorgar obligatoriamente efecto eximente al programa de integridad, pero, por otro, únicamente en los casos en los que no esté involucrado un sujeto de alto nivel directivo, en el sentido de que el delito lo haya cometido directamente, lo haya ordenado o lo haya autorizado. Esta última parece la respuesta más adecuada en el tratamiento del fenómeno de la corrupción asociado al crimen organizado transnacional, en atención a su dimensión estructural, puesto que a mi juicio es una contradicción admitir la exoneración de la persona jurídica cuando las mismas personas responsables de fomentar una cultura anticorrupción son quienes participan directamente en prácticas corruptas, las ordenan o autorizan. De ser así, se estaría incumpliendo, en

primera instancia, una de las condiciones esenciales de un programa de *compliance* para que este resulte eficaz.

2.3. Regulación en los países no latinoamericanos de referencia

2.3.1. Primera aproximación

Según se ha indicado antes, la función que se reserva a los programas de integridad o cumplimiento en la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, siendo una cuestión en todo caso controvertida a nivel doctrinal, depende en primera instancia del modelo de responsabilidad asumido legislativamente. En un sistema de (auténtica) responsabilidad derivada, carece de virtualidad la existencia o no de un modelo de prevención de delitos, puesto que al seguir un esquema civilista basado en la imputación a la persona jurídica de lo que hace (el delito) su representante, no caben circunstancias propias o autónomas de la persona jurídica que excluyan su responsabilidad.

Sin pretender adentrarnos en esta espinosa cuestión dogmática, lo anterior presenta el escenario del análisis comparado que sigue en los Estados de referencia no latinoamericanos. Los modelos de hetero-responsabilidad o responsabilidad derivada fueron los primeros en desarrollarse doctrinalmente, y ello ha influido en la regulación penal de los países que han sido pioneros en incorporar a sus legislaciones penales la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Teniendo presente esta premisa, en lo que sigue se analizarán comparadamente la regulación española y la de EE.UU., en las que se presentan diferencias notables en el tratamiento de esta cuestión de acuerdo con los estándares internacionales para combatir eficazmente el fenómeno de la corrupción asociada a la criminalidad organizada transnacional.

2.3.2. España

Con independencia del debate doctrinal y jurisprudencial (SSTS 154/2016, de 29 de febrero, y 221/2016, de 16 de marzo) que ha suscitado en España la naturaleza jurídica del programa de cumpli-

miento o *compliance*, el art. 31 bis, en su apartado 2, establece las condiciones por las que la persona jurídica “quedará exenta de responsabilidad”. Se distinguen dos vías de exoneración en función de que la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas nazca de un “delito de directivos”, letra a) del art. 31 bis, o lo haya cometido un subordinado por incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia o control de aquellos, según la letra b) del mismo precepto.

En el primer caso, deben concurrir las siguientes condiciones: (a) adopción y ejecución previa al delito por parte del órgano de administración de un modelo de organización y gestión eficaz para prevenir delitos de la misma naturaleza que el que se ha cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; (b) existencia de un órgano de cumplimiento que supervise el funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención, que deberá ser un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; (c) elusión fraudulenta del modelo de prevención por los autores individuales; y (d) el órgano de cumplimiento no ha omitido o ha realizado insuficientemente sus funciones de vigilancia y control.

Por su parte, si el delito lo comete un subordinado de la persona jurídica respecto de los sujetos definidos en la letra a) del art. 31 bis, en la regulación española será suficiente para la exoneración de la persona jurídica que esta cuente antes de la comisión del delito de un modelo de organización y gestión eficaz, es decir, únicamente se exige la primera de las condiciones que se acaban de señalar. La regulación penal se completa con la posibilidad de que la existencia previa a la comisión del delito opere como atenuante de responsabilidad, en el caso de que las condiciones que se acaban de señalar “solamente puedan ser objeto de acreditación parcial” (art. 31 bis 2, último párrafo).

En ausencia de resoluciones judiciales, por el momento, en las que se haya planteado el valor eximente de la existencia de un programa de integridad o cumplimiento en la atribución de la responsabilidad penal de la persona jurídica, la regulación española presenta tanto luces como sombras. Por un lado, la LO 1/2015, de 30 de marzo, vino a subsanar lo que, a juicio de una parte de la doctrina,

era un grave defecto de la regulación penal, al no contemplar legalmente la posibilidad de eximir de responsabilidad si la entidad tenía implementado y ejecutado eficazmente un programa de *compliance*, pero si la posibilidad de que la implementación posterior al delito atenuara la pena (Gómez Benítez, 2009: 205, 209). Con ello se daba, además, cumplimiento a la recomendación del Grupo de Trabajo de la OCDE, que ya había hecho indicación de la inobservancia de este aspecto en el seguimiento de la adecuación de la regulación española a las previsiones de la Convención (Informe Fase 3, 2012: 32).

No obstante, no se divisa cumplimiento, en cuanto al alcance de la exención, de los estándares más estrictos en el plano internacional (OCDE y Consejo de Europa), puesto que el CP español admite la exención de la responsabilidad de la persona jurídica por existir previamente al delito un programa de integridad en las dos hipótesis de responsabilidad que regula el art. 31 bis, es decir, tanto si el delito lo comete, ordena o autoriza un sujeto situado en la cúpula de la organización, como si lo hace un subordinado por producirse un fallo en los deberes de supervisión, vigilancia y control. No en vano, el Grupo de Trabajo de la OCDE pone de manifiesto igualmente esta cuestión (Informe Seguimiento Fase 3, 2015: 14), recomendando que, en el primer caso, la existencia de un *compliance* no ha de servir de defensa para la persona jurídica. A esta postura parece adscribirse la STS n° 742/2018, de 7 de febrero, al señalar que en el supuesto de la letra (a) del art. 31 bis, delito de directivos se “excluye la necesidad de especificar si ha intervenido o no incumplimiento grave de los deberes de supervisión o control”.

Junto a lo anterior, no parece que se justifique el doble rasero legal en las condiciones de exoneración, en función de la persona física que comete el delito. Esta circunstancia no ha pasado por alto por parte la doctrina y la Fiscalía General del Estado. Según la Circular 1/2016, los requisitos para que opere la exención en los dos supuestos de responsabilidad deben interpretarse unitariamente. Dicho de otra manera, si la primera condición que se exige para eximir de pena es la implementación y ejecución de un “modelo de organización y gestión” que haya resultado eficaz, esto último no se consigue si, además, no se cumplen con el resto de las condiciones (designación del oficial de cumplimiento y ausencia de omisión o ejercicio

insuficiente de las funciones por parte de este), puesto que también son condiciones que afectan a la eficacia del programa.

La única diferencia puede encontrarse en la condición 3ª del apartado 2 del art. 31 bis, en el sentido de que si el delito lo comete un sujeto situado en el más alto nivel de la organización, lo debe cometer eludiendo fraudulentamente el programa de *compliance*, mientras que si el delito lo comete un subordinado, lo que se exige es que este lo haya cometido por incurrir el sujeto a cuya autoridad está sometido en un incumplido gravemente de los deberes de supervisión, vigilancia y control, atendidas las circunstancias del caso. Aunque parcialmente ambos requisitos se identifican en alguna hipótesis, e incluso se ha considerado disfuncional la existencia de elusión fraudulenta por desincentivar la cooperación y reparación del daño (Nieto Martín, 2019: 8), la Circular 1/2016 defiende esta interpretación cuando dentro del elenco de indicios para valorar la eficacia del programa de *compliance* alude, precisamente, a que el delito lo cometa un directivo o sujeto posicionado en el nivel jerárquico superior o a que los máximos dirigentes de la entidad no hayan promovido una cultura de cumplimiento.

2.3.3. Estados Unidos

Desde que la responsabilidad penal de las personas jurídicas fuera consagrada en el sistema penal en el año 1909 (*New York Central & Hudson River Railroad v. United States*, 212 U.S. 481), EE.UU regula un modelo de responsabilidad objetiva o derivada en sentido estricto (*respondeat superior*). En sintonía con esta base, la FCPA, principal fuente de regulación para castigar los actos de corrupción asociados al crimen organizado transnacional, así como la normativa para combatir el lavado de dinero (18 U.S.C. §§ 1956-1957) y el fraude fiscal (26 U.S.C. §§ 7201-7217), no reconocen efecto eximente al programa de *compliance* o integridad implementado por una persona jurídica con anterioridad a la comisión del delito.

Las *United States Sentencing Guidelines* (USSG) han supuesto un punto de inflexión, no obstante, en la aplicación práctica de la regulación estadounidense. Las USSG, actualizadas progresivamente desde que las primeras *sentencing guidelines* federales fueran aprobadas

en 1987 (Villegas García, 2016: 299), contienen las directrices para sancionar a las personas jurídicas y establecen en la determinación e individualización de la pena un complejo sistema de puntos. Conforme a él, la existencia previa a la comisión del delito de un programa de cumplimiento o integridad es un factor más a considerar en la pena impuesta a la persona jurídica (§ 8C2.5 *Culpability Score*). Acorde con este sistema de puntos, a las medidas, tanto *ex ante* como *ex post*, que haya adoptado la persona jurídica para la prevención y detección de delitos se les atribuye exclusivamente efectos atenuantes (Ortiz de Urbina & Chiesa, 2019: 1506). No obstante, puede decirse que el programa de cumplimiento también posee valor eximente de *facto* (Ortiz de Urbina & Chiesa, 2019), puesto que son tenidos en cuenta en el ámbito de proceso para alcanzar un acuerdo con la Fiscalía, por la vía de los denominados DPAs (*deferred prosecutions agreements*) y NPAs (*non prosecutions agreements*). Aunque presentan diferencias en cuanto a su tramitación y condiciones, implican, en esencia, que la empresa no será castigada penalmente².

La regulación estadounidense no contempla la exención de responsabilidad de las personas jurídicas que hayan tomado medidas de control interno para la prevención y detección de actos de corrupción, apartándose así de la tónica imperante en el Derecho comparado. Señalan Ortiz de Urbina y Chiesa (2019) que alrededor de un 1% de los casos anuales de condenas a personas jurídicas por aplicación de la *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA) consiguen la reducción máxima de la culpabilidad de la persona jurídica por existencia de un programa de cumplimiento previo al delito (3 puntos). Con ello se evidencia que EE.UU. se alinea con los estándares más flexibles en el ámbito internacional en el que se deja libertad a los Estados la decisión de si esta circunstancia puede tener meramente efectos atenuantes o eximentes en la responsabilidad penal de la entidad, lo que a juicio del Grupo de Trabajo de la OCDE dota al sistema de cierta “arbitrariedad” (Informe Fase 4, 2020: 90). Hay, no obstante,

² En puridad, solo los NPAs suponen que no va a haber cargos contra la empresa y por tanto esta no tiene que admitir su responsabilidad. No obstante, aunque en los DPAs sí hay cargos, la persecución queda diferida, con mayores condiciones. En cualquier caso, señala Goena Vives que se firman más acuerdos por la vía de los NPAs que mediante DPAs (2017: 293).

dos circunstancias que impiden que el programa de cumplimiento tenga un efecto reductor de la pena: por un lado, que la empresa haya demorado injustificadamente la autodenuncia (§ 8C2.5. (f) (2) USSG); por otro, cuando un directivo o sujeto situado al más alto nivel de la empresa o un especialista en el diseño e implementación del programa ha participado en el delito, lo ha tolerado tácitamente o era conscientemente ignorante de su comisión (§ 8C2.5. (f) (3) USSG). En concreto, esta última condición toma partido por la postura internacional más restrictiva que defiende la OCDE, como se expuso en su momento.

De las características principales reseñadas del sistema federal estadounidense, se desprende que la falta de previsión expresa que reconozca la ausencia de responsabilidad penal de la persona jurídica en los casos en los que se pruebe la solvencia de los mecanismos internos de prevención de actos de corrupción, puede poner producir un efecto negativo en la articulación de incentivos por parte de las empresas para que se organicen adecuadamente, evitando prácticas corruptas. En este sentido, debe valorarse positivamente que la rigurosidad de la doctrina del *respondeat superior* en cuanto a la aceptación de eximentes de la responsabilidad penal, se ha visto amortiguada, en cierta medida, con la posibilidad de llegar a acuerdos procesales que permiten la suspensión del procedimiento.

2.3.4. Análisis comparado de los sistemas jurídicos españoles y norteamericano

De acuerdo con las principales características que se han reseñado respecto de los dos países de referencia no latinoamericanos, es innegable la trascendencia que en ambos sistemas poseen los programas de cumplimiento como principal medida preventiva para la corrupción en el ámbito corporativo, tal y como han puesto de manifiesto desde las distintas instancias internacionales universales y regionales. En una primera aproximación, puede decirse que ambas regulaciones parten de la misma realidad, considerar que la realización de prácticas corruptas por parte de la empresa es primordialmente resultado de una cultura empresarial que recurre a ellas en su búsqueda de beneficio o, cuanto menos, las tolera. Asumiendo,

en consecuencia, este elemento común que visibiliza la dimensión estructural que caracteriza la corrupción, en particular cuando se asocia al crimen organizado transnacional, las diferencias surgen en el plano de la articulación de la existencia del programa de cumplimiento en el modelo de responsabilidad de las personas jurídicas regulado por ambos países y, fundamentalmente, en cuanto a su efecto jurídico-penal y alcance. A estas diferencias contribuye, en gran medida, tanto la tradición jurídica de estos dos países, como la convivencia de distintas tendencias a nivel internacional, como se expuso en su momento.

De acuerdo con lo anterior, la raíz de estas diferencias se sitúa, sin duda, en la distinta base teórica de ambos modelos. El modelo norteamericano de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica sigue un esquema civilista, con una asentada tradición de más de un siglo. No es de extrañar, por ello, que siendo EE.UU. el primer país en prohibir con la prohibición de la FCPA en 1977 las prácticas corruptas por sobornos a funcionarios públicos extranjeros realizadas por empresas nacionales y no nacionales con vinculación con este país, la regulación penal sustantiva no concede valor eximente a los programas de cumplimiento. Pero, aunque la doctrina del *respondeat superior* es el elemento central del régimen penal aplicable a las personas jurídicas, no es el único que lo define, puesto que los aspectos relativos al comportamiento de la propia persona jurídica son objeto de valoración al analizar su culpabilidad en el marco de la individualización de la pena (Villegas García, 2016: 292). Su eficacia se relega, pues, a la medida y cuantificación de la multa imponible.

Junto a esto, otro elemento central del modelo deriva de las características del sistema procesal penal norteamericano y del principio de oportunidad que lo sustenta, de manera que serán los fiscales de quien dependa la valoración de la eficacia del programa de cumplimiento o integridad (Villegas García, 2016: 293), junto a otras circunstancias también orientadas al comportamiento de la persona jurídica, positivas y negativas. Por ello, aunque estrictamente la implementación del sistema de *compliance* solo permitiría una reducción, considerable, eso sí, de la culpabilidad y penalidad de la empresa, adquiere su máximo protagonismo en fórmulas transaccionales o negociadas entre la persona jurídica y la acusación pública, a los efectos

de no formular una acusación penal, habiéndose convertido en los últimos tiempos la forma más habitual de actuación de los fiscales³.

El modelo penal español, de tardía introducción en comparación con EE.UU., ha permitido que, tras una primera etapa de cierta confusión en esta cuestión hasta la reforma operada por la LO 1/2015, la filosofía autorreguladora ya forme parte de la regulación sustantiva y configure, no sin críticas, su razón de ser. Por lo demás, esta orientación sustantiva ha sido refrendada, como se vio, por el Tribunal Supremo español (fundamentales, SSTS, 2ª, 154/2016, de 29 de febrero, y 221/2016, de 16 de marzo), para el que el defecto organizativo-estructural de la persona jurídica es el núcleo de la tipicidad de la persona jurídica, por permitir o tolerar el hecho delictivo cometido por los suyos en su beneficio. Conforme a esto, si la persona jurídica tenía implementado con carácter previo al delito un modelo de organización y gestión que se acredita durante el proceso que fue eficaz, estamos en realidad ante una causa de atipicidad de la persona jurídica. Pero a diferencia del sistema judicial estadounidense, esta situación ha de ser acreditada en un proceso penal y validado por la autoridad judicial, consecuencia de la vinculación de la Fiscalía en el caso español al principio de legalidad y a la carga de la prueba que se le impone en este caso. De otra forma, en ambos modelos el peso principal en la verificación de si el programa de cumplimiento fue o no eficaz para que sirva de inmunidad de la persona jurídica reside, en primera línea, en la labor de la acusación pública, pero la decisión final en el sistema español corresponde, en todo caso, al juez o tribunal y, en consecuencia, se somete a un control judicial que no opera en el modelo norteamericano, donde los fiscales, dado el amplio poder que poseen en la aplicación del *ius puniendi*, van incluso más allá, asumiendo prácticamente funciones cuasi-legislativas (Goena Vives, 2017: 254). A pesar de las críticas vertidas a esta falta

³ Señala Villegas García (2020: 119) en su estudio respecto de los procesos contra personas jurídicas por vulneración de la FCPA, que en los años 2012, 2013, 2015, 2017 y 2018, según las fuente consultadas, el 100% de las acciones entabladas por el Department Of Justice finalizaron mediante DPA, NPA o, desde 2018, de una declination letter o declination with disforgegment. En 2016 fueron el 92%, en 2014 el 71%, en 2011 el 82% y en 2010 el 94%.

de control judicial (Ortiz de Urbina Gimeno & Chiesa, 2018: 1536 ss.), no hay duda de que hoy en día EE.UU. lidera el panorama internacional en la persecución del fenómeno de la corrupción asociada a la delincuencia organizada transnacional, algo a lo que no es ajeno el carácter extraterritorial de las disposiciones de la FCPA.

En la valoración de la aceptación o rechazo de la inmunidad de la persona jurídica, y según las fórmulas procesales expuestas, EE.UU. no concede autonomía a la existencia del programa de integridad previo al delito. Confluyen otros elementos de índole atenuante y agravatoria bajo el paraguas común de la autorregulación empresarial, y que operan conjuntamente en la valoración y decisión final según el complejo sistema de reglas que dispone las USSG. Sin perjuicio de que posteriormente será objeto de análisis comparado la mitigación en la penalidad que conlleva la cooperación de la persona jurídica con las autoridades, debe advertirse que esta última en sí misma permite una reducción en puntos de la culpabilidad de la entidad mayor que el programa de cumplimiento, si bien es innegable la estrecha conexión que existe entre ambas en algunos supuestos⁴.

Por el contrario, la regulación penal española pivota exclusivamente en torno al cumplimiento corporativo, por un lado, en la identificación de sus elementos principales (esto es, contenido del programa de cumplimiento), así como las condiciones legales para que su existencia conduzca a la exoneración (diferentes según la posición jerárquica de la persona física que materialmente cometió el delito). Lo que no recoge el Código Penal (CP) español son los criterios que orientan la labor de la acusación pública y del juez o tribunal para valorar la “eficacia” del sistema, a diferencia de la detallada regulación que ofrecen las *Organizational Sentencing Guidelines*. A falta

⁴ No obstante, como se expondrá posteriormente, no es posible establecer compartimentos estancos entre ambas variables, puesto que tal y como se concibe en las USSG la colaboración eficaz de la persona jurídica, una forma de manifestarse consiste en la denuncia voluntaria y temprana de los hechos por parte de la persona jurídica, que han podido ser conocidos a través de una investigación empresarial interna. De manera que en estos supuestos la colaboración es, en realidad, un elemento que evidencia la buena salud del programa de cumplimiento, debido a que, aunque no lo evitó, detectó su realización y no la toleró.

de jurisprudencia, por el momento, en el caso español, los únicos criterios con que se cuenta son los que la Fiscalía General del Estado ha apuntado en la Circular 1/2016; criterios valiosos, pero que no han sido objeto de desarrollo particularizado.

Un elemento en el que aparentemente reinaría sintonía en ambas regulaciones es el relativo al alcance del valor eximente del programa. Se recordará que la tendencia internacional más estricta en esta cuestión, de la mano de la OCDE, apela a los Estados a excluir la defensa de la persona jurídica cuando en el delito está involucrado un sujeto de alto nivel directivo por haberlo cometido directamente, haberlo ordenado o autorizado. De entrada, según ha puesto de manifiesto el Grupo de Trabajo de la OCDE, la regulación española no cumpliría, aparentemente, dicho estándar. Tanto si se trata de este supuesto, como si el delito lo comete un subordinado, es posible alegar la exoneración de la persona jurídica si con anterioridad al delito se implementó eficazmente un modelo de organización y gestión para la prevención de delitos.

Menos recelos parece suscitar el modelo norteamericano, condicionado por la discrecionalidad que se atribuye a la acusación pública para valorar el grado de “solidez” del programa de cumplimiento. En este sentido, también actúa como factor a valorar el rango jerárquico de la persona que llevó a cabo el delito, lo ordenó o toleró, lo que puede enervar la defensa de la persona jurídica.

En el caso español, podrían compatibilizarse las condiciones legales a las que se somete la exoneración con los requerimientos internacionales por vía interpretativa. Así, el art. 31 bis CP español impone condiciones más restrictivas para la exoneración cuando se trata de un delito de “directivos” que de “subordinados” que, según se expuso, únicamente se diferenciarían en una variable: es necesario que el representante legal o sujeto con poder para tomar decisiones en nombre o por cuenta de la persona jurídica, u ostente facultades de organización o control haya eludido fraudulentamente el sistema de *compliance*, mientras que si el delito lo comete un subordinado, ha debido ser posible por el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control asignados a aquellos, según las circunstancias concretas del caso. De manera que en este primer supuesto quien deberá acreditar la eficacia del sistema frente a una

“manzana podrida” situada en la cúpula directiva corresponderá a la defensa de la persona jurídica, no al Ministerio Fiscal. No obstante, resultará complejo en la práctica hacer valer este aspecto, principalmente en el ámbito de los actos de corrupción asociados a la delincuencia organizada transnacional, puesto que la falta de compromiso ético de quienes principalmente deben fomentar al interior de la organización una cultura de cumplimiento normativo, contradice su espíritu a través de la comisión directa del delito, favoreciéndolo o tolerándolo.

2.4. Regulación en los países latinoamericanos de referencia

2.4.1. Primera aproximación

Como se adelantó anteriormente, aunque el efecto eximente de la existencia previa al delito de un programa de integridad o cumplimiento ha estado dogmáticamente vinculado a los modelos de autorresponsabilidad, todas las regulaciones penales de los Estados de referencia que contemplan la responsabilidad penal de la persona jurídica acogen esta circunstancia, con independencia de la discusión en torno a su adscripción, más o menos clara, a un modelo de heterorresponsabilidad (en realidad, al igual que la regulación española, se acogen fórmulas mixtas entre la hetero y la autorresponsabilidad de la persona jurídica). A continuación, se expondrán los elementos centrales de cada regulación en atención a los estándares internacionales para combatir el fenómeno de la corrupción vinculada con el crimen organizado transnacional.

2.4.2. Argentina

La Ley 27.401 de 2017, de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de cohecho, concusión y otros delitos, regula en su art. 9 la exención de la pena, siempre que concurren simultáneamente tres condiciones. Entre ellas aparece en segundo lugar el que “hubiera implementado un sistema de control y supervisión adecuados en los términos de los arts. 22 y 23 de la ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo

de los intervinientes en la comisión del delito”. Además de esto, deben concurrir igualmente para que opere la exoneración que: (a) la persona jurídica haya denunciado espontáneamente el delito como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; y (b) hubiera devuelto el beneficio indebido obtenido. En opinión de Donna, esta previsión legal buscaría cumplir dos fines: uno, preventivo-general, para evitar los actos de corrupción en las empresas; otro, preventivo-especial, una vez cometido el delito, al exigir “una especie de arrepentimiento mediante la devolución de los efectos del delito y la confesión del hecho delictivo (2019: 1371). Junto a esta eximente, la existencia de un programa de *compliance* también opera en el marco de la graduación de la pena, en atención al incumplimiento de reglas o de procedimientos (Montiel, 2018: 138), en caso de que aquel haya resultado fallido para la prevención del delito.

Esta regla de exoneración es aplicable con independencia de la posición o cargo que ostenta la persona física que comete el delito.

En contraposición, ni el CP argentino por el que se contempla el castigo a las personas jurídicas por blanqueo de bienes (art. 304), ni la Ley 24.769, en relación con las defraudaciones tributarias, prevé exención de responsabilidad por razón de tener implementado y ejecutado eficazmente un programa de integridad con anterioridad al delito. En consecuencia, en este ámbito delictivo toda defensa de la persona jurídica de que sus medidas y controles internos para prevenir este tipo de delitos, también manifestación de la corrupción organizada transnacional devendría inútil.

La existencia, como se acaba de exponer, de dos modelos de sanción para la persona jurídica en el que, en uno se concede efecto eximente a la existencia previa de un programa de integridad eficaz (Ley 27.401), mientras que se excluye dicha posibilidad en el otro (lavado de activos, régimen penal tributario), resulta políticamente disfuncional para abordar adecuadamente en fenómeno de la corrupción. Por un lado, porque la dispersión normativa y falta de sistematicidad en torno al papel que juega el *compliance* en la configuración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en función del acto de corrupción y normativa aplicable, hace correr el riesgo de que las personas jurídicas no encuentren motivos incenti-

vadores “para invertir recursos en la implementación de un programa de cumplimiento” (Montiel & Seitún, 2020: 7), neutralizando el efecto disuasorio que tratan de conseguir. O que, en otro escenario, diseñen distintas estrategias organizativas, según el delito en cuestión (Montiel, 2018: 143). Debería, de *lege ferenda*, establecerse un único régimen para todos los supuestos de responsabilidad penal de la persona jurídica (Montiel, 2018: 145).

Por otro lado, aunque en el ámbito de la Ley 27.401 se sigue la estela del resto de legislaciones sobre el valor de defensa corporativa del programa de integridad, siempre que este haya resultado adecuado, se aleja de los estándares internacionales más estrictos sobre el alcance de la exoneración, ya que admite la exoneración de la persona jurídica en cualquier supuesto. Es decir, también cuando la comisión delictiva la lleva a cabo un sujeto situado al más alto nivel de la empresa, lo que pondría en cuestión el que realmente el programa de integridad haya sido eficaz. Así lo ha puesto de manifiesto el Informe del Grupo de Trabajo de la OCDE (OCDE, 2019: 12). Tampoco, hasta la fecha, se cuenta con decisiones judiciales o directrices de la Fiscalía que, en aplicación de la Ley 27.401, y en ausencia de previsión legal específica al respecto, clarifiquen la virtualidad del art. 9 (Merola, 2020: 29), así como aborden las diversas cuestiones problemáticas que plantean cada una de las condiciones de exoneración, que deben concurrir cumulativamente.

2.4.3. Brasil

En la actualidad no se regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El proyecto de ley del Senado 236/2012, de reforma del Código Penal brasileño no contiene ninguna previsión sobre la posibilidad de exonerar de responsabilidad a la persona jurídica por la existencia previa al delito de un programa de integridad eficaz.

Lo anterior puede resultar coherente con el hecho de que solo castiga a la persona jurídica en supuestos en los que el delito lo comete la persona física del más alto nivel en la empresa. Y se recordará que los estándares internacionales en el marco de la OCDE y del Consejo de Europa excluían la posibilidad de defensa de la persona jurídica en estos supuestos. No obstante, es de advertir que el pro-

yecto no contempla ni exoneración ni atribución de responsabilidad penal si el delito lo comete un subordinado de las personas situadas en la cúpula directiva. Aunque está por verse si el actual proyecto finalmente verá la luz, la doctrina critica la ausencia en la regulación de incentivos significativos a la adopción de programas que fomente una ética de cumplimiento y prevención de delitos, puesto que en todo caso serán penalmente responsables (Januário, 2020: 20), puesto que el proyecto se adscribe a un modelo estricto de responsabilidad indirecta o vicarial (Galvao da Rocha, 2018: 16), que a juicio del Grupo de Trabajo de la OCDE no cumpliría con el estándar exigido en la materia (Informe Fase 3, 2014: 22; Informe de Seguimiento Fase 3, 2017: 14). De ahí se deriva que la defensa de la persona jurídica en juicio devendría una labor hercúlea, puesto que se impide prácticamente hacer ninguna averiguación sobre su organización y actuación (Januário, 2020: 20).

2.4.4. Chile

Chile ha sido el primer país de América Latina en consagrar la responsabilidad penal de las personas jurídica, aunque de aplicación limitada exclusivamente a los delitos que corrupción que define el ámbito de aplicación de la Ley 20.393, de 2 de diciembre de 2009, precisamente como uno de los requisitos de ingreso en la OCDE (Gutiérrez, 2018: 467). A requerimiento, igualmente, de esta organización, la Ley fue posteriormente modificada por la Ley 21.121, de 20 de noviembre de 2018, en otros aspectos que, a pesar de su importancia, no afectan a la cuestión que ahora se analiza. Punto de partida en el tratamiento jurídico-penal de la implementación y ejecución de un programa de integridad con anterioridad a la perpetración del delito es lo dispuesto en el art. 3°. En él se establece las condiciones para la imputación penal a la persona jurídica por actos de corrupción, exigiendo, entre otras, como condición que se hayan incumplido los deberes de dirección y supervisión. Como contrapartida a esta condición, el párrafo tercero del mismo precepto especifica que, se entenderán que no se han incumplido aquellos cuando la persona jurídica “hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido”, conforme a los requisitos que este debe

reunir para considerarse eficaz, en virtud de lo dispuesto en el art. 4. Es importante señalar que también la legislación chilena abre la puerta a la exoneración de la persona jurídica tanto si el delito que la beneficia lo comete una persona de alto nivel o un subordinado. A mayores, la doctrina también se ha mostrado favorable a la exención de la persona jurídica en ausencia de un modelo de prevención, dado que el art. 3 de la Ley 20.393 establece su implementación con carácter facultativo (“podrán adoptar”), en la medida en que la entidad cuente con medidas de prevención delictiva que puedan considerarse equivalentes a la adopción de dicho modelo (Hernández, 2010: 226; Navas & Jaar, 2018: 1039; Bedecarratz, 2020: 705 et. seq.).

Siendo la regulación pionera en la materia en los países latinoamericanos de referencia, Chile apostó ya por fomentar que las personas jurídicas fueran herramientas centrales para la prevención de la corrupción, en sintonía con la postura internacional, tanto universal como regional, al respecto. Con todo, y más allá de la valoración que merezcan los elementos que el art. 4 de la Ley establece de concurrencia obligatoria para el desarrollo de un modelo de prevención de delitos, una parte de la doctrina ha considerado que afectan al principio de legalidad (Berrecarratz, 2018: 215). Además, la legislación penal chilena incurre en la misma objeción que plantean otras legislaciones de la región latinoamericana. Del texto de la ley no se desprende limitación en cuanto al alcance de la exención para la persona jurídica, de manera que el *compliance* también puede servir de defensa cuando el delito lo comete, ordena u autoriza una persona situada al más alto nivel de la organización. Por ello, no se seguirían en esta cuestión las recomendaciones internacionales sobre la exclusión de la exoneración en estos casos, algo que ya ha puesto de manifiesto el Grupo de Trabajo de la OCDE, considerando su alcance demasiado amplio —*overbroad*— (OCDE, 2018: 50).

En este sentido, las escasas decisiones judiciales que desde 2009 existe en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas no resuelven por vía de interpretación jurisprudencial esta cuestión, puesto que en ninguno de los casos en los que se ha castigado a la entidad involucrada, siendo igualmente responsable los propietarios o directivos de alto nivel, se planteó la existencia de un programa de integridad (OCDE, 2021: 12; OCDE, 2018: 50).

2.4.5. México

El valor eximente de la adopción y ejecución previa al delito de un programa de cumplimiento se deduce, en la regulación mexicana, del art. 421 Código Penal Federal, en conexión con el art. 11 CFN, que precisamente fue reformado en el año 2016 siguiendo las recomendaciones del Grupo de Trabajo de la OCDE al respecto (OCDE, 2014: 51). Así, conforme a la actual regulación no habrá responsabilidad para la persona jurídica si existió observancia del “debido control en la organización”. No obstante, la regulación mexicana no hace mención específica a la implementación de un programa de *compliance* ni los requisitos que este debe reunir (OCDE, 2018: 42). Por otro lado, México no se desmarca de la regulación de otros Estados del entorno, puesto que la posibilidad de eximir de pena a la persona jurídica, observado el debido control, alcanza a todo supuesto que puede comprometer la responsabilidad penal de la persona jurídica, es decir, con independencia de la posición o cargo que ostente en la organización la persona física que comete el delito.

Los dos aspectos que se acaban de exponer constituyen las debilidades que se observan a la regulación mexicana sobre circunstancias eximentes para la persona jurídica en el marco de un abordaje eficaz del fenómeno de la corrupción vinculado al crimen organizado internacional. Algo que no ha pasado al Grupo de Trabajo de la OCDE. Además de cuestionar los términos en que el art. 422 CNN plantea la exención de la persona jurídica, igualmente ha puesto de manifiesto la falta de adecuación con el estándar establecido en la Recomendación Anti-Soborno de 2009, debido a que, para condenar a la persona jurídica, habrá que probar que hubo una inobservancia del debido control también cuando el delito lo comete un directivo de alto nivel comete el soborno al funcionario público extranjero u ordena o autoriza a un subordinado a realizar el soborno (OCDE, 2009: 42). En respuesta, las autoridades mexicanas indican en ese mismo informe que hay una presunción de que falló el debido control en ese supuesto, esto es, una inversión de la carga de la prueba, en consonancia con la línea que algunas resoluciones han mantenido en relación con el delito de blanqueo de capitales sobre la acreditación de la legí-

tima procedencia de los bienes⁵, y del delito de contrabando en cuanto a la presunción legal de la existencia del hecho delictivo⁶ (OCDE, 2018: 42).

En cuanto a los estándares aplicables sobre el debido control, la OCDE ha recomendado a México clarificar el contenido del art. 422 CCN en conexión con lo dispuesto en la Ley General de Responsabilidades Administrativas de 2016, que regula la política de integridad de las personas jurídicas en su art. 25. No obstante, en el último Informe de seguimiento, del año 2018, el Grupo de Trabajo indicaba que las autoridades mexicanas no habían tomado medidas en esta dirección, lo que, a su juicio, pone en riesgo los esfuerzos para incentivar los programas de cumplimiento anticorrupción a través de la Ley General de Responsabilidades Administrativas (OCDE, 2018: 9)

2.4.6. Perú

No se prevé la posibilidad de exonerar a la persona jurídica en el régimen de “consecuencias accesorias” del art. 105 CP peruano (consideradas sanciones penales en sentido estricto por Acuerdo Plenario n° 7-2009/cj-116, de 13 de noviembre de 2009, de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú). Tampoco concede posibilidad de exoneración la regulación de las consecuencias accesorias que recoge la legislación que regula otros delitos de naturaleza corrupta: Decreto Legislativo n° 813, Ley Penal Tributaria, Ley 28008, Ley de Delitos Aduaneros y Tributarios y Decreto Legislativo n° 1106, de lucha eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado. Con ello, a pesar de que el régimen de consecuencias accesorias, siendo penal, resulta controvertido (Zúñiga, 2009: 164 et. seq.), la regulación penal peruana iría a contracorriente de los estándares internacionales en relación con reconocer y fomentar los esfuerzos realizados por las empresas para la adopción de con-

⁵ Ejecutoria n° 1a./J. 71/2014 (9a.) de Suprema Corte de Justicia, Primera Sala, de 14 de diciembre.

⁶ Ejecutoria n°. 1a./J. 54/2013 (10a.) de Suprema Corte de Justicia, Primera Sala, de 31 de agosto.

troles y medidas internas con la finalidad de prevenir, evitar y, en su caso, detectar la comisión de actos de corrupción.

No obstante, debe tenerse presente que las consecuencias accesorias del art. 105 CP y de la legislación especial son las mismas que se pueden imponer, en vía administrativa, a la persona jurídica según la Ley 30424, de responsabilidad administrativa de la persona jurídica por el delito de cohecho activo internacional y otros delitos (que incluye corrupción doméstica, lavado de activos y otros delitos), pero con diferente naturaleza en cuanto a la sanción imponible. Esta defectuosa técnica legislativa (Caro Coria, 2019: 1301) implica que, en principio, podría aplicarse a la persona jurídica ambas sanciones (penal y administrativa), con la diferencia de que en el ámbito administrativo sí se recoge un modelo de *compliance* con efecto eximente, mientras que en el ámbito penal no. En ausencia de aplicación práctica, por el momento, de estas previsiones en estos supuestos, razones de *bis in idem* impiden el doble castigo. En este sentido, Perú manifestó al Grupo de Trabajo de la OCDE que, en atención a los principios generales del Derecho Penal, una persona jurídica solo podía ser perseguida administrativamente para los delitos que abarcan el ámbito de aplicación de la Ley 30424 (OCDE, 2019: 17-18). Esta postura, tratándose de incentivar a las empresas a que adopten modelos de prevención de actos de corrupción, debe valorarse positivamente, al alinearse con la postura de los organismos internacionales en la materia. No obstante, abre otro problema, y es la diferencia de trato que, sobre el *compliance*, se prevé para estos delitos frente a otros en los que, únicamente por la vía de las consecuencias accesorias, la persona jurídica puede ser castigada, donde no cabría defender que la organización estaba bien organizada, si bien esta cuestión excede del objeto específico de este estudio.

2.4.7. Análisis comparado de la regulación del valor eximente del programa de cumplimiento o integridad en el ámbito latinoamericano

Es preciso enmarcar el análisis comparado sobre de la eximente por existencia de un programa de cumplimiento en los países de referencia latinoamericanos en el escenario global sobre el reconoci-

miento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en esta región. Hay que tener presente que no todos los países de referencia reconocen la posibilidad de castigar penalmente a aquellas, en general y, particularmente, en relación con los actos de corrupción. Aquí se sitúan los sistemas jurídicos de Brasil⁷ y, con matices, Perú, quienes han preferido dar respuesta a los compromisos internacionales en esta materia mediante su expresa regulación administrativa. Y no parece que en ninguno de los dos casos se vayan a producir, a corto plazo, cambios legislativos en esta cuestión, más allá del hasta la fecha infructuoso proyecto de reforma del CP brasileño que, por lo demás, acoge un deficitario modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Debe advertirse que la situación legislativa de estos países, en lo que se refiere a la órbita penal, no tiene por qué implicar, *a priori*, una merma preventiva en el desarrollo de una estrategia anticorrupción, como lo demuestra el hecho de que alguna de estas regulaciones administrativas cuenta con valoraciones bastante positivas por el Grupo de Trabajo de la OCDE.

También apuesta preferentemente por la vía administrativa para sancionar a las personas jurídicas por actos de corrupción México, con la particularidad de que convive junto a ella una confusa y deficiente regulación penal federal, parcialmente recogida en el CP y en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

En el otro extremo, Argentina y Chile han optado por aprobar específicamente leyes sobre la materia cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a un catálogo cerrado de delitos. Es en ellas donde se encuentra la fuente principal de análisis en esta cuestión, al margen de otros cuerpos normativos (lavado de activos y materia tributaria, fundamentalmente), sin perjuicio de la también presente normativa administrativa que la complementa en estos países. No obstante, en una primera observación general, la disparidad en el tratamiento del fenómeno de la corrupción, con distintos regímenes para las perso-

⁷ Brasil sí conoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas para delitos medioambientales con la Ley 9605, de 12 de febrero de 1998, sobre sanciones penales y administrativas derivadas de conductas y actividades lesivas al medioambiente. Tampoco en este ámbito hay previsión alguna de circunstancias exoneratorias para la persona jurídica.

nas jurídicas, penal y/o administrativo, respecto de actos de corrupción, en ocasiones con distintos elementos de configuración (relevancia del *compliance* en sede administrativa, pero ausencia en sede penal, como sucede en algunos países), distorsiona el mensaje que se quiere transmitir a las empresas de que se conviertan en buenas personas jurídicas y debilita el efecto preventivo al que se orientan los programas de cumplimiento.

En este contexto, y tras analizar las principales características que definen las reglas penales sobre el valor eximente y alcance de la existencia de los programas de integridad en la región de América Latina, la primera valoración que se desprende es la gran heterogeneidad reinante en la materia, dado que coexisten cinco fórmulas, una por país. Brasil, según se ha dicho, no la incluye en su CP, ni tampoco en el proyecto de reforma de 2012. Perú tampoco conoce los incentivos premiales para las personas jurídicas de los que participa la posibilidad de conceder la inmunidad a la persona jurídica por la adopción y ejecución eficaz de un sistema de *compliance* para la prevención de delitos. Se mantiene anclado en un régimen de consecuencias accesorias, en esencia idéntico al que existió en España hasta la reforma del Código Penal mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, que introdujo el art. 31 bis. Aunque la Corte Suprema de Justicia de Perú ha atribuido naturaleza penal a las consecuencias accesorias del art. 105 CP, es una regulación a todas luces insuficiente para propiciar una respuesta eficaz en el tratamiento punitivo y preventivo del fenómeno de la corrupción asociado a la delincuencia organizada transnacional y que, en sí misma, no cumple los estándares internacionales. Algo que no parece preocupar a las autoridades peruanas, por contar con regulación administrativa para darle respuesta, como se ha señalado.

En otro estadio, México contiene a nivel federal una regulación penal parcheada, en algunos puntos conflictiva, concentrada en los arts. 11 bis Código Penal Federal y 422 Código Nacional de Procedimientos Penales. A diferencia de Perú, en este caso si cabe la exoneración de la persona jurídica con base en el “debido control en la organización”. No obstante, esta es una previsión tremendamente genérica e indeterminada, sin ninguna referencia al programa de cumplimiento, su contenido y alcance, y tampoco existen directrices,

guías o recomendaciones por parte de la Fiscalía General de la República para su clarificación. Una manera de paliar la insuficiencia normativa en esta cuestión, como ha recomendado el Grupo de Trabajo de la OCDE, es acompañar la interpretación del debido control en la empresa con la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

Chile y Argentina son los dos países en los que sí se cuenta con un régimen expreso sobre circunstancias eximentes de la persona jurídica en las leyes que se han promulgado para responsabilizarlas penalmente por determinados delitos de corrupción, entre los que se encuentra el soborno a funcionario extranjero, en ambos casos por existencia previa al delito de corrupción de un programa de integridad. Coinciden igualmente en incluir disposiciones que tratan de definir el contenido del *compliance* para determinar si este ha sido o no eficaz. La organización tendrá interés en introducir programas de cumplimiento en la medida en que cumplan con la función preventiva a la que aspira, pero obviamente dependerá de su grado de determinación en cada legislación nacional.

No obstante, presentan diferencias significativas en cuanto a los requisitos legales para la exoneración. El caso chileno, con una ley que data de 2009, condiciona la exoneración a la adopción e implementación de “modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos”, indicando sus elementos definitorios en el art. 4° de la Ley 20.393. Es de señalar que su adopción no es obligatoria por disposición expresa de la ley, por lo que su inexistencia no cierra la puerta a una eventual exoneración si se acredita que la empresa estaba organizada correctamente.

Frente a esta regulación, la Ley 27.401 argentina, de más reciente factura (2017), acoge un régimen más restrictivo para que opere la exclusión de la responsabilidad de la persona jurídica, puesto que exige una triple condición: además de haber implementado un “sistema de control y supervisión”, conforme a los elementos y contenido que establecen los arts. 22 y 23, es necesaria la denuncia voluntaria del delito por parte de la persona jurídica, como consecuencia de una actividad de detección e investigación interna de esta, además de la devolución del beneficio indebido obtenido. Como se observa, este último régimen eximente es el más exigente y pertinente en el marco de una estrategia político criminal de fomento de una

cultura de legalidad en las empresas para combatir las prácticas corruptas. En realidad, si el hecho corrupto se ha detectado fruto de una investigación interna, puede significar que, aunque el programa de integridad no lo evitó, al menos si lo detectó. Y si además lo pone prontamente en conocimiento de la autoridad, puede ser manifestación del compromiso de la empresa con el *compliance*, más allá de otras consideraciones sobre posibles estrategias procesales de defensa. El anterior mensaje queda reforzado, en última instancia, con la devolución del beneficio ilícito obtenido.

Lo anterior conecta con el último punto de comparación, que tiene que ver con el alcance que los sistemas jurídicos de los países de referencia atribuyen a esta circunstancia eximente. En general, las regulaciones que la admiten en el ámbito penal, esto es, Argentina, Chile y, con mayor imprecisión, México, comparten el hecho de que se admite legalmente la inmunidad de la persona jurídica si el delito ha sido cometido por un sujeto situado en el más alto nivel directivo de la empresa, bien porque lo ha llevado a cabo directamente, bien por ordenarlo o tolerarlo. Con ello no parecen adscribirse a la postura más restrictiva de la OCDE que rechaza en estos casos la posibilidad de exclusión de la responsabilidad. A falta de previsión legal, habrá de estarse a las directrices que a este respecto establezca la Fiscalía de cada país, hasta la fecha inexistentes, dado el escaso rodaje judicial en esta cuestión. En cualquier caso, a pesar de los recelos que suscita el alcance de esta circunstancia eximente, parece posible defender por vía interpretativa, conforme a las previsiones penales nacionales, la excepción a la exoneración en estos supuestos, bajo la consideración de que, si el delito parte o ha sido fomentado por la cúpula directiva, el programa de incumplimiento ha resultado fallido. La ley argentina, la más reciente en el tiempo, es la que más trabas pondría precisamente admitir la ausencia de responsabilidad de la persona jurídica en estas situaciones, dadas las estrictas condiciones que exige para ello, además de requerir que la violación del programa de integridad hubiera exigido un esfuerzo por los intervinientes del delito, lo que recuerda a la elusión fraudulenta que, igualmente, exige la regulación española.

2.5. Regulación en Colombia

2.5.1. Situación en Colombia

Recientemente Colombia ha aprobado la Ley 2195, de 22 de enero de 2022, que ha dejado aparcada, por el momento, la vía penal de castigo a la persona jurídica por delitos de corrupción. No obstante, esto no cierra la puerta a que en el futuro pueda convivir la vía sancionadora administrativa y penal para hacer frente al fenómeno de la corrupción, por lo que se impone reseñar las características principales de las infructuosas propuestas legislativas penales que se han sucedido en el tiempo.

En el proyecto de ley 127 (2018) se contemplaba la exoneración de responsabilidad de la persona jurídica por actos de corrupción en el art. 32. Para ello debían concurrir cuatro requisitos cumulativos, coincidentes con los que recoge el art. 31 bis, apartado 2 del CP español analizado anteriormente, es decir, los requisitos de exoneración cuando el delito lo comete un sujeto situado en la cúpula directiva de la persona jurídica. Ahora bien, el desechado proyecto únicamente castigaba a las personas jurídicas en esta única hipótesis, de nuevo con la misma redacción de la letra a) del CP español. Como puede observarse, esta regulación no cumplía, doblemente, con los estándares más restrictivos al respecto.

El proyecto de ley 178 (2020) incorpora en su articulado ambas modalidades de atribución de responsabilidad (directivo y subordinado), con una redacción similar al contenido de las letras a) y b) del CP español. Así, cuando no se acredite una “falta del debido control de la persona jurídica”, por estar debidamente organizada (art. 3.2) quedará exenta de responsabilidad. En concreto, el art. 4 se refiere expresamente a la exención si se cumple una única condición: “el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, un *compliance* penal para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”, según los requisitos que debe cumplir dicho programa de cumplimiento que establece el art. 5 (modelos de organización y gestión). Además, la adopción previa al delito de un programa de *compliance* puede también actuar de atenuante, y no eximente, si “fue adoptado de forma parcial” (art. 4, *in fine*).

Este proyecto supone una mejora respecto del Proyecto 117 (2018) y está en sintonía con la necesidad de fomentar una cultura de cumplimiento en las organizaciones empresariales como herramienta preventiva de los actos de corrupción, en sus distintas manifestaciones. Pero tampoco cumpliría con las directrices internacionales de evitar que la persona jurídica excluya su responsabilidad por la existencia de un programa de integridad o *compliance* cuando son los sujetos situados en el más alto nivel quienes directamente cometen el delito, lo ordenan o lo consienten.

2.5.2. Análisis comparado a la luz de los estándares internacionales y los sistemas nacionales latinoamericanos y no latinoamericanos previamente analizados

Las iniciativas prelegislativas impulsadas en Colombia, hasta la fecha infructuosas, para dotar de un cuerpo normativo penal en relación con las personas jurídicas por actos de corrupción, no se apartan de la tónica imperante en los sistemas nacionales dentro y fuera del entorno latinoamericano. Colombia cuenta ya con una regulación administrativa en la materia, por lo que, ciñéndonos a los dos proyectos de 2018 y 2020, el régimen eximente que en ellos se prevé presentan afinidades con las regulaciones del ámbito geográfico más próximo, como es Chile y Argentina, pero recuerda también, en gran medida, a la regulación española. Lo anterior se pone de manifiesto en los términos literales de la condición eximente que contempla el art. 4 del proyecto 178 (2020) (“que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, un *compliance* penal para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”), con los requisitos que deben cumplir estos modelos de organización y gestión a tenor del art. 5 del proyecto. No obstante, a diferencia del caso español o argentino, no se condiciona a ninguna otra condición (denuncia voluntaria, devolución del beneficio ilícito obtenido, elusión fraudulenta del programa de cumplimiento o esfuerzo en su violación por parte de los intervinientes del delito).

Tampoco se excepciona la exoneración en el supuesto de que el delito es cometido, ordenado o tolerado por un sujeto pertene-

ciente al más alto nivel jerárquico de la persona jurídica, conforme a los estándares de la OCDE, por lo que son extrapolables la mayor parte de las observaciones que se han apuntado a lo largo del estudio y análisis comparado previo. En este sentido, el proyecto 178 (2020) supone un retroceso respecto de la regulación que ofrecía el proyecto 117 (2018), en esencia un calco de las condiciones de exoneración del apartado 2 del art. 31 bis CP español para el supuesto de que el delito lo comete el representante legal u persona facultada para tomar decisiones en nombre o por cuenta de la persona jurídica, o con facultades de organización o de control.

2.6. *Nota final*

Según lo analizado previamente, no puede hablarse, en puridad, de la existencia de especificidades en la regulación del *compliance* o programas de integridad como circunstancia eximente de responsabilidad de las personas jurídicas con respecto del fenómeno de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Ello es debido a que la importancia que se atribuye al fomento de la integridad empresarial en el ámbito internacional es omnicomprendensiva, esto es, dirigida a cualquier ámbito de criminalidad en el que participen. De otra forma, el impulso de una cultura corporativa de respeto a la legalidad y los esfuerzos que desde distintos organismos internacionales se están realizando para fomentar los incentivos premiales que las personas jurídicas se conviertan en “buenos ciudadanos corporativos”, no se adscribe exclusivamente a los actos de corrupción, sino con carácter general a todo tipo de criminalidad en la que pueden ver involucrada. Lo anterior no empaña, en absoluto, el trascendental papel preventivo al que aspira la implementación y ejecución de un programa de cumplimiento empresarial en este tipo de delincuencia, probablemente la más paradigmática en la que puede verse involucrada una persona jurídica.

3. LA EFICACIA ATENUANTE DE LA ACTUACIÓN POST-DELICTIVA DE COLABORACIÓN EFICAZ

3.1. *Consideraciones iniciales*

La colaboración con las autoridades cuenta con una larga trayectoria en su uso como incentivo premial para la persecución y prevención de actos de corrupción realizados por personas físicas⁸. En el caso de personas jurídicas, compartiría el mismo objetivo, premiar los esfuerzos realizados por estas por detectar y desalentar la corrupción, ofreciendo como contraprestación una mitigación o, incluso, una exclusión de la pena (ONU, 2013: 32). Es en el contexto, por tanto, del Derecho penal premial en el que la colaboración eficaz de la persona jurídica con las autoridades se presenta como valiosa herramienta para combatir el fenómeno de la corrupción, en especial, asociada al crimen organizado transnacional.

En un ámbito de criminalidad con un claro componente estructural y en el que impera la complejidad y la opacidad del entramado de relaciones entre individuos, sociedades y administraciones públicas, el éxito en el descubrimiento, persecución y castigo de los delitos cometidos depende, en gran medida, de que quienes pertenecen a estas tramas y redes estructurales y/o han intervenido en su realización aporten información decisiva para la actuación policial y judicial. De no contar con la cooperación de alguno de ellos la probabilidad de que la corrupción permanezca encubierta es muy elevada, puede requerir muchos más recursos por la vía de una investigación, o derivar en una respuesta jurídico-penal insuficiente por no haber podido esclarecer toda la magnitud criminal de los hechos. Resulta vital, por tanto, motivar al sujeto a contribuir en la adquisición de pruebas procesales que, a cambio, le permitan evitar una parte de la sanción (Benítez, 2003: 36, 38), bajo la premisa de que es mejor renunciar a una parte del castigo que afrontar la impunidad total del delito. Ello no supone renunciar a la función preventiva que cumple el Derecho Penal, en general, y en particular en relación con el fenómeno de la

⁸ Vid., p. ej., la Resolución 97/C 10/01 del Consejo, de 20 de diciembre de 1996, relativa a las personas que colaboran con el proceso judicial en la lucha contra la delincuencia internacional organizada.

corrupción, puesto que, como se trata en otro capítulo, las penas imponibles a las personas jurídicas han de ser “eficaces, proporcionales y disuasorias”.

Se ha señalado que la existencia de circunstancias atenuantes de la persona jurídica, en general, y, en particular, el carácter atenuante de la colaboración con las autoridades, supone la expresión máxima de un modelo de autorresponsabilidad empresarial (Gómez-Jara, 2016: 236, 237; Pérez, 2017: 126). Si el acto de corrupción es detectado por la persona jurídica, puede ser expresión de que han funcionado los controles anticorrupción internos, de manera que, aunque el programa de integridad no ha evitado la comisión del delito, lo ha detectado y no lo ha tolerado. No es de extrañar, por tanto, que en el ámbito internacional se recomiende atribuir a este incentivo una reducción de la pena e, incluso, el premio de la inmunidad (ONU, 2013: 3). Ambas alternativas encuentran reflejo en los sistemas jurídicos nacionales de referencia que van a ser objeto de análisis comparado. No obstante, conviene aclarar previamente que la inmunidad, en su caso, que obtiene la persona jurídica por colaborar con las autoridades suele articularse mediante fórmulas transaccionales de índole procesal, de manera que es la Fiscalía la que valora la decisión de perseguir penalmente a la persona jurídica condicionada al grado de colaboración empresarial. Por el contrario, en los ordenamientos jurídicos en los que no rige el principio de oportunidad, sino el de legalidad en la actuación de la acusación pública, el alcance mitigador de la colaboración queda habitualmente restringido al de una atenuante. Complementario de lo anterior, resulta igualmente relevante el momento en que se produce la colaboración, dado que esta puede surgir antes o después del proceso penal, bien por la realización de investigaciones internas que determinan una denuncia o confesión a las autoridades, bien proporcionando la información que las autoridades requieran a lo largo de la investigación, o ambas cosas (Pérez, 2017: 126, 127), lo que también es un condicionante para el mayor o menor efecto mitigador que pueda tener en la responsabilidad de la persona jurídica.

En cualquier caso, no es admisible cualquier cooperación para que surta efectos mitigadores. La colaboración debe ser “eficaz”, lo que, en el ámbito de la corrupción asociada a la delincuencia organi-

zada transnacional, apela a su relevancia para descubrir, investigar y depurar responsabilidades en las tramas delictivas que destapa, pero igualmente a los esfuerzos que realiza la empresa para contrarrestar los beneficios ilícitos y/o los efectos negativos que produce, tal y como han expresado los principales textos normativos en este ámbito.

Sobre esta base, el análisis comparado de los sistemas jurídico-penales de los países de referencia va a poner de manifiesto el distinto alcance que otorgan a la colaboración de la persona jurídica (atenuación-inmunidad) y cauce para su valoración (Derecho sustantivo *vs* acuerdo procesal). También, su contenido se disecciona en ocasiones en varias atenuantes autónomas (confesión, colaboración y reparación del daño), a veces de difícil delimitación.

3.2. Tendencias en los instrumentos internacionales de ámbito universal y regional

Según el mismo orden expositivo seguido anteriormente, dentro de las iniciativas internacionales que específicamente alientan la colaboración o cooperación eficaz de las personas jurídicas por la comisión de actos de corrupción asociados al crimen organizado transnacional, se diferenciarán las de ámbito universal (ONU y OCDE) y regional (OEA, Consejo de Europea y UE).

En el ámbito universal, comenzando por la ONU, existe un lineamiento claro a favor de promover la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley. Así lo exige tanto el art. 37 de la Convención de Mérida de 2003 sobre corrupción (“Cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley”), como el art. 26 de la Convención de Palermo de 2000 sobre delincuencia organizada transnacional (“Medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley”). Cabe matizar que ambos textos no aluden a la naturaleza individual o corporativa de quien decide colaborar, por lo que debe interpretarse que en este requerimiento tienen cabida también las personas jurídicas.

La Convención de Mérida delimita el contenido de la cooperación como el hecho de proporcionar “a las autoridades competentes

información útil con fines investigativos y probatorios” y prestarles “ayuda efectiva y concreta que pueda contribuir a privar a los delincuentes del producto del delito, así como a recuperar ese producto”. Por su parte, la Convención de Palermo incluye indicadores más precisos para valorar la utilidad de la información proporcionada con fines investigativos o probatorios, específicamente: “(a) la identidad, la naturaleza, la composición, la estructura, la ubicación o las actividades de los grupos delictivos organizados; (b) los vínculos, incluidos los vínculos internacionales, con otros grupos delictivos organizados; (c) los delitos que los grupos delictivos organizados hayan cometido o puedan cometer” (art. 26.1.a), además de “prestar ayuda efectiva y concreta a las autoridades competentes que pueda contribuir a privar a los grupos delictivos organizados de sus recursos o del producto del delito” (art. 26.1.b)).

Únicamente la Convención de Mérida se pronuncia sobre el efecto jurídico de la colaboración eficaz en la responsabilidad penal. De acuerdo con los apartados 2 y 3 del art. 37 de la Convención contra la corrupción, deja abierta la opción de que opere como circunstancia de atenuación de la pena o de inmunidad, en conexión con la eficacia preventiva que algunos documentos vinculados a estas convenciones han atribuido al establecimiento de incentivos penales. La Guía de recursos sobre medidas estatales para reformar la integridad empresarial asume como uno de sus pilares que “las sanciones son más eficaces cuando se combinan con incentivos que premian las buenas prácticas” (ONU, 2013: 2), destacando como uno de lo más habituales la colaboración “para fomentar la denuncia de delitos por los propios testigos o víctimas y premiar los esfuerzos de prevención desplegados por las empresas” (ONU, 2013: 4).

Aún en el ámbito internacional universal, ninguna atención particularizada se hace de la colaboración eficaz de la persona jurídica (tampoco de la física) en la Convención de la OCDE sobre corrupción a funcionarios públicos extranjeros de 1997, ni en las Recomendaciones Anti-Soborno de 2009. A pesar de ello, es innegable el papel que la OCDE atribuye a la colaboración de las personas jurídicas como parte central de un sistema de incentivos para fomentar el cumplimiento de la ley y como herramienta político criminal para el esclarecimiento y enjuiciamiento de los actos de corrupción,

tal como destacan algunos documentos vinculados a la Convención (*Liability of Legal Persons for Foreign Bribery: a Stocktaking Report*, 2016: 148). En este sentido, cabe destacar que en el ámbito de la OCDE se deja la puerta abierta al concreto efecto mitigador que puede tener la colaboración eficaz con las autoridades. En realidad, la mayor preocupación es la existencia de criterios e instrucciones claros en el uso de estos factores de mitigación que conviertan el proceso de sanción en menos transparente y predecible (OCDE, 2016: 148).

En el ámbito internacional regional, no hay mención expresa a la cooperación de las personas jurídicas con las autoridades en el marco de la OEA (Convención de 1996 y documentos vinculados) y de la UE (fundamentalmente, Decisión Marco 2003 y Directiva PIF 2017). Solo en el marco del Consejo de Europa la Convención penal contra la corrupción de 1999 prevé una disposición vinculada con esta cuestión, concretamente en su art. 22 (“Protección de los colaboradores de la justicia y los testigos”). En él se establece la necesidad de ofrecer una protección efectiva y apropiada a quienes “proporcionen información relativa a los delitos tipificados de conformidad con los artículos 2 a 14 o que colaboren de otro modo con las autoridades encargadas de la investigación o de la persecución”, así como a los testigos en relación con estos delitos. Obsérvese que esta cláusula no tiene como finalidad, en principio, delimitar lo que ha de entenderse por colaboración con la justicia, ni tampoco pronunciarse sobre el efecto que produce en la responsabilidad de quien colabora, persona física o jurídica.

A tenor de lo expuesto se desprenden varias conclusiones. En primer lugar, existe una tendencia común en el ámbito internacional universal e, implícitamente, en el ámbito internacional regional, al reconocimiento de incentivos premiales que puedan producir una mitigación de la pena, dentro de un marco global de fomento de la integridad empresarial, para la persona jurídica que colabora, bien antes del proceso (*voluntary disclosure*), bien una vez iniciado el mismo (*cooperation*). En segundo lugar, los estándares internacionales universales no se pronuncian expresamente sobre el alcance de dicha mitigación de la responsabilidad, de manera que corresponde a cada sistema jurídico nacional, según su Derecho interno, la decisión y las condiciones sobre su carácter atenuante o eximente.

Por último, existe un posicionamiento claro en el marco de la ONU a que los incentivos premiales “no se concedan alegremente” (ONU, 2013: 5). Esto implica que para que la colaboración resulte eficaz y produzca sus efectos en la reducción o exclusión de la pena, se exige de la persona jurídica un comportamiento proactivo, tanto en relación con el suministro de información útil para la investigación como para contrarrestar el producto o efectos del delito. Frente a esta línea internacional universal, se advierte en el marco del Consejo de Europa una postura más laxa, limitada exclusivamente al suministro de “información” sobre los delitos que tipifica la Convención u otro tipo de colaboración, sin mayor precisión.

Sin duda, el impulso de una estrategia global de fomento de la integridad empresarial, particularmente en el tratamiento punitivo y preventivo del fenómeno de la corrupción asociada a la delincuencia organizada transnacional, no parece que deba contentarse únicamente con una colaboración contenida al suministro de información si no viene acompañada de otros comportamientos proactivos que contrarresten el beneficio y perjuicio que esta criminalidad genera en la sociedad, como se desprende de la postura mantenida por la ONU. No obstante, el objetivo utilitarista que se pretende con esta circunstancia, en cuanto al descubrimiento y persecución del delito o delitos, también puede alcanzarse con un contenido más limitado de la colaboración, donde lo fundamental estará en que la persona jurídica proporcione información relevante para el esclarecimiento de los hechos e identificación de los partícipes. Algo que también podrá ser tenido en cuenta para una posible reducción o atenuación de la pena.

3.3. La experiencia comparada no latinoamericana: España y Estados Unidos

3.3.1. Aproximación inicial

Los dos sistemas no latinoamericanos elegidos constituyen un buen exponente de las distintas dimensiones que adquiere la cooperación con las autoridades en el panorama internacional como herramienta eficaz para combatir la corrupción. Como se va a analizar,

el caso español, con poco más de una década de andadura a sus espaldas, acoge una regulación penal sustantiva de incentivos premiales empresariales, en general, y de la colaboración, en particular, con exclusivo efecto atenuante. Mientras, el modelo norteamericano, aunque ha tenido una innegable influencia en Derecho comparado dada su larga trayectoria, también en España (Goena Vives, 2017: 292), le confiere a la colaboración eficaz efectos atenuantes en la culpabilidad de la persona jurídica, pero igualmente actúa como uno de los criterios principales en la consecución de un acuerdo de no persecución penal con las autoridades.

3.3.2. España

La regulación española ha optado por un tratamiento específico de las atenuantes para las personas jurídicas en el art. 31 *quater* CP, todas ellas de carácter post-delictivo (a) confesión; (b) colaboración; (c) reparación o disminución del daño; (d) implementación de medidas eficaces para la prevención de delitos. Dada la literalidad de la ley (“solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”), no les es aplicable ninguna otra de las atenuantes genéricas que recoge el art. 21 CP (Pérez, 2017: 126), si bien únicamente la colaboración y la implementación de un programa de cumplimiento con posterioridad al delito no encuentran reflejo en este precepto (Goena Vives, 2017: 291).

Se regula, así, en primer lugar, la tradicional atenuante de confesión, en los mismos términos que para las personas físicas contiene el 21.4 CP (proceder, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella a confesar la infracción a las autoridades)⁹.

⁹ Según jurisprudencia consolidada, la atenuante de confesión exige como requisitos, en esencia, los siguientes dos elementos: (a) requisito objetivo. La confesión ha de ser veraz y autoinculpadora, pudiéndose hacer por sí mismo o por vía de un tercero. Además, no podrá alegarse si se ocultan datos relevantes para la causa, la calificación jurídica o para la agravación de la pena. Por último, el requisito objetivo exige que se realice ante las autoridades, esto es, el juez o tribunal, Fiscalía o policía judicial y (b) Requisito temporal. La confesión ha de realizarse antes de que el sujeto conozca que el procedimiento se dirige contra él. La jurisprudencia entiende el término

También atenuará la responsabilidad de la persona jurídica el “haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos”. Por su parte, la reparación del daño también adquiere en la regulación española autonomía propia, de nuevo con idéntica previsión que para las personas físicas (art. 21.5 CP): “haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito”. La regulación española distingue, por tanto, tres atenuantes autónomas que confluyen en el concepto amplio de colaboración eficaz, acorde con los estándares internacionales de ámbito universal.

La atenuante de confesión presenta particularidades en relación con las personas jurídicas y, en ocasiones puede entrar en colisión con la colaboración de la letra b), como bien ha puesto de relieve la doctrina (Gómez-Jara, 2016: 237; Goena Vives, 2017: 277)¹⁰. Se ha planteado que una forma de minimizar esta colisión es restringir la aplicación de la atenuante de confesión para las personas jurídicas a los casos de autoinculpación, es decir, confesión voluntaria y espontánea a las autoridades, lo que ocurrirá fundamentalmente cuando el acto de corrupción ha sido detectado gracias al *compliance* de la empresa y esta decide ponerlo en conocimiento de las autoridades. Aunque esta interpretación no evita que, en ocasiones, sea compleja su

procedimiento en sentido amplio, siendo válida ante la policía o la Fiscalía. Por todas, STS, n° 958/2021, de 15 de diciembre, en la que se recoge la doctrina jurisprudencial aplicable.

¹⁰ La tradicional atenuante de confesión para las personas físicas (art. 21.4 CP) se ha interpretado jurisprudencialmente de forma objetiva, en el sentido de realización de actos efectos de colaboración con la justicia que faciliten la investigación del delito, así como el descubrimiento y castigo de los culpables. De manera que si estos actos de realizan después de que se ha dirigido el procedimiento contra el culpable, se ha considerado por los tribunales la aplicación de atenuante analógica de cooperación, al amparo del art. 21.7 CP. Dado que para las personas jurídicas se distingue la atenuante de confesión y de cooperación, esta última cubrirá el ámbito de lo que para las personas físicas conduce a la aplicación de una atenuante analógica de confesión, no sin dificultades de distinción en algunos casos (Gómez-Jara Díez, 2015: 232).

delimitación o, incluso, puedan concurrir simultáneamente ambas atenuantes cuando además de la confesión-autodenuncia posteriormente se aportan nuevas pruebas por la persona jurídica (Gómez-Jara, 2016: 236). Prueba de esto último es la STS, 2ª, n° 496/2020, de 8 de octubre, referido a un caso de defraudación tributaria del Impuesto de Sociedades en varios periodos impositivos, donde el Alto Tribunal español refrendó la concurrencia de ambas atenuantes, además de la atenuante de reparación. La aplicación de las dos atenuantes que ahora se analizan vino determinada en el caso de confesión por presentar las declaraciones complementarias con anterioridad de conocer que la causa se dirigía contra la entidad, y la de colaboración por haber facilitado a la Agencia Tributaria toda la documentación que obraba en su poder para el esclarecimiento de los hechos que dieron lugar a la causa judicial.

Al margen de las cuestiones problemáticas que plantea la atenuante de confesión en relación con el derecho de defensa de la persona jurídica, los principales rasgos definitorios de la atenuante de confesión del art. 31 quater a), según ha perfilado mayoritariamente la doctrina (Gómez-Jara Díez, 2016: 231 et. seq.; Pérez Machío, 2017: 126; Goena Vives, 2017: 279 et. seq.), son los siguientes tres: (a) ha de vehicularse a través del representante legal de la persona jurídica, siendo suficiente con confesarlo a las autoridades administrativas; (b) los hechos que se confiesan habrá de ser veraces; y (c) deberán ir referidos a la participación de la persona jurídica que confiesa en algún delito en los términos del art. 31 bis CP, incluida la omisión del debido control. Procesalmente, de acuerdo con la jurisprudencia existente en aplicación del art. 21.4 a las personas físicas, es extensible a la empresa el requisito temporal de que se considera que el procedimiento se dirige contra el responsable ya con las diligencias policiales (Gómez-Jara, 2016: 232). Además, no valdrá el conocimiento de que se dirige contra ella un procedimiento por cualquier empleado, sino exclusivamente por su administrador o representante legal (Gómez-jara, 2016: 233).

De acuerdo con Gómez-Jara, la atenuante de colaboración de la letra b) no requiere para su aplicación ningún elemento de autoinculpación, ni que necesariamente la información que se suministre, ya sean pruebas, testimonios o ambos, se refiera a la empresa cola-

boradora, pudiendo alcanzar exclusivamente a terceros. Igualmente puede hacerse efectiva mediante investigaciones internas o proporcionando a las autoridades lo que le soliciten en la investigación, o ambas a la vez (2016: 237). Pero según el tenor literal del art. 31 bis quater, letra b), lo determinante es la aportación de pruebas “que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos”, lo que parece conceder un rango muy limitado a la aplicación de la atenuante, pues se orienta al resultado de la colaboración y no a los esfuerzos realizados por la persona jurídica (Gómez-Jara, 2016: 238). Eso puede suponer una excesiva carga para la empresa colaboradora, hasta el punto de que puede haber hecho una enorme inversión para colaborar, pero sufrir una sanción (Goena Vives, 2017: 299).

El CP no limita la posibilidad de colaboración a ningún momento temporal; las pruebas nuevas y decisivas, esto es, que aún no han sido aportadas a la investigación y juegan un papel relevante en la convicción del juez, pueden aportarse en cualquier momento del proceso, aunque en la práctica cuanto más avanzado esté, más difícil será que cumplan con estos requisitos (Goena Vives, 2017: 303).

En cuanto a la atenuante de reparación o disminución del daño de la letra c) del art. 31 quater, y a pesar de que puede vehicularse tanto con una reparación económica como moral, es dominante la primera fórmula a los efectos de proteger a las víctimas. Así, en lo que respecta a su eficacia en relación la realización de prácticas corruptas, el principal contenido de esta atenuante viene de la mano de la devolución del beneficio, ganancia, ventaja o producto obtenido por el delito¹¹, pero obviamente no excluye otras formas de materialización, incluso a través de fórmulas de justicia restaurativa para reparar los efectos negativos que la corrupción produce en la sociedad y en la ciudadanía en general (Nieto Martín, 2017: 325 et. seq.)¹².

¹¹ Esta forma de reparación del daño, muy cualificada, se apreció en la condena por defraudación fiscal al Fútbol Club Barcelona en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 8ª, rec. 1957/2015, de 14 de diciembre, dictada de conformidad.

¹² La atenuante de reparación del daño ha sido aplicada puntualmente en algunos casos judiciales por los que a la persona jurídica se ha condenado

Al igual que la confesión y colaboración, la atenuante de reparación o disminución del daño está condicionada a un momento temporal, de manera que solo surte efectos si se produce antes de la celebración del juicio oral.

Fuera del régimen específico de atenuantes del 31 quater, conviven en la parte especial del CP algunas previsiones mitigadoras de la pena por actuaciones de colaboración que resultan extrapolables a las personas jurídicas. Específicamente en relación con la corrupción han de mencionarse las cláusulas de exención de la pena en el ámbito tributario (arts. 305.4, 307.3 & 308.6 en relación con los delitos de defraudación tributaria y contra la Seguridad Social y fraude de inversores, respectivamente) y, correlativamente, de atenuación privilegiada en uno o dos grados si la colaboración (reconocimiento y pago de lo debido) se produce en el plazo de dos meses desde la citación judicial del culpable (arts. 305. 6, 307.5 & 308.8)¹³. Así, las atenuaciones privilegiadas citadas permiten una reducción de pena mayor que la que ofrecen las atenuantes genéricas del art. 31 quater, a menos que estas últimas se califiquen de cualificadas o muy cualificadas.

El régimen específico de atenuantes a las personas jurídicas del art. 31 quater acoge todos los elementos de la colaboración eficaz plasmados en los estándares internacionales universales, haciendo suyo el mensaje de que la mejor manera de combatir el fenómeno de la corrupción es creando una alianza entre la empresa y el Estado (Goena Vives, 2017: 82). Al margen de las posibles situaciones de solapamiento que pueden surgir entre ellas, la principal objeción que cabe plantear gira, no obstante, en torno a la autonomía con que la regulación española dota a estas circunstancias, de manera que, incluso concurriendo las tres, la persona jurídica no evita, según la ley,

por delito fiscal, por la vía de la devolución de la cuantía de lo defraudado, además de los recargos e intereses de demora, a la Hacienda Pública. Así, SSTTS, 2ª, n° 746/2018, de 13 de febrero de 2019 (atenuante muy cualificada) y n° 496/2020, de 8 de octubre (atenuante simple).

¹³ Las atenuantes privilegiadas del ámbito tributario no encuentran, sin embargo, reflejo en el delito de cohecho en el ámbito público, en el que también se prevé una exención de la pena al particular colaborador, también persona jurídica, en el art. 426 CP.

la pena. A menos que esto se valore en el sentido de que el *compliance* existente gozó de buena salud y resultó eficaz para la detección del delito, lo que en cualquier caso habrá de probarse en el proceso penal (Circular 1/2016 FGE, 2016: 55). Con todo, ante la falta de directrices claras que orienten la labor del Ministerio Fiscal y de las autoridades judiciales (Gómez-Jara, 2016: 241), este régimen legal podría producir el efecto contrario que se busca con estos incentivos premiales, dado que una plena colaboración con las autoridades no garantiza la inmunidad de la persona jurídica, ni le evita el impacto reputacional del proceso penal.

3.3.3. Estados Unidos

La colaboración de las personas jurídicas con las autoridades cuenta en el sistema jurídico norteamericano una larga trayectoria según su sistema procesal transaccional (Goena Vives, 2017: 292), por lo que convive su carácter atenuante con el de la renuncia a la persecución penal de la empresa, en este último caso mediante un acuerdo entre la defensa de la persona jurídica y la acusación pública.

Fundamental en el reconocimiento de este incentivo premial en el sistema jurídico federal estadounidense como atenuante son las orientaciones que ofrecen las *Organizational Sentencing Guidelines*, así como los memorandos del *Department of Justice*. La principal característica definitoria de este régimen es que los factores de atenuación y agravación que recoge el §8 USSG operan en el marco de una valoración global de la culpabilidad de la persona jurídica, mediante un sistema basado en la adición o reducción de puntos según las circunstancias que estén presentes en el caso concreto (§8C2.5 USSG). En lo que se refiere la colaboración eficaz con las autoridades, ha de estarse a lo previsto en la letra §8C2.5.g): *self-reporting, cooperation and acceptance of responsibility*.

En orden a su impacto en el nivel de culpabilidad de la empresa, y al margen de la concurrencia de otros factores atenuantes y/o agravatorios, atribuye la máxima reducción de la pena que permite este factor (5 puntos), bien a la denuncia inmediata de los hechos antes de su divulgación o del inicio de una investigación por las autoridades,

bien a la plena colaboración con la investigación y reconocimiento de su responsabilidad si se produce la denuncia voluntaria en un plazo razonable de tiempo una vez que la persona jurídica conoce la comisión del delito. La atenuación es menor (2 puntos) si concurre simultáneamente la colaboración y aceptación de la responsabilidad sin que haya mediado denuncia voluntaria, y únicamente permite reducir la pena en 1 punto si se limita a reconocer su responsabilidad. Pero dichos descuentos no son acumulables, sino que se utilizará el más alto que concorra (Ortiz de Urbina & Chiesa, 2018: 1512).

Resulta relevante destacar el mayor peso en la reducción de la pena que se concede a la colaboración en la primera alternativa de la letra g) del §8C2.5 que a la atribuida a la existencia de un programa de cumplimiento (5 puntos *vs.* 3 puntos), si bien para que esto suceda han de cumplirse algunas condiciones que señalan las USSG. Primero, que la colaboración se realice con prontitud (*timely*), esto es, en el momento en que la persona jurídica recibe la notificación oficial de una investigación penal. Y segundo, que la colaboración sea completa y detallada (*thorough*), suministrando toda la información que conozca la organización y que resulte relevante y suficiente para identificar la naturaleza y el alcance del delito y al individuo o individuos concretos que lo llevaron a cabo. No obstante, la Fiscalía puede valorar positivamente en la misma medida la cooperación de la persona jurídica, aunque no se logren esos objetivos cuando ello se ha debido a la falta de cooperación de determinadas personas. Pero esta falta de cooperación no debe confundirse con la de la propia persona jurídica, porque de ser así, puede tener como resultado práctico la falta de acceso a los puntos de reducción que permite la colaboración, e igualmente a los que se prevén por la existencia de un programa de cumplimiento efectivo (Ortiz de Urbina & Chiesa, 2018: 1513).

Además de lo anterior, el carácter preeminente que el sistema federal estadounidense concede a la colaboración de las personas jurídicas se aprecia en la posibilidad de alcanzar un acuerdo de no persecución de la persona jurídica, por la vía de los ya mencionados anteriormente NPA y DPA. Estos acuerdos transaccionales, de recurso frecuente en la aplicación de la FCPA, pone de manifiesto que la colaboración resulta rentable, tanto para que la persona jurídica

acepte una negociación como para que el asunto no acabe trascendiendo ante la opinión pública (Goena Vives, 2017: 292, 295)¹⁴.

Una última consideración en cuanto a la reparación del daño. Esta dimensión de la colaboración con las autoridades no está prevista como circunstancia atenuante para las personas jurídicas, sino como pena (*remedial sanction*), en los términos regulados en el §8B USSG, bien adicional a la pena de multa, bien alternativa a esta, de manera pactada con la acusación pública como forma de evitar el proceso penal.

De las características principales reseñadas del sistema federal estadounidense lo primero que debe destacarse es el protagonismo que las autoridades conceden a la colaboración, incluso concediéndole un mayor peso mitigador que la propia existencia de un programa de integridad. Cabe interpretar que, en realidad, si la empresa denuncia voluntaria y espontáneamente, lleva a cabo una plena colaboración y acepta su responsabilidad, en los términos y condiciones que establece la *USSG*, ello es expresión de la máxima eficacia que han tenido los controles y medidas internas anticorrupción. De ahí que los dos pilares fundamentales sobre la decisión de acusar o no a una persona jurídica residan en su colaboración con la investigación y la tenencia de un programa efectivo de *compliance* (Villegas García, 2016: 345).

Por su parte, el margen de flexibilidad en cuanto al alcance de la mitigación, con la posibilidad de que conlleve la inmunidad de facto de la persona jurídica a través de acuerdos procesales, resulta político criminalmente conveniente en el tratamiento punitivo y preventivo de los actos de corrupción asociados a la delincuencia organizada transnacional, puesto que las empresas considerarán más rentable cooperar en el esclarecimiento de los hechos y depuración de responsabilidades que verse sometida a la sanción penal. Eso no oculta los problemas que la doctrina ha puesto de

¹⁴ A pesar de la dificultad de obtener datos al respecto, el número de DPAs y NPAs que se han acordado desde el año 2015 hasta el 2021 han sido 41 de un total de 78 casos por violación de disposiciones de la FCPA, según la información disponible en la Corporate Prosecution Registry, iniciativa privada liderada por Brandon Garret y Jon Ashley.

manifiesto respecto del grado de discreción que poseen las autoridades estadounidenses al margen del control de la autoridad judicial y el impacto en los derechos de defensa de la persona jurídica (renuncia expresa a la confidencialidad abogado/cliente, ausencia de control judicial, renuncia a abono de los gastos de defensa de los empleados de la empresa) (Gómez-Jara, 2016: 251; Goena Vives, 2017: 295).

3.3.4. Análisis comparado de los países no latinoamericanos de referencia

A la hora de abordar un análisis comparado del régimen atenuante de la colaboración con las autoridades en el sistema federal norteamericano y español, son extrapolables buena parte de las observaciones generales anteriormente realizadas en torno al tratamiento jurídico-penal de los programas de cumplimiento por ambos países. Señala Goena Vives que el ordenamiento jurídico estadounidense, con largo recorrido en materia de colaboración empresarial, puede considerarse un precedente legislativo de la atenuante de colaboración que regula la letra b) del art. 31 quater CP español (2017: 292). Ciertamente ambas regulaciones comparten el reconocimiento de este incentivo, bajo una lógica premial, para facilitar la investigación y persecución de complejas tramas de corrupción, si bien a partir de esta nota común se presentan notables diferencias en su específico tratamiento jurídico-penal. En una aproximación general, el caso español circunscribe la cooperación, en sus distintas plasmaciones, a una eventual atenuación de la pena que deberá acreditarse en el proceso penal y, en consecuencia, ha de someterse a control judicial. El modelo estadounidense le otorga una doble naturaleza, atenuante, moduladora de la culpabilidad de la persona jurídica y de reducción de la pena o, acorde con el sistema procesal transaccional que le caracteriza, de exclusión del proceso penal mediante la adopción de acuerdos con la Fiscalía que se sustraen del control judicial. Ambas vías, por lo demás, son compatibles con los estándares internacionales en la materia, que no determinan hasta dónde puede alcanzar el efecto mitigador de la colaboración eficaz.

Descendiendo en mayor detalle en la comparación de ambos sistemas, y restringiendo el análisis a la colaboración como factor de atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, resulta destacable, en primer lugar, que el art. 31 quater CP atomiza las distintas dimensiones de la colaboración con las autoridades que plasman las convenciones de Palermo y Mérida en tres atenuantes con autonomía propia: confesión, cooperación y reparación del daño. A tenor de las reglas generales sobre determinación de la pena del art. 66 CP, extensibles a las personas jurídicas, de concurrir exclusivamente una de ellas, la pena imponible se moverá en la mitad inferior del marco penal o permitirá una reducción de la pena en uno o dos grados si es valorada como atenuante cualificada o muy cualificada. La misma reducción en uno o dos grados conlleva la presencia de más de una de ellas. Con todo, seguirá habiendo responsabilidad para la persona jurídica, a menos que la concurrencia simultánea de todas ellas pruebe que el *compliance* con que contaba la empresa fue eficaz, a pesar del delito acaecido.

Por su parte, las USSG engloba, en principio, la confesión y colaboración en una única variable atenuante de la culpabilidad de la persona jurídica, pero otorgándole distinta puntuación en cuanto a su efecto reductor de la pena de multa. Así, vienen graduadas en función de la importancia que se les otorga y su número. La excepción la constituye la reparación del daño, que no se considera atenuante, sino una posible pena aplicable a la persona jurídica, adicional o alternativa a la pena de multa.

En conexión con lo anterior, conviene destacar que la confesión a la que alude la letra a) del art. 31 quater CP español tiene una proyección más amplia que el *self-reporting* de las USSG. En este sentido, en la regulación española es posible ameritar una atenuación de la pena en supuestos de confesión sin origen en una investigación interna de la empresa, lo que, por otro lado, según se expuso, puede derivar, en algunos casos, en un solapamiento parcial con la atenuante de colaboración de la letra b) del mismo cuerpo legal. En esta cuestión las USSG ofrecen una distinción más precisa de ambos elementos, diferenciando la autodenuncia de la colaboración sin origen en la anterior, bajo unas condiciones también explicitadas normativamente. Ello permite, por un lado, conceder una mayor rebaja penológica

cuando aparecen dichas circunstancias cumulativamente y, por otro lado, posibilitar la adopción de vías negociadas con la acusación pública de no persecución penal.

En relación con la colaboración sin que haya habido confesión, la letra b) del art. 31 quater CP español orienta esta atenuante al resultado, aportando pruebas que resulten nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. Su ámbito de aplicación es, pues, limitado, dado que se premia que la información suministrada resulte exitosa para fundar una condena penal, pero olvida los esfuerzos realizados por la organización para ayudar relevantemente en la investigación de los hechos e identificación de los intervinientes, con independencia de que resulten eventualmente castigados.

Por el contrario, el sistema federal norteamericano presenta, en esencia, dos elementos diferenciales. Por un lado, se requiere que la información resulte relevante o esencial para identificar la naturaleza del delito y a su autor o autores, lo que no exige necesariamente su condena. Por otro, también se considera merecedor de valoración el esfuerzo de la empresa que proporciona la información, aunque no se consiga lo anterior, pero siempre que haya sido por falta de cooperación de terceros, no de la propia persona jurídica.

Valorado globalmente, este último régimen parece mostrarse más eficaz para abordar el fenómeno de la corrupción asociado a la delincuencia organizada transnacional, dado que al vincularse el efecto atenuante a que obligatoriamente haya un concreto pronunciamiento condenatorio de una o varias personas, puede producir el efecto inverso al pretendido y desincentivar la contribución de la empresa, algo de vital importancia para descubrir y perseguir la trama corrupta.

También el elemento temporal o cronológico tiene una distinta valoración en ambos sistemas. La colaboración que regula la letra b) del art. 31 quater es posible en cualquier momento del proceso penal; sin embargo, la colaboración tardía de la persona jurídica, en los términos que define las USSG, esto es, posterior a la notificación de la investigación, presupone una voluntad no plenamente colaboradora. Ello conlleva un menor efecto reductor de la culpabilidad y,

en consecuencia, de la pena según el sistema de puntos que guían las USSG. Con todo, este último sistema, sin renunciar a las ventajas político criminales de no condicionar temporalmente la colaboración a un determinado momento procesal, permite acompañar proporcionalmente la graduación de la pena, conforme a un criterio prefijado.

Es de destacar que el CP recoge una particularidad específicamente en materia tributaria, sin parangón en el sistema federal norteamericano, al disponer una atenuante cualificada o privilegiada con una lógica puramente recaudatoria a favor de la Administración Tributaria, distinta de la que inspira la colaboración con las autoridades como manifestación de la autorregulación empresarial. Con todo, debe reconocerse la proximidad de este régimen particular en materia tributaria con el objetivo que comparte, con carácter general, la atenuante de reparación del daño, tanto de recupero de la ganancia ilícita que procura el delito de corrupción, como de resarcimiento a las víctimas de este fenómeno criminal, en este caso focalizado en el perjuicio causado a la Hacienda Pública en cualquiera de sus versiones (estatal, autonómica o local). Se trataría, por tanto, de una especie dentro del género de la reparación del daño a la que se le asigna un mayor poder de mitigación de la pena para fomentar estos comportamientos.

En conexión con lo anterior, el tercer componente de la colaboración eficaz, referido a remediar los daños causados por el delito o mitigar sus efectos, que en materia de corrupción se reconduce, no únicamente, pero sí fundamentalmente, a la previsión de otro mecanismo por el que privar de los beneficios ilícitos que genera el acto de corrupción o contrarrestar sus efectos perjudiciales, presenta un tratamiento muy diferente en las legislaciones no latinoamericanas analizadas. La regulación de EE. UU., según se ha señalado, concibe la reparación como una sanción penal; el CP español le atribuye la naturaleza de atenuante. No se escapa que, a pesar de que en ambos países la distinta naturaleza de este elemento cumple la misma finalidad político criminal para hacer frente al fenómeno de la corrupción, en sus distintas manifestaciones, su significado es muy distinto. En la regulación penal española forma parte del paquete de incentivos premiales de fomento de la autorregulación empresarial, mientras que en EE. UU. opera como castigo, con una clara orientación preventivo general.

En una valoración global de ambos sistemas jurídicos y tras analizar comparadamente sus principales características, el régimen federal estadounidense presenta elementos que le confieren, en parte, mayor idoneidad frente a la regulación española como estrategia anticorrupción, si bien no es posible realizar una comparación práctica, dado que no se cuentan con casos judiciales en este ámbito de criminalidad en España, con la salvedad hecha de puntuales pronunciamientos existentes en materia tributaria.

3.4. Regulación en los países latinoamericanos de referencia

3.4.1. Aproximación inicial

La forma en que los países de referencia del entorno latinoamericano han incorporado en sus disposiciones penales el papel que juegan los incentivos premiales para la persona jurídica y, particularmente, la colaboración con las autoridades de cara a una eventual aminoración o reducción de la pena, está influenciada, en una primera aproximación, fundamentalmente por dos variables. La primera tiene que ver con el hecho, según se expuso, de que los estándares universales dejan a discrecionalidad de los sistemas jurídicos nacionales el alcance mitigador de esta circunstancia, hasta el punto de poder determinar la inmunidad de la persona jurídica. Esto sucede, generalmente, cuando la colaboración viene acompañada de una denuncia voluntaria por su parte y/o cumulativamente por los esfuerzos empresariales llevados a cabo para reparar o disminuir los daños que produce el delito. La segunda variable, íntimamente conectada con la anterior, es, de nuevo, el rol que se atribuye a la acusación pública en la investigación y persecución delictiva. Puede decirse que existe una clara correspondencia entre el reconocimiento legal de fórmulas negociadas con la Fiscalía y la no persecución o exclusión de la pena para la persona jurídica en el marco de una cooperación plena y eficaz de esta.

Al margen de estas consideraciones, el análisis que se va a realizar se sitúa en un contexto legislativo muy dispar en cuanto al reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, en general, con escaso o nulo recorrido en la praxis judicial. De manera

que, a diferencia de su tradicional uso como herramienta útil para la investigación, persecución y, en su caso, castigo de actos de corrupción llevados a cabo por personas físicas, en particular cuando se asocian con la delincuencia organizada transnacional, el marco regulador penal de la colaboración eficaz de las personas jurídicas en el ámbito penal no ha tenido, por el momento, recorrido en la práctica.

3.4.2. Argentina

La Ley 27.401, reguladora de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de corrupción, atribuye a la colaboración un posible efecto atenuante en el marco de las reglas de graduación de la pena aplicable a la persona jurídica. En virtud del art. 8 de esta Ley, la autoridad judicial deberá tener en cuenta para graduar la pena una lista no cerrada de criterios (OCDE, 2019: 15), entre los que se encuentran “[...] la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; el comportamiento posterior; la disposición para reparar o mitigar el daño [...]”. En este sentido, es de destacar que este precepto no prefija el valor atenuante o agravante de las distintas circunstancias que enuncia (Cesano, 2022: 470), si bien la doctrina ha señalado que algunas de ellas, entre las que se encuentra la colaboración, pretenden motivar la autorregulación empresarial (Cesano, 2022: 471). Por otro lado, el art. 8 tampoco dispone reglas específicas que reflejen el concreto impacto de los factores previstos en la dosimetría de la pena, ni existen instrucciones por parte de la Fiscalía que aporten luz al respecto. De lo que se desprende que opera la discrecionalidad en esta cuestión mediante una valoración conjunta de todos los factores atenuantes y agravatorios concurrentes en el caso concreto.

Además de su naturaleza atenuante, se recordará que la Ley 27.401 atribuye efectos eximentes a la existencia previa al delito de un programa de integridad, siempre que cumulativamente la persona jurídica haya denunciado espontáneamente un delito a las autoridades, como consecuencia de una investigación interna y hubiera devuelto el beneficio indebido obtenido (art. 9°). Aunque esta previsión lo que regula es una eximente de responsabilidad, y no una atenuante,

sorprende que no incluya igualmente, con carácter expreso, el suministro de información útil para el esclarecimiento de los hechos e identificación de los intervinientes. Esta forma de cooperación se desplaza en la ley a la posibilidad de alcanzar un acuerdo de colaboración eficaz, hasta la citación a juicio, entre la persona jurídica y el Ministerio Fiscal (arts. 16 a 21), incidiendo en la idea de utilitarismo jurídico (Donna, 2019: 1400). El acuerdo constituye también, en la práctica, otra fórmula de atenuación del castigo penal, siempre que la persona jurídica “se obligue a cooperar a través de la revelación de información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes o el recupero del producto o las ganancias del delito” (art. 16). E, igualmente, siempre que se cumplan las condiciones del acuerdo (art. 18)¹⁵, en el que, además, debe consignarse el tipo de información, datos a brindar, o pruebas a aportar por la persona jurídica al Ministerio Público Fiscal. Este acuerdo de colaboración eficaz es confidencial hasta su aprobación (art. 17), debe hacerse por escrito y se somete a control judicial (arts. 19 a 21).

No han faltado voces críticas que han tildado el acuerdo de colaboración eficaz argentino de mero acto burocrático con visos de arbitrariedad, por el que la empresa gana en un contexto judicial de elevada corrupción (Donna, 2019: 1401,1402).

Por otro lado, las previsiones de la Ley 27.401 resultan en cierta medida incongruentes. A la colaboración, en sus distintas manifestaciones, se le atribuye un doble régimen de atenuación. Uno, en el

¹⁵ “a) Pagar una multa equivalente a la mitad del mínimo establecido en el artículo 7° inciso 1) de la presente ley; b) Restituir las cosas o ganancias que sean el producto o el provecho del delito; y c) Abandonar en favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena; Asimismo, podrán establecerse las siguientes condiciones, sin perjuicio de otras que pudieran acordarse según las circunstancias del caso; d) Realizar las acciones necesarias para reparar el daño causado; e) Prestar un determinado servicio en favor de la comunidad; f) Aplicar medidas disciplinarias contra quienes hayan participado del hecho delictivo; g) Implementar un programa de integridad en los términos de los artículos 22 y 23 de la presente ley o efectuar mejoras o modificaciones en un programa preexistente”.

marco de la graduación de la pena (confesión, comportamiento posterior y reparación), de valoración discrecional unitaria. Otro por la vía de un acuerdo procesal de colaboración eficaz, en lo que atañe al suministro de información útil y decisiva para esclarecer los hechos, identificar a los autores o partícipes o recuperar el producto o ganancias ilícitas. La ventaja de este último reside en la notable reducción que consigue en la multa (mitad del mínimo previsto legalmente), pero a la que se adicionan estrictas condiciones cumulativas. Fuera de estos supuestos de atenuación, no parece justificarse que la cooperación con el suministro de información útil y decisiva se contemple expresamente como una de las condiciones de la circunstancia eximente del art. 8º, máxime cuando la ley alude a la denuncia espontánea de “un delito”. Esto puede llevar a interpretar que el requisito se cumple cuando la persona jurídica denuncia espontáneamente el delito que comete otra física o jurídica, algo duramente criticado por el Grupo de Trabajo de la OCDE (OCDE, 2019: 11).

3.4.3. Brasil

Aunque el PLS nº 236/2012 no prevé un catálogo de atenuantes ni agravantes para las personas jurídicas, sí contempla la figura del imputado colaborador (art. 106), aquel que “haya colaborado efectiva y voluntariamente con la investigación y el proceso criminal”. Esta figura condiciona sus posibles beneficios penales a la identificación total o parcial de los demás coautores o partícipes, la localización de la víctima preservada su integridad física o la recuperación total o parcial del producto del crimen. De ser así, la colaboración puede conllevar varios efectos, en mayor o menor grado: (a) la extinción de la punibilidad en caso de un delincuente primario; (b) una reducción de la pena de uno a dos tercios o; (c) la aplicación exclusiva de una pena restrictiva de derechos.

A pesar de hacerse eco de los estándares internacionales en cuanto al fomento de incentivos premiales, el PLS presenta, como en otras cuestiones nucleares, carencias en lo atinente a la colaboración premiada. Obsérvese que en la delimitación de su contenido no hay ninguna alusión al suministro de información útil para el esclarecimiento de los hechos, ni clarifica si la colaboración voluntaria se

refiere a supuestos de denuncia voluntaria como resultado de una investigación o la cooperación puede ser voluntaria una vez iniciado el proceso, entre otros aspectos.

3.4.4. Chile

La Ley chilena 20.393 incluye un catálogo de atenuantes similar, en parte, al que regula el CP español, del que, a los efectos de este análisis, interesan las dos primeras: la reparación del daño o impedir ulteriores perniciosas consecuencias, y la colaboración sustancial. Ambas se recogen como atenuantes de la persona jurídica por remisión a las mismas atenuantes previstas para las personas físicas en el art. 11 CP chileno. Pero la colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos por la persona jurídica posee un contenido específico en virtud del apartado 2 del art. 6º: “se entenderá especialmente que la persona jurídica colabora sustancialmente cuando, en cualquier estado de la investigación o del procedimiento judicial, sus representantes legales hayan puesto, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportado antecedentes para establecer los hechos investigados”.

En cuanto al contenido y requisitos de la colaboración sustancial es extrapolable la doctrina y jurisprudencia existente en relación con las personas físicas (por todos, Villarroel Rojas, 2015: 22 et. seq.). La única especificación que aporta la Ley 20393 es que la colaboración debe realizarse a través de sus representantes legales, lo que veta la posibilidad de que la empresa se favorezca de una reducción de la pena por la denuncia de cualquier empleado sin capacidad para representarla. Al igual que para las personas físicas, su aplicación se somete a un límite temporal, si bien alguna postura defiende la aplicación de la atenuante, aunque se haya procedido a formalizar a la persona jurídica, a tenor de lo dispuesto en el art. 22 de la Ley sobre los requisitos de formalización de la investigación (Gómez & Lichtemberg, 2012: 161).

Por su parte, el art. 14 Ley 20393 especifica los criterios para el efecto de la concurrencia de atenuantes y/o agravantes tienen en la determinación y dosimetría de la pena. Así, por ejemplo, de concurrir exclusivamente esta atenuante, limita a dos de las penas aplicables a las personas jurídicas, debiendo imponerse en cualquier caso

una de ellas en su grado mínimo. Si se trata de crímenes, también se aplicarán exclusivamente dos de las penas del art. 14, con la opción potestativa de imponerlas en su mínimo.

De acuerdo con las principales características expuestas, es de destacar que la actuación de la Fiscalía en Chile se rige por el principio de legalidad, por lo que el ámbito de aplicación de la colaboración se limita al de una atenuante de responsabilidad que debe ser objeto de valoración judicial. En esta previsión exclusivamente atenuante la regulación penal chilena cuenta con elementos positivos. Uno de ellos es el hecho de haberse establecido expresamente las reglas que determinan la penalidad de la persona jurídica en función de la concurrencia de atenuantes y/o agravantes, lo que reduce la discrecionalidad en esta cuestión. Otro es el especificar que la colaboración sustancial solo puede canalizarse a través de los representantes legales de la persona jurídica, evitando confusiones en cuanto al sujeto que puede hacer valer la colaboración empresarial.

Con todo, también presenta algunos puntos débiles, puesto que no se determina claramente si la aplicación de la atenuante tiene que ver con la denuncia voluntaria de la persona jurídica como resultado de una investigación interna en la empresa, en cuyo caso es expresión de una filosofía autorreguladora o no. Además, la colaboración se circunscribe a poner en conocimiento los hechos punibles o sus antecedentes, pero nada se dice sobre la identificación del autor o autores, lo que lleva a una versión excesivamente laxa en los requisitos objetivos de la atenuante con relevancia atenuante. Hasta la fecha ninguno de los casos judiciales en los que se ha enjuiciado y, en su caso, condenado a una persona jurídica en Chile ha tenido origen en una denuncia voluntaria de la persona jurídica, por lo que no se cuenta con criterio jurisprudencial que ayude a dotar de sentido el contenido específico de lo que en el ámbito de la cooperación de la persona jurídica resulta “sustancial” y sus especificidades.

3.4.5. México

Conforme al art. 11 bis Código Penal Federal, la regulación penal mexicana limita el catálogo de atenuantes para las personas jurídicas a la existencia de un órgano de control permanente previo a la

comisión delictiva y a la disminución del daño, que podrán reducir hasta en una cuarta parte las penas aplicables en todos los supuestos previstos en el art. 422 Código Nacional de Procedimientos Penales¹⁶. Más allá de la inclusión a este aspecto de la cooperación con las autoridades que fundamentalmente conecta con la devolución del beneficio ilícito genera el hecho delictivo de corrupción, no hay mención específica a la cooperación eficaz de las personas jurídicas con las autoridades que implique la autodenuncia y/o el suministro de información útil para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de sus intervinientes.

México se desmarca, como puede apreciarse, de los sistemas jurídicos nacionales en el tratamiento jurídico-penal de este incentivo penal, ya que no solo no la concibe como atenuante, tampoco le da valor mediante otras fórmulas de mitigación (eximente o condición para un acuerdo procesal). La razón pueda encontrarse en que México ha optado por remitir la sanción a las personas jurídicas por delitos de corrupción al ámbito administrativo, régimen sancionador en la que este y otros incentivos premiales ocupan un lugar central. Ahí reside precisamente el principal elemento perturbador de la regulación penal mexicana, puesto que, existiendo dos regímenes sancionatorios para las personas jurídicas, siguen direcciones muy distintas que pueden enviar mensajes ambiguos y desmotivadores para las empresas en la aspiración de que se conviertan en “buenas personas jurídicas”.

3.4.6. Perú

Al igual que México, tampoco conoce efecto atenuante la cooperación con las autoridades en el régimen penal de consecuencias accesorias previsto en el CP peruano y en las leyes especiales que

¹⁶ Si prevé la atenuante de colaboración el Código Penal del Distrito Federal de México, por señalar un ejemplo a nivel estatal. El art. 27 quinquies enuncia esta atenuante como sigue: “colaborar en la investigación de los hechos que la ley señala como delito aportando medios de prueba nuevos y decisivos, en los términos de la legislación de procedimientos penales aplicables al DF que conduzcan al esclarecimiento tanto de los hechos como de las responsabilidades penales a que haya lugar.”

tipifican los actos de corrupción en sus distintas manifestaciones delictivas. Con carácter general, el juzgador habrá de tomar en consideración para determinar la o las consecuencias accesorias aplicables a las personas un listado de criterios (art. 105-A CP peruano) entre los que no se encuentra este factor.

La regulación peruana resulta muy obsoleta en este punto, sin que parezca que exista interés por reformarla en este u otros aspectos, debido a que existe una regulación administrativa que ya daría respuesta regulatoria esta cuestión¹⁷. Por ello, le es achacable las mismas objeciones que en su momento se realizaron sobre la validez de los programas de integridad para favorecer la exoneración o inmunidad de la persona jurídica, en cuanto a la diferencia de trato en el régimen penal y administrativo y las disfuncionalidades que ello produce en el fomento de incentivos premiales empresariales, a cuya exposición me remito.

3.4.7. Análisis comparado en los países de referencia del ámbito latinoamericano

En el contexto legislativo que se señaló en la introducción al análisis de las regulaciones en los países de referencia latinoamericanos, se observan tendencias muy dispares en el tratamiento jurídico-penal de la cooperación con las autoridades como elemento de mitigación de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

En este escenario, México y Perú prescinden de conceder virtualidad atenuante (también eximente) a la colaboración por parte de la persona jurídica en la órbita penal, en el marco de una regulación, en general, deficitaria en relación a su responsabilidad penal por actos de corrupción. Brasil se adscribe también a esta tendencia, puesto que la legislación penal vigente no reconoce en este ámbito delictivo

¹⁷ Art. 12 de la Ley 30424 que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo internacional: “colaborar objetiva, sustancial y decisiva en el esclarecimiento del hecho delictivo, en cualquier momento del proceso”. También se prevé autónomamente la “confesión con anterioridad a la formalización de la investigación”.

la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica. El aparentemente abandonado PLS 236/2012 trata de remediar esta situación con la figura del imputado colaborador, de nuevo sobre la base de unas disposiciones penales para atribuir responsabilidad a la persona jurídica claramente deficitarias. En cualquier caso, también esta figura regula insuficientemente este incentivo premial, que puede derivar tanto en una poderosa reducción de la pena como en la inmunidad de la entidad, al no distinguir o proporcionar reglas sobre en qué situaciones actuará como atenuante y cuándo alcanzará la exclusión de la responsabilidad. Es de advertir que el proyecto diferencia disyuntivamente diversas actuaciones post-delictivas (identificación total o parcial de los demás autores o partícipes, localización de la víctima preservada su integridad física o recuperación total o parcial del producto del crimen), por lo que en principio cada una de ellas podría valorarse autónomamente para ambos efectos mitigadores. Cabe deducir que únicamente cuando concurren simultáneamente dos o más, se podrá premiar con la inmunidad de la persona jurídica, pero es un aspecto que se regula ambiguamente en el proyecto de reforma.

También parte de atribuir autonomía a las varias formas de cooperación con las autoridades que se mencionan en los estándares internacionales universales la regulación chilena, acotada a los delitos de corrupción que constituyen el ámbito de aplicación de la Ley 20393. Este modelo, con bastantes afinidades con la regulación española, recoge tanto el elemento de la reparación del daño, en el que tiene cabida la devolución del beneficio ilícito obtenido, como la colaboración sustancial. Presenta una especificidad que no se contempla legalmente en ningún otro sistema nacional, pues acota las personas físicas que pueden llevar a cabo los actos de colaboración sustancial a los representantes legales. La mención expresa a estos sujetos, que permite excluir efectos atenuantes, por ejemplo, a la denuncia voluntaria presentada por un empleado de la entidad sin poder para representarla, no aparece sin embargo en la Ley 27.401 argentina, la más reciente hasta la fecha de los países de referencia para hacer responder penalmente a las empresas por actos de corrupción, en el ámbito público o privado, incluidos los de carácter transnacional. Por el contrario, la argentina es una regulación que concede un amplio margen de apreciación a la colaboración, tanto parcialmente

para otorgar efecto atenuante a varios aspectos particulares que la integran, como cumulativamente, con un doble marco atenuante por la vía de la graduación de la pena y de los acuerdos de colaboración eficaz.

Tanto la legislación chilena, dentro del ámbito de aplicación de la Ley 20393, como el proyecto de reforma del CP de Brasil coinciden en cuanto los requisitos de la colaboración, efectiva o sustancial. Aunque en ambos casos no se distingue si esta se produce antes del proceso (confesión, con o sin origen en el resultado de una investigación interna de la empresa) o una vez iniciado, ambas posibilidades tienen cabida, aunque los dos regímenes legales le atribuyan distinto alcance. En la regulación argentina solo es posible atenuar la pena, pudiendo llegar a la exoneración en el proyecto brasileño. En cualquier caso, comparten que el efecto mitigador no depende de un resultado concreto, esto es, de que sirva para condenar efectivamente a las personas involucradas como autores o partícipes. El suministro de información útil, esencial o relevante, siguiendo la postura internacional en la materia en el ámbito internacional, va referido al esclarecimiento de los hechos y a la identificación de los autores o partícipes. En la misma línea se mueve la Ley 27.401 argentina, con la diferencia frente a los dos sistemas jurídicos anteriores de que también el suministro de información útil puede tener como finalidad el recupero del producto o las ganancias del delito, lo que en la regulación chilena y el proyecto brasileño adquiere autonomía atenuante propia. Además, la Ley 27.401 sí atribuye autonomía propia a la confesión, también sin distinguir si tiene su origen en una investigación interna de la persona jurídica.

Es de reseñar igualmente en este análisis comparado que únicamente la Ley 20393 chilena establece un requisito temporal para que la colaboración sustancial opere como atenuante, requiriéndose que se realice antes de que se haya procedido a formalizar a la persona jurídica. No ocurre lo mismo en el caso de la reparación del daño, no sometida, al igual que en la regulación argentina y en el proyecto brasileño, a ningún condicionante cronológico. En el marco de una estrategia político criminal para afrontar eficazmente el fenómeno de la corrupción, especialmente asociada a la delincuencia organizada transnacional, cabe plantear si condicionar

temporalmente a un momento procesal determinado estas manifestaciones de la cooperación con las autoridades es conveniente. Debe recordarse el sentido premial que posee esta circunstancia en aras a facilitar el descubrimiento, persecución y castigo de una delincuencia que, de no mediar colaboración eficaz, corre el riesgo de quedar oculta, total o parcialmente, renunciando con ello a una parte de la sanción. Por ello parece que lo conveniente sería abrir la posibilidad mitigadora hasta un momento más tardío, en la línea de la apertura del juicio oral que dispone el CP español. Caso distinto se presenta en relación con la autodenuncia, que lógicamente solo podrá tener relevancia atenuante (y bajo determinadas circunstancias, eximente) cuando se realiza antes de conozcan que el procedimiento se dirige contra ellas.

3.5. Regulación en Colombia

3.5.1. El marco regulatorio en los proyectos de ley de 2018 y 2020

El art. 100D del proyecto 117 (2018) regulaba tres circunstancias atenuantes. En concreto, la letra b se refería a la colaboración sustancial con el esclarecimiento de los hechos¹⁸. A estos efectos, se entendía que la persona jurídica colaboraba sustancialmente “cuando su representante legal, o el revisor fiscal, o el contador, o el auditor, o alguno de los socios, o de los accionistas de sociedades anónimas de familia, administradores, directivos o quienes realicen actividades de administración y supervisión hayan denunciado a las autoridades el hecho punible, o cuando hayan suministrado información útil para su esclarecimiento”. Finalizaba el precepto aclarando que la persona jurídica podría entregar dicha información útil en cualquier momento, pero con anterioridad a conocer que el procedimiento judicial se dirigía contra ella. Por lo que se desprende que, en realidad, la colaboración a la que aludía el proyecto 117 (2018) abarcaba exclusivamente la autodenuncia de la entidad, por lo que parecía

¹⁸ Junto a la colaboración, el proyecto 117 (2018) incluía la reparación del daño o impedir ulteriores consecuencias (letra a), así como la adopción con anterioridad del delito de un programa de ética empresarial (letra c).

vetar la posibilidad de considerar como atenuante la colaboración eficaz sin autodenuncia.

Por su parte, el proyecto de ley 178 (2020) acoge tres atenuantes específicas para la persona jurídica en su art. 8, apreciables de forma independiente: “1. confesión de la infracción, con posterioridad a la comisión del delito, antes del juicio oral; 2. Colaborar de forma eficaz con la investigación en cualquier momento del proceso, y de otros procesos que se dirijan contra otra persona jurídica; 3. Reparar y remediar el daño causado, total o parcial”. En lo que se refiere a la colaboración eficaz del apartado 2, el proyecto distingue dos vías de cooperación: por un lado, la empresa presta su colaboración en el proceso en el que está siendo investigada por la comisión de uno o varios delitos de naturaleza corrupción; pero también puede ofrecer información sobre otras personas jurídicas cuya responsabilidad se ventila en otros procesos. Lo que el proyecto no aclara es si ambas circunstancias son autónomas o deben darse, en su caso, simultáneamente. Parece que debe imponerse esta segunda interpretación si de lo que se trata de abordar una prevención eficaz de la corrupción asociada a la delincuencia organizada transnacional, puesto que no puede considerarse que resulte eficaz que la persona jurídica busque atenuar su responsabilidad aportando información valiosa sobre otras empresas corruptas, pero soslayando lo relativo a su propio comportamiento delictivo.

Paralelamente, el párrafo segundo del art. 8 completa la previsión de las atenuantes en el ámbito procesal, remitiéndose a las reglas de la Ley 906 de 2004 (Código Procesal Penal colombiano) sobre la celebración de preacuerdos entre el Fiscal y la persona jurídica. Esto es, para celebrar un acuerdo por colaboración eficaz, escrito o verbal, que en todo caso deberá ser verificado en audiencia posterior por el Juez Especializado de Conocimiento. No serán objeto de análisis, pues su tratamiento ya ha sido abordado en otro capítulo, al remitirse a las reglas de acuerdos procesales aplicables a las personas físicas. Con la particularidad de que en este caso el preacuerdo deberá acordarse por el representante o representantes legales de la persona jurídica.

3.5.2. Análisis comparado de la regulación en Colombia a la luz de los estándares internacionales y los sistemas nacionales latinoamericanos y no latinoamericanos previamente analizados

A pesar de que Colombia sigue apostando por una respuesta sancionadora exclusivamente administrativa, el proyecto 178 (2020) toma postura por mantener la vía reglada atenuante, y no eximente, de la colaboración eficaz, también posible por la vía de acuerdos procesales. En esto, dentro del marco ofrecido por los estándares internacionales universales y regionales, que no determinan el alcance del efecto mitigador de la colaboración, se observan claras afinidades con las regulaciones penales de Argentina, por vía de la Ley 27.401, y EEUU, en las que se distinguen ambas posibilidades de mitigación, una mediante valoración judicial, y otra a través de fórmulas transaccionales con la Fiscalía. En el primer caso, el régimen de atenuantes específicas para la persona jurídica de la propuesta legislativa colombiana de 2020 está claramente influenciada por la regulación que ofrece el art. 31 quater CP español. Primero, porque atribuye efecto atenuante autónomo a los tres componentes de la colaboración eficaz que señalan los estándares internacionales de ámbito universal en materia de corrupción (autodenuncia, cooperación y reparación del daño); aspecto también compartido por otros sistemas jurídicos nacionales (EE. UU., Chile). Segundo, porque presenta algunos elementos en su contenido que también se recogen en la Ley 20393 chilena, aprobada un año antes que la reforma del CP de 2010, como es el hecho de que estas formas de comportamiento postdelictivo solo pueden hacerse valer cuando se han realizado por medio del representante o representantes legales de la entidad.

Entrando en los requisitos para su apreciación, ha de resaltarse que la primera que recoge el proyecto 178 (2020), la atenuante de confesión, tiene un alcance mayor que la autodenuncia, en términos similares a los que prevé el art. 31 quater CP español, letra a), la Ley 27.401 argentina y la Ley 20393 chilena, de manera que también es posible otorgar eficacia mitigadora cuando las autoridades tienen conocimiento del hecho delictivo por vía distinta que el resultado de una investigación interna que la propia empresa les traslada. Por su parte, la atenuante de colaboración eficaz, a diferencia del caso español, sigue, en principio, la tendencia asumida por los estándares

internacionales universales, y que igualmente son asumidos por la mayoría de las regulaciones analizadas, dentro y fuera de América Latina, en la medida en que no condiciona la rebaja penológica al resultado de que, efectivamente, haya hecho posible un pronunciamiento condenatorio de las personas que han participado en la comisión del hecho punible. La propuesta colombiana introduce una particularidad, puesto que la significancia probatoria de la información suministrada se hace extensible a otros procesos que se dirijan contra otra persona jurídica. No hay, sin embargo, mayor especificación de los requisitos para valorar la colaboración como eficaz, aspecto que tampoco se prevé en el régimen aplicable a la persona física. Por su parte, la atenuante de reparación del daño, en la que obviamente tiene cabida la devolución del producto del delito o ganancia ilícita, sigue la misma tónica que la mayoría de los sistemas jurídicos analizados.

En cuanto al requisito temporal, la propuesta legislativa colombiana es la que presenta mayores particularidades respecto del resto de sistemas jurídicos latinoamericanos y no latinoamericanos analizados. En concreto, a diferencia de las regulaciones española, chilena y, parcialmente, estadounidense, condiciona las tres atenuantes a distintos momentos procesales. La confesión puede producir efectos atenuantes si se realiza con anterioridad al juicio oral. La colaboración puede realizarse en cualquier momento del proceso, mientras que la reparación y remedio, total o parcial, del daño no se somete a plazo temporal alguno. Si bien en los dos últimos casos la apertura a renunciar a una parte de la pena en la promoción de estos incentivos puede mostrarse favorable a la finalidad político criminal que pretenden para la investigación y enjuiciamiento de actos de corrupción, en especial asociados a la delincuencia organizada transnacional, esta misma finalidad puede quedar en entredicho en los supuestos de autodenuncia, puesto que sin ella en muchas ocasiones y a falta de otros elementos probatorios, no es posible descubrir la trama corrupta.

Por último, la propuesta penal colombiana no establece reglas sobre el efecto de la concurrencia de una o varias atenuantes y/o agravantes en la graduación y dosimetría de las penas aplicables a la persona jurídica, aspecto en el que coincide con otras regulaciones del entorno latinoamericano, a excepción de Chile, lo que lleva a

compartir con aquellas una mayor discrecionalidad en su aplicación, no deseable con carácter general y, específicamente, en relación con la corrupción asociada a la delincuencia organizada transnacional.

3.6. Nota final

Del estudio comparado realizado ha de concluirse que en el Derecho penal vigente colombiano no existen especificidades sobre la cooperación con las autoridades en relación con la corrupción y el crimen organizado transnacional, puesto que actualmente no existe regulación penal sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ello no debe llevar a olvidar las iniciativas legislativas en torno a esta cuestión en Colombia que se han analizado, fundamentalmente el Proyecto 178 (2020), en las que las distintas manifestaciones de la cooperación constituyen incentivos premiales, esto es, atenuantes autónomas de la pena, con las afinidades y divergencias que presentan respecto de las regulaciones de los países de referencia dentro y fuera del ámbito latinoamericano.

Sin perjuicio de la mayor o menor idoneidad que, en concreto, presenta esta propuesta legislativa para que la cooperación cumpla con los dos objetivos que se le asignan, esto es, servir de herramienta anti-corrupción para posibilitar la acción de la Justicia, así como fomentar la autorregulación empresarial mediante su reconocimiento como incentivo premial, la reciente aprobación de la Ley 2195 del 18 de enero de 2022, con incidencia en la responsabilidad administrativa de la persona jurídica, ha paralizado por el momento los intentos del Estado colombiano en esta dirección en la órbita penal. Aunque la respuesta sancionatoria para las personas jurídicas por actos de corrupción puede ser exclusivamente administrativa, según permiten los estándares internacionales al respecto, sería conveniente que Colombia siguiera avanzando igualmente en el reconocimiento de la vía penal.

4. LA REITERACIÓN DELICTIVA COMO FACTOR DE AGRAVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

4.1. Consideraciones previas

Acorde con lo señalado en la introducción a este capítulo, si algo caracteriza a la corrupción en el marco de la delincuencia organizada transnacional es su carácter estructural y sistematizado, puesto de manifiesto en la existencia de dinámicas de prácticas corruptas que se perpetúan en el tiempo. La reiteración delictiva en que se manifiesta el fenómeno de la corrupción, dentro de las fronteras nacionales o, como es habitual en el caso de multinacionales, con presencia en distintos países, evidencia de entrada que los esfuerzos que en su caso hubiera realizado la persona jurídica han fracasado o, simplemente, no se han hecho. De nada o poco han servido los incentivos premiales, con mayor o menor efecto jurídico-penal, para convertirla en una “buena persona jurídica”.

En esta tesitura, podría decirse que castigar más severamente la reiteración delictiva mediante su previsión como agravante constituye el reverso de estos incentivos (implementación de programas de integridad, colaboración eficaz, etc.). Así, la pena del nuevo delito habría de incrementarse por razones de prevención especial, ya que la previamente impuesta no fue lo suficientemente disuasoria. También, bajo consideraciones de prevención general, se envía un mensaje a las empresas de que resulta más rentable invertir en medidas y controles que eviten la realización de actos de corrupción que caer nuevamente en el delito, teniendo en cuenta que la pena principal imponible a las personas jurídicas es la pena pecuniaria. Por ello, la multa calculada en proporción a la ganancia ilícita que le genera el delito deberá ser mayor.

Son muchos y espinosos los problemas que tradicionalmente ha suscitado y aún suscita la reincidencia en el caso de las personas físicas, cuestión que no corresponde ser tratada aquí. En este estudio comparado se parte de que la reincidencia, esto es, la agravación de la pena basada en la existencia de condenas anteriores (Guisasola, 2008: 20), se prevé legalmente para las personas físicas como factor

o criterio de agravación de la responsabilidad en la totalidad en los países de referencia de este estudio, habiendo superado el correspondiente test de constitucionalidad. Sin perjuicio, lógicamente, de las críticas a su previsión legal y refrendo constitucional por parte de la doctrina especializada. En consecuencia, este análisis comparado se orienta a preguntarse si, frente a un fenómeno con elementos de sistematicidad, perpetuación en el tiempo y dimensión organizada y transnacional, la regulación existente sobre reincidencia para las personas jurídicas puede desplegar los efectos disuasorios a los que aspira.

Teniendo en cuenta lo anterior, se imponen todavía algunas aclaraciones previas. Se parte de que la agravante de reincidencia para las personas jurídicas es un elemento accidental del delito con efecto en la determinación e individualización de la pena. Pero la reincidencia es un hecho fáctico a valorar en la reiteración delictiva posterior que, como bien ha señalado la doctrina, “se moldea de acuerdo con la disposición jurídica en que se encuentre” (Martínez Espinosa et al., 2016: 5). Plasticidad en cuanto a su contenido (reincidencia genérica, reincidencia específica, reincidencia internacional, multi-reincidencia) que aparece reflejada en los sistemas jurídicos que se van a analizar y comparar. El efecto agravatorio de la recaída en el delito puede tener, por tanto, un alcance más o menos amplio y, de la misma manera, estar condicionado a un límite temporal de mayor o menor duración. Del mismo modo, el nivel de agravación punitiva puede ser más o menos discrecional, según la existencia de reglas o criterios para la determinación e individualización de la pena.

Dos últimas aclaraciones finales. Aunque son cuestiones con claros elementos de conexión, este estudio se focaliza en la comisión delictiva posterior a un acto de corrupción por el que la persona jurídica ha sido previamente condenada. No se va a abordar la concurrencia de jurisdicciones penales, esto es, el doble o múltiple enjuiciamiento de un mismo hecho, de los que los casos Siemens y Odebrecht son un buen exponente, siendo conscientes de la complejidad que en ocasiones conlleva determinar si existe una identidad sustancial del hecho (con independencia de la calificación jurídica que merezca según un determinado Derecho positivo interno), los problemas que suscita en relación con el reconocimiento del principio *ne bis in idem*

en el ámbito internacional, y la en ocasiones dificultad de que los hechos enjuiciados en un país cubran la totalidad de la trama transnacional (Blanco Cordero, 2020).

Por otro lado, se ha señalado que la aplicación de la agravante de reincidencia a delitos de organización o asociativos podría igualmente implicar un menoscabo del principio *ne bis in idem* (Zúñiga, 2014: 295). Sin negar esta postura, en el marco de la responsabilidad penal de la persona jurídica tal incompatibilidad podría darse en la hipótesis de que se acredite que esta constituye, en sí misma, una organización criminal constituida al amparo de una forma corporativa para la comisión de delitos, una asociación para delinquir u otra fórmula de tipificación conforme a la regulación penal de cada ordenamiento jurídico. De ser así, no solo decae toda valoración jurídico-penal conforme a una filosofía autorreguladora de la empresa, sino que, además, ello conllevaría, a mi juicio, la aplicación de las consecuencias jurídico-penales más graves que se pueden imponer, particularmente la disolución.

Finalmente, el análisis comparado que sigue se focaliza en una de las posibles agravantes que se pueden apreciar en la persona jurídica, lo que no excluye otras, como puede ser, en su caso, la agravante de pertenencia a una organización criminal, también relevante en el marco de una estrategia político criminal contra la corrupción asociada al crimen organizado transnacional.

4.2. Ausencia de posicionamiento expreso internacional sobre la reincidencia como factor de agravación de la responsabilidad de las personas jurídicas

A pesar de la naturaleza estructural y sistematizada de la corrupción y la preocupación de las instancias internacionales universales y regionales para abordarla eficazmente, dicha preocupación no ha encontrado reflejo específico en lo atinente al carácter agravatorio que habría de predicarse cuando la persona jurídica incurra nuevamente en un delito que implica un acto de corrupción. Ello podría encontrar explicación en el hecho de que el foco de atención sobre la eficacia que puede desplegar la responsabilidad penal de las

personas jurídicas para afrontar esta criminalidad ha pivotado en la dotación de un sistema de sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias, junto con el fomento de incentivos premiales empresariales. Fuera de este discurso habrían quedado otros aspectos, también importantes, como qué factores podrían fungir en sentido agravatorio como parte de esta estrategia político criminal. En cualquier caso, la ausencia de un posicionamiento expreso internacional sobre la reincidencia de las personas jurídicas por actos de corrupción no impide que pueda ser tenida en consideración por los sistemas nacionales conforme a su Derecho interno y principios jurídicos. Incluso encontraría respaldo normativo, con carácter general, en algunos instrumentos internacionales.

En el ámbito internacional universal cobra importancia el art. 9 de la Convención de Palermo sobre delincuencia organizada transnacional. En él se apela a los Estados a adoptar otras medidas eficaces de carácter legislativo, además de las contempladas en la Convención “para promover la integridad y para prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos”. Y el art. 11 exige, por su parte que los Estados parte penalicen la comisión de los delitos tipificados en la Convención “con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de estos delitos”, en cuya valoración puede incardinarse la reiteración de la conducta delictiva. Misma previsión contiene, también, el art. 30 de la Convención de Mérida sobre corrupción.

Por otro lado, el art. 22 de la Convención de Palermo, y su previsión gemela en la Convención de Mérida (art. 41), aunque no se refiere directamente a la reincidencia como circunstancia agravatoria de las personas jurídicas, establece una cláusula de especial trascendencia para combatir la corrupción asociada a la delincuencia organizada transnacional, al abrir la posibilidad a los Estados, meramente facultativa, de “adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para tener en cuenta, en las condiciones y para los fines que estime apropiados, toda previa declaración de culpabilidad, en otro Estado, de un presunto delincuente a fin de utilizar esa información en actuaciones penales relativas a un delito comprendido en la presente Convención”. Obsérvese que, en primer lugar, estas previsiones no diferencian la naturaleza individual o corporativa del sujeto declarado culpable. Y, en segundo lugar, no se determina si la

previa declaración de culpabilidad se refiere a hechos materialmente coincidentes, pero enjuiciados en distintos Estados, o distintos hechos, por lo que de entre las distintas finalidades que ampara esta previsión también tendría cabida la de computar la reincidencia internacional.

En el ámbito internacional regional (OCDE, OEA, Consejo de Europa y Unión Europea), no existe tampoco mención específica a la reincidencia ni a ninguna otra circunstancia agravante aplicable a la persona jurídica, tanto en los textos normativos como en documentos vinculados a estos¹⁹. Lo anterior no es óbice para que los sistemas jurídicos nacionales puedan apreciar la reincidencia en la consecución de una sanción “eficaz, proporcional y disuasoria”. Fuera de los principales textos internacionales regionales sobre corrupción, interesa mencionar que la Recomendación 18 (1988) sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas por las infracciones cometidas en el ejercicio de sus actividad, del Consejo de Europa, establece que “con el fin de permitir a la autoridad competente tomar la decisión con pleno conocimiento de las sanciones o medidas anteriormente impuestas a las empresas, convendrá inscribir los antecedentes penales o crear un registro a tal efecto” (Recomendación 10). En los Comentarios al anexo, se aclara que el objetivo de los antecedentes penales es proporcionar información a la instancia de la justicia penal para permitirle individualizar la sanción. No obstante, no se limita a los antecedentes penales, sino a cualquier sanción, con independencia de su naturaleza. En consecuencia “se propone que los poderes públicos se planteen la creación de un fichero central en que se inscriban las sanciones y las medidas que se impongan a las empresas”.

¹⁹ Aunque no posee carácter vinculante, el *Corpus Iuris* para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas contempla expresamente la posibilidad de establecer circunstancias agravatorias para el ámbito de delitos que son objeto de regulación (fraude a los intereses económicos de las Comunidades Europeas, lavado de dinero, corrupción, malversación, entre otros). Pero dichos factores de agravación van referidos al monto del beneficio buscado con la comisión del delito o que el delito se haya cometido en el contexto de una conspiración.

A la luz de lo expuesto, no es posible identificar una tendencia internacional específica sobre la agravante de reincidencia y su aplicación a las personas jurídicas por actos de corrupción asociados a la delincuencia organizada transnacional, lo que choca con la idea subrayada a lo largo de este capítulo de que esta criminalidad se sustenta en la comisión de conductas reiteradas en el tiempo. La única salvedad se encontraría en los arts. 22 y 41 de las Convenciones de Palermo y Mérida, bajo la recomendación, pero no obligación, de tener en cuenta los pronunciamientos condenatorios en el extranjero, lo que resulta de trascendencia a los efectos de computar la reincidencia internacional.

4.3. Regulación en los países no latinoamericanos de referencia

La exposición anterior pone las bases del escenario que se va a encontrar al descender al estudio de las regulaciones penales de los países de referencia, empezando en primer lugar por los no latinoamericanos. Al no poder identificarse expresamente una tendencia internacional sobre la reincidencia como factor de agravación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y dada la plasticidad que caracteriza legislativamente a esta circunstancia, existe un alto grado de heterogeneidad normativa. Prueba de ello lo ofrecen el sistema penal español y el sistema federal estadounidense.

4.3.1. España

Dentro del amplio margen de arbitrio judicial que existe en el sistema de sanciones penales para las personas jurídicas (Roca, 2013: 379), la reincidencia es la única agravante prevista específicamente. En realidad, el CP español solo nomina estrictamente las atenuantes de las personas jurídicas (art. 31 quater), relegando el papel de la reincidencia al ámbito de las reglas de determinación de las penas (art. 66 bis CP), con alcance limitado. Esta circunstancia actuaría exclusivamente como criterio para determinar la duración de las penas interdictivas, no así para la multa y, obviamente, la disolución. Conforme a esto, el sistema de aplicación e individualización de la pena referido a personas jurídicas del

art. 66 bis²⁰ parte de establecer un límite genérico a las penas con duración determinada, que no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista si el delito lo comete una persona física (art. 66 bis, regla 2º). Y ello con independencia del máximo dispuesto en el art. 33.7 CP para cada pena.

No obstante, ha de interpretarse que este régimen solo es aplicable a personas jurídicas no reincidentes dedicadas preferentemente a actividades legales (Feijóo, 2015: 285). Para superar el límite de dos años, hasta los cinco años, debe concurrir alguna de las dos circunstancias recogidas también en la regla 2ª del art. 66 bis²¹, a juicio de Roca Agapito por razón de una mayor necesidad de pena (2013: 409). La reincidencia ocupa el primer lugar, pero también aquí aparece otra limitación, incorporada por la LO 1/2015. De nuevo, no podrá superarse la duración de la pena máxima prevista para la persona física, sea o no reincidente la persona jurídica, si el delito tiene su origen en la segunda modalidad de atribución de responsabilidad penal del art. 31 bis, letra b), es decir, cuando derive “de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tengan carácter grave”. Esta regla resulta cuanto menos sorprendente, puesto que solo cabe comprometer la responsabilidad de la persona jurídica cuando el incumplimiento de estos deberes es, precisamente, grave²².

²⁰ Que deberá atener según la regla 1ª del art. 66 bis CP a tres criterios: (a) la necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o sus efectos; (b) sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores; y (c) el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

²¹ Como segunda circunstancia que permite exceder el límite condicionado a la pena máxima prevista cuando el delito lo comete una persona física es que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales, entendiéndose como tal el que la actividad ilegal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad legal.

²² Podría interpretarse que en realidad se está aludiendo a la menor gravedad de la deficiencia organizativa o a la menor gravedad del incumplimiento del programa de integridad de la empresa, lo que permitiría además atender a un factor directamente vinculado con la persona jurídica y no con la

Fuera de este supuesto, la pena interdictiva podrá ser superior a cinco años hasta el límite máximo previsto en cada caso en el art. 33.7 CP, o dar lugar a la disolución o prohibición definitiva de actividades cuando concurra la multirreincidencia en la persona jurídica o esta sea utilizada instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales, según preceptúa el art. 66 bis regla 2^a.

A efectos de considerar a la persona jurídica reincidente o multirreincidente habrá de estarse a lo previsto con carácter general en los arts. 22.8 y 66.1.5^o CP, respectivamente. Por tanto, según la primera de estas disposiciones “hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza”, concurriendo multirreincidencia si ha sido condenado, no por uno, sino por tres delitos (art. 66.1.5^o). No obstante, en ningún caso computan los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los antecedentes por delitos leves. Sí computan a efectos de reincidencia las condenas firmes impuestas en otros Estados de la Unión Europea, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español. En cuanto al plazo de cancelación de los antecedentes penales es aplicable lo dispuesto en el apartado 3 del art. 136 CP que, en esencia, remite a los plazos de cancelación de antecedentes penales previstos para las penas impuestas a una persona física²³.

Como se ha expuesto, la regulación española limita el efecto de la reincidencia y multirreincidencia de las personas jurídicas a la decisión sobre la aplicación y determinación de las penas interdictivas de lar-

penalidad de la persona física, aunque la redacción legal no es muy afortunada (Gil Nobajas, 2016: 304).

²³ Seis meses para penas leves, dos años para penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes, tres años para las restantes penas menos graves iguales o superiores a tres años y diez años para las penas graves. A este régimen general de cancelación de antecedentes penales, común para las personas físicas y jurídicas, el apartado 3 del art. 136 observa una regla específica si a la persona jurídica se le impone la pena de disolución o la de prohibición definitiva de actividades, en cuyo caso los antecedentes se cancelarán transcurridos cincuenta años computados desde el día siguiente a la firmeza de la sentencia.

ga duración (Dopico, 2018: 157), según las reglas del art. 66 bis CP²⁴. Con estos mimbres, aunque el legislador español ha prestado atención a la reiteración delictiva y, además, distingue legalmente entre reincidencia y multirreincidencia, la regulación presenta, a nuestro juicio, importantes deficiencias. Con carácter general, y como bien ha señalado la doctrina, las reglas del art. 66 bis CP son extremadamente complejas, confusas e indeterminadas (Gallego, 2013: 96; Roca Agapito, 2013: 379, 380), lo que las convierte de difícil aplicación práctica (Barquín Sanz, 2021: 340, 341)²⁵. Y en lo que concierne a la reincidencia, su alcance es muy limitado. Por un lado, porque en paralelo a lo que sucede con las personas físicas, la reincidencia específica que regula el art. 22.8º (misma naturaleza del delito y mismo título dentro del Código Penal en el que se regule) debilita el papel que está llamada a cumplir en contextos de corrupción, en los que pueden ser diversos los bienes jurídicos y las modalidades típicas, dispersas a lo largo del articulado del Código Penal. Por otro, tampoco se comprende por qué la reincidencia, y su modalidad más grave, la multirreincidencia no opera, por imperativo legal, en la determinación de la pena de multa, excluida de su aplicación.

²⁴ No es pacífica la doctrina a la hora de interpretar si el primer párrafo del art. 66 bis, que alude a la aplicación de las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del art. 66 CP (conurrencia de atenuantes y/o agravantes e impacto en la dosimetría de la pena) es de aplicación a cualquiera de las penas impuestas a las personas jurídicas o, como sugiere un sector de la doctrina, exclusivamente a la pena de multa, puesto que las operaciones que prevén aquellas reglas exigen que exista un marco mínimo y máximo de la pena. En efecto, las penas interdictivas solo establecen un máximo cuando son temporales, pero no un mínimo, y otras son de carácter definitivo (como es, obviamente, la disolución). Estoy por tanto de acuerdo con Roca Agapito cuando limita el alcance del art. 66 CP a las penas interdictivas temporales (2014: 406-407).

²⁵ Hasta la fecha, los supuestos en los que alguna persona jurídica ha sido condenada con las penas más graves que se le pueden imponer (disolución o prohibición de actividades) ha sido por considerar que habían sido utilizadas instrumentalmente para la comisión de delitos (STS, 2ª, nº 583/2017, de 19 de julio, en un caso referido a blanqueo de bienes con origen en el narcotráfico), pero no por aplicación de concurrir reincidencia o multirreincidencia.

Además de lo anterior, resulta de vital importancia para abordar eficazmente la prevención y represión de la corrupción al crimen organizado transnacional, que sean tenidas en cuenta las condenas impuestas por tribunales extranjeros. En este aspecto la regulación española se queda a medio camino, pues solo incluye las condenas impuestas por tribunales de la Unión Europea. Por último, en un modelo de autorresponsabilidad, como ha defendido el Tribunal Supremo español, entre otras, en su sentencia de 29 de febrero de 2016, no debería tener cabida un sistema de determinación de la pena en el que los efectos de la reincidencia o multirreincidencia para superar el quantum de la pena se vincule a la pena privativa de libertad (Roca Agapito, 2013: 408). Esto puede generar disfuncionalidades cuando, por ejemplo, no se castiga con esta pena el delito que comete la persona física, o cuando la empresa se vea sometida a otro proceso penal, pero no sea la misma o mismas personas físicas las que han cometido el delito en los términos del art. 31 bis. La reincidencia o multirreincidencia puede concurrir en la persona jurídica, pero no necesariamente en la persona física. En cualquier caso, para mitigar este régimen, parece que el límite de la pena de la persona jurídica ha de vincularse con la pena en abstracto prevista para el delito, si lo comete una persona física (Roca Agapito, 2013: 408).

4.3.2. Estados Unidos

Conforme al sistema de responsabilidad penal vicarial que rige en el sistema jurídico federal norteamericano, cualquier factor de amonación o agravación de la responsabilidad es tenido en cuenta en la imposición de la pena o, excepcionalmente, en un periodo de prueba (*probation*) (Ortiz de Urbina & Chiesa, 2019: 1510). Todos los factores que pueden aumentar o disminuir la pena recogidos en el capítulo 8 de las USSG son elementos para medir el grado de culpabilidad de la empresa (*Culpability Score*). En definitiva, "(l)a existencia y entidad de los mismos conducen a una serie de multiplicadores, que se aplican sobre la *base fine* y permiten hallar cuál sería el importe mínimo imponible y cuál sería el máximo" (Villegas García, 2016: 317).

El capítulo 8 USSG recoge, en concreto, cuatro factores que posibilitan un aumento de la pena y dos que se conciben como ate-

nuantes. Dentro de los primeros, se toma en cuenta la “historia de la entidad” (*Prior History*), valorándose la comisión previa de otros delitos, así como la imposición de sanciones civiles o administrativas (Villegas García, 2016: p. 316).

Lo anterior engloba distintas situaciones que dotan amplio alcance a esta circunstancia, puesto que en este historial también entran en consideración las infracciones penales previas (*criminal adjudication based on similar misconduct*), las civiles y las administrativas (USSG §8C2.5). A los efectos de delimitar el contenido y alcance temporal de esta amplia reincidencia, hay que acudir a las instrucciones de aplicación que señala el §8A1.2 y las definiciones que en ellas se contienen. Una sentencia penal previa (*prior criminal adjudication*) implica la condena en juicio, bajo diversas fórmulas admitidas en el sistema judicial norteamericano.

En cuanto al alcance de la reincidencia, las instrucciones de aplicación de las *Organizational Guidelines* definen *similar misconduct* como toda infracción de naturaleza similar a la conducta subyacente al delito posterior del que es culpable la persona jurídica, sin tener en cuenta si dicha conducta violó o no la misma disposición legal. En cuanto al límite temporal para computar que existe reincidencia, diferencia un plazo de 5 o 10 años desde la sentencia firme del delito previo, de manera que en el primer caso la culpabilidad será mayor a la hora de determinar la multa: 2 puntos si se incurre en reincidencia en el plazo de 5 años frente a 1 punto si es en el plazo de 10 años. De darse ambos supuestos, se aplicará la puntuación mayor de las dos (USSG §8C.2.5.c). Además, la existencia de otras condenas distintas a las referidas en el §8C.2.5.c, permite, entre otros factores, determinar una pena más elevada dentro de la horquilla en la que se puede fijar la multa.

Como se observa, el modelo federal norteamericano presenta una regulación severa y de amplio espectro a la hora de considerar desfavorablemente la existencia de condenas previas de la persona jurídica, pues no las limita a la órbita penal para determinar la culpabilidad de la persona jurídica, algo que ha sido puesto de manifiesto por el Grupo de Trabajo de la OCDE. A su juicio, la consideración global de los factores de agravación y atenuación que recoge las USSG puede derivar en la condena de la entidad, concurriendo alguno de los

primeros, incluso si esta autodenunció de forma voluntaria, cooperó plenamente y remedió el daño en tiempo y forma (OCDE, 2020: 90).

Por último, el sistema también se caracteriza por el plazo temporal para el cómputo de la *prior misconduct*, hasta cinco en caso de una condena previa y diez en supuestos de multirreincidencia, de manera que dependiendo del supuesto, la empresa puede tardar en “borrar” su historial delictivo previo. Dada la finalidad preventiva de esta agravación, puede producir un eficaz efecto disuasorio de que la persona jurídica se sienta tentada a recaer en el delito e invierta o, en su caso, mejore, su *compliance* penal.

4.3.3. Lineamientos sobre la agravante de reincidencia en los países de referencia no latinoamericanos

A la luz de los principales rasgos reseñados del sistema español y del sistema federal estadounidense sobre el régimen de agravación de las condenas previas de la persona jurídica, se observa un elemento en común, y es que ambos recogen un complejo modelo de determinación de la pena en el que se incardina, entre otros factores, la reincidencia. Ahora bien, en el modelo norteamericano la reincidencia es uno de los factores que determinan el nivel de culpabilidad de la persona jurídica, pero no forma parte del Derecho sustantivo puesto que, como se recordará, en EE. UU. rige un modelo de responsabilidad vicarial para las personas jurídicas, aunque atemperado en la praxis mediante las USSG. La regulación española ha optado, conforme a su tradición jurídica, por su previsión en el Derecho penal sustantivo, aunque sin mucho acierto, pues estrictamente actúa como regla de determinación e individualización de la pena, y solo para determinadas penas aplicables a las personas jurídicas.

Comparten ambas regulaciones la diferencia en términos de gravedad de la reincidencia frente a la multirreincidencia, asignando obviamente a esta última mayor efecto en el incremento de la pena, e incluso, en el caso español, abriendo la posibilidad de que se imponga la disolución o prohibición absoluta de las actividades de la entidad. La pena de disolución prevista en la regulación española posee una indudable trascendencia en la prevención de la corrupción asociada a la delincuencia organizada transnacional, puesto que real-

mente la reiteración delictiva múltiple lleva a suponer la consideración de la empresa como criminógena que, por tanto, habrá de disolver. Por ello, existiría cierto solapamiento entre la multirreincidencia y la instrumentalización de la persona jurídica para la comisión del delito, criterios que requiere las reglas del art. 66 bis para que la pena interdictiva temporal pueda superar los cinco años o, como se ha dicho, imponer la disolución o la prohibición definitiva de actividades. Por el contrario, el modelo norteamericano sobre reincidencia no contempla como posible pena la disolución de la persona jurídica por supuestos de multirreincidencia, aunque dado lo elevado de las multas que se imponen, particularmente en aplicación de la FCPA, puede llevar en la práctica a la desaparición de la entidad.

Estos puntos en común no esconden las notables diferencias que se observan en los principales elementos que caracterizan la circunstancia agravatoria objeto de estudio y que se van a analizar comparadamente según el siguiente orden: concepto de reincidencia, reincidencia internacional, cómputo temporal y efecto en la determinación de la pena.

Sobre el primero de estos aspectos, qué debe entenderse por reincidencia, la regulación penal española es muy limitada en el ámbito objetivo de aplicación, al imponer un doble filtro. Es necesario que la nueva comisión esté recogida en el mismo Título del CP y posea la misma naturaleza, lo que la doctrina y jurisprudencia consolidada ha interpretado como mismo bien jurídico y misma forma de comisión. Tratándose de la posibilidad de apreciar reincidencia por actos de corrupción, llevaría a la incomprensible situación en la que no cabe apreciar reincidencia entre cohecho a funcionario público y soborno a funcionario extranjero, dado que se ubican en distintos títulos del CP y protegen bienes jurídicos distintos. Frente a esta postura legislativa, el sistema federal norteamericano, aunque no opta por un régimen de reincidencia general, no cae en la disfuncionalidad de la regulación española, pues el límite se sitúa en la naturaleza corrupta o defraudatoria de la infracción realizada. Puede ser cuestionable, no obstante, que el alcance de la reincidencia supere la órbita penal, en la medida en que, si un hecho previo no fue constitutivo de delito, difícilmente puede considerarse un factor que agrave la responsabilidad penal de la persona jurídica respecto del delito posteriormente cometido.

En segundo lugar, las condenas dictadas por un tribunal extranjero son tenidas limitadamente en cuenta por el sistema jurídico-penal español, solo las que se dicten en el ámbito regional de la Unión Europea, conforme a la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. De nuevo el marco regulador de EE. UU. es más amplio, al incluir en la apreciación de la reincidencia y multirreincidencia las condenas dictadas por una autoridad judicial extranjera, sin adscripción a un ámbito regional específico, lo que resulta acorde, por lo demás, con la naturaleza extraterritorial de la FCPA.

En tercer lugar, también resulta en ambas legislaciones que ahora se comparan un muy distinto régimen para el cómputo de la apreciación de la reincidencia. EE. UU. opta por un plazo temporal fijo, con independencia de la gravedad del hecho corrupto cometido. El plazo se condiciona, exclusivamente, al número de infracciones, penales y no penales, cometidas dentro de él, con la doble frontera de los cinco años desde que se dictó la sentencia condenatoria previa para la reincidencia “simple” y de diez años para la multirreincidencia. Por su parte, el modelo español ha preferido condicionar el cómputo de los antecedentes penales a unos plazos temporales que se vinculan a la pena impuesta a la persona física, lo que significa que oscilarán entre los seis meses (penas leves) hasta los 10 años (penas graves, esto es, superiores a los 5 años).

Esto implica que habrá de atenderse al concreto delito cometido y a la pena establecida para la persona física para determinar cuándo ya no es posible computar reincidencia. De aquí se derivan dos cuestiones: la regulación española no clarifica de si se trata de la pena en concreto impuesta o de la pena en abstracto. Razones de eficacia preventiva, aconsejan esta segunda interpretación, dado que puede no haber persona física penalmente responsable o que concurra en ella alguna circunstancia de exclusión de su culpabilidad. En segundo lugar, aunque aparentemente ambos regímenes coinciden en el plazo máximo de cómputo de la reincidencia y, aparentemente el sistema federal norteamericano se presenta más severo, una comparativa en mayor profundidad lleva a concluir que no tiene por qué ser así siempre. Por un lado, porque conforme al

CP español los antecedentes no se cancelan para la persona jurídica condenada a la disolución o a la prohibición definitiva de actividades hasta los cincuenta años, aunque no se sabe muy bien qué virtualidad práctica puede tener esta previsión, pues en ambos casos la persona jurídica quedará extinguida. Por otro lado, la regulación española puede llegar a ser más severa porque el plazo para el cómputo de la reincidencia simple por delitos graves es de diez años, es decir, haber sido condenado por un delito (del mismo título y de la misma naturaleza), mientras que en la regulación estadounidense solo cuando concurre multirreincidencia el cómputo supera los cinco años hasta los diez.

En cuarto lugar, otro aspecto clave en el que se aprecian las divergencias de ambos sistemas es la relevancia de la reincidencia en el marco de la determinación de la pena, con elementos muy heterogéneos. Ha quedado de manifiesto que el sistema federal norteamericano toma en consideración la reincidencia (o multirreincidencia) dentro de una valoración global junto a otros factores de agravación y de atenuación para establecer la culpabilidad de la persona jurídica y la cuantificación de la multa, que es la única sanción estrictamente “penal” con la que se castiga a esta. Incomprendiblemente, la regulación española deja fuera del efecto agravatorio que produce la condena o condenas previas a la multa, la única pena que conforme a la regulación española es de obligada imposición. Teniendo en cuenta, como se verá en otro capítulo, que la sanción monetaria es una de las políticas criminalmente más eficaces en la lucha contra la corrupción, al objeto de contrarrestar el enriquecimiento ilícito que persigue esta criminalidad, la regulación española torpedea la posibilidad de agravar la pena en supuestos de reiteración delictiva. Su limitación a las penas interdictivas temporales, como criterio de graduación de su duración, y la decisión sobre disolver a la entidad resulta insuficiente en esta estrategia preventiva, condicionada, por lo demás, a la duración de la pena privativa de libertad impuesta a la persona física. Con ello el legislador español, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito estadounidense, evidencia la confusión con la que ha introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

4.4. Regulación en los países latinoamericanos de referencia

Al igual que sucede en el ámbito no latinoamericano las previsiones penales sobre las circunstancias agravatorias de la penalidad de la persona jurídica y, en concreto, sobre la reincidencia son muy dispares. No resulta sorprendente esta heterogeneidad dada la ausencia, según se recordará, de criterios internacionales expresos sobre esta cuestión, pero este escenario condiciona poderosamente la posibilidad de establecer una tendencia común en la región latinoamericana.

Antes de avanzar con el análisis de las regulaciones latinoamericanas de referencia, conviene dejar constancia que la cuestión de las agravantes, en general, y de la reincidencia, en particular, no ha sido objeto de atención particularizada en el seguimiento que desde algunas instancias internacionales se realiza periódicamente sobre el cumplimiento de los compromisos asumidos por parte de los Estados, algo en lo que probablemente influya, de nuevo, la ausencia de estándares internacionales. Junto a ello, se advierte que es una cuestión que apenas ha suscitado interés en la doctrina especializada, más preocupada hasta la fecha en cuestiones centrales como la naturaleza y fundamentación de la responsabilidad de las personas jurídicas o el papel que en ella juegan los programas de cumplimiento y otros incentivos premiales. Amén de que tampoco se ha planteado su aplicación, hasta la fecha, en el ámbito judicial, donde en general también son escasos o inexistentes los pronunciamientos contra personas jurídicas. Con estas premisas, en lo que sigue se expondrán las características principales de los sistemas jurídicos latinoamericanos de referencia.

4.4.1. Argentina

El sistema jurídico penal argentino regula dos fórmulas de castigo de la persona jurídica. Un primer régimen jurídico es acogido tanto por el CP para el delito de blanqueo (art. 304) y los delitos bursátiles y financieros (art. 313) y por la Ley 26769 para delitos tributarios. Otra fórmula de sanción regula la Ley 27.401 de 2017, específicamente relativa la responsabilidad penal de las personas jurídicas por

determinados delitos de corrupción. De esta disparidad de regímenes penales se deriva, en el tema que se aborda, que únicamente la reincidencia se contempla como circunstancia agravatoria en la Ley 27.401. Concretamente, el art. 8 exige tener en cuenta en la graduación de la pena un total de 10 factores²⁶, sin distinguir expresamente su naturaleza atenuante o agravatoria, de entre los cuales la reincidencia ocupa el último lugar. Esta existe, según el art. 8.10 CP, “cuando la persona jurídica sea sancionada por un delito cometido dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha en que quedara firme una sentencia condenatoria anterior”. La regulación argentina opta, así, por establecer un plazo temporal a la hora de computar la reiteración delictiva que, a juicio de Donna, resulta poco comprensible, puesto que coloca a la persona jurídica en mejor condición que a la persona física (2019:1399). Se opta, por otro lado, por la reincidencia genérica, sin discriminar la naturaleza y clase de delito por el que previamente se ha condenado.

Puesto que la Ley 27.401 contempla un régimen agravatorio específico para las personas jurídicas por delitos de corrupción, se plantea el interrogante, no resuelto doctrinal ni jurisprudencialmente, si son extrapolables algunas de las disposiciones del Título VIII del CP, arts. 50 a 53. Fundamentalmente lo dispuesto en el último párrafo del art. 50 sobre el cómputo a efectos de reincidencia de la condena sufrida en el extranjero si es por un delito que según la ley argentina puede dar lugar a la extradición. De no interpretarse que también para las personas jurídicas deben computar las condenas impuestas

²⁶ De los 10 factores de graduación de la penal que regula el art. 8 de la Ley 27.401, cinco de ellos los recogidos en el numeral 1,3,4,5, y 6) coinciden con los que contempla el CPNA como la Ley 24.769 para modular la pena imponible a la persona: incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de la vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, así como el tamaño, naturaleza y capacidad económica de la persona jurídica. Además de estos cinco, la Ley 27.401 amplía los factores de graduación de la sanción en otros cinco: además de la reincidencia, la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad previa de detección o investigación interna, el comportamiento posterior, la disposición para mitigar o reparar el daño.

en el extranjero, la finalidad preventiva perseguida con la reincidencia en la Ley 27.401 en el ámbito de la corrupción, generalmente de alcance transnacional, quedaría en entredicho. Por otro lado, cabe también plantearse si en ausencia de mención expresa a la reincidencia de la persona jurídica en la Ley 24.769 y en los arts. 303 y 313 CP, es aplicable aquí el régimen general, *mutatis mutandi*, de los arts. 50 y ss. CP. Razones de legalidad desaconsejan esta interpretación, puesto que, a pesar de no estar prevista la reincidencia como factor de graduación de la pena impuesta a la persona jurídica, ambos regímenes de responsabilidad contemplan un catálogo cerrado de graduación, por lo que no parece posible hacer una interpretación extensiva en perjuicio de reo.

Aunque la regulación argentina ha tenido en cuenta el carácter reiterado de los actos de corrupción, al incorporarlo como factor de graduación de la pena, son varios los puntos débiles que presenta, según se desprende del análisis anterior. La existencia de un doble régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica corre el riesgo de generar disfuncionalidades, como ocurre, pero no solo, con la reincidencia como factor de agravación de la penalidad, y, a mayores, envía mensajes confusos a las empresas, con efecto negativo en la eficacia preventiva que pretenden desplegar.

Por otro lado, la opción legislativa por la reincidencia genérica permite en el marco de la Ley 27.401 tenerla en cuenta con independencia del concreto delito de corrupción objeto de aplicación de esta, lo que refuerza en este punto el efecto disuasorio llamado a cumplir en esta criminalidad, fundamentalmente al acoger la reincidencia internacional. Con todo, la técnica legislativa del art. 8 Ley 24.401 es imprecisa, puesto que deja a discrecionalidad del juzgador la incidencia específica que tienen los factores de graduación de la pena. Aunque en la mayoría de ellos se desprende de su propio contenido, no hay ningún indicador sobre si las circunstancias del art. 8 deberán tenerse en cuenta con efecto atenuante, agravatorio, o puedan tener doble naturaleza atenuante o agravatoria, según el caso, así como tampoco existe criterio alguno de medición de la pena. Igualmente, el plazo de 3 al que se ata el cómputo de la condena previa de la persona jurídica en la Ley 27.401 parece insuficiente en términos disuasorios, como ha destacado la doctrina. A pesar de

estas observaciones, el Grupo de Trabajo de la OCDE no ha emitido recomendaciones al respecto (OCDE, 2019: p. 15).

4.4.2. Brasil

En el marco del estancado proyecto de reforma del CP que, sin visos de prosperar, se está tramitando en Brasil (PLS 236/2012), no existe un régimen específico de agravantes para personas jurídicas (tampoco de atenuantes). Surge así la cuestión de, si ante este silencio, cabría aplicarle, de acuerdo con el proyecto, el régimen de agravantes para las personas físicas de los arts. 77 a 80, en el que se incluye la reincidencia. En esencia, existe reincidencia según el art. 77 del proyecto cuando el sujeto ha sido condenado previamente por sentencia firme, incluidas también las sentencias de tribunales extranjeros, por cualquier delito, siempre que no haya transcurrido un plazo superior a cinco años entre dicha sentencia y el delito posterior. No obstante, según el proyecto no computan a efectos de reincidencia los delitos en los que se impone al condenado una pena restrictiva de derechos y/o multa. Por lo que, estrictamente, de defender esta extensión del régimen general, no tendría aplicación para las personas jurídicas en la gran mayoría de los casos, al ser la multa la pena mayoritariamente impuesta a esta. No obstante, el art. 77 también incluye como agravante los antecedentes al hecho, que permite atender a las condenas previas que no dan lugar a reincidencia en los términos del art. 79, lo que en el caso de la persona jurídica implicaría poder ser tenida en cuenta a efectos de dosimetría de la pena, siempre que no hayan transcurrido más de cinco años desde que se extinguió la pena anterior.

Más allá de esta cuestionable interpretación, está claro que la regulación penal brasileña, ya sea modificando el CP, ya sea promulgando una ley penal específica concerniente a la responsabilidad penal de la persona jurídica, debe contemplar, entre otros extremos, un catálogo de atenuantes y agravantes, en el que, entre otras que no son objeto de este capítulo, la reincidencia ocupe un lugar central como circunstancia agravatoria de la penalidad en un ámbito de criminalidad caracterizado por su ejecución sistemática y reiterada en el tiempo, amparado en el carácter estructural que definen los actos

de corrupción asociados a la delincuencia organizada transnacional. Igualmente, una futura regulación en esta dirección debería incluir, entre otros aspectos, una definición legal de reincidencia, bien genérica, bien circunscrita a un catálogo de delitos bajo el paraguas común de implicar una práctica corrupta, incluida la reincidencia internacional, como ya se prevé en el régimen general de reincidencia aplicable a las personas físicas del vigente CP brasileño (art. 63). También debería establecer el plazo temporal al que se vincula su apreciación, lo suficientemente elevado para producir sus efectos preventivos.

4.4.3. Chile

La regulación chilena sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas establece como única y exclusiva circunstancia agravatoria de la penalidad de la persona jurídica la reincidencia. Conforme al art. 7° de la Ley 20393, “es circunstancia agravante de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el haber sido condenada, dentro de los cinco años anteriores, por el mismo delito”. En consecuencia, el tenor literal de la ley impide apreciar que la reiteración delictiva de lugar a reincidencia si no se trata de la misma tipificación penal de los hechos.

El efecto que produce la reincidencia en la determinación de la pena se recoge en el art. 16. De concurrir esta y no haber atenuantes, se aplicarán en caso de crímenes o simples delitos, bien las penas en su máximo, bien la disolución o cancelación. No obstante, en el supuesto de soborno a funcionario público extranjero, única infracción penal catalogada como crimen en esta ley, deja a discreción del tribunal la imposición de las penas en su grado máximo (“si procediere”). Si concurrieran simultáneamente la agravante de reincidencia y varias atenuantes, la regla establece la compensación de la reincidencia con alguna de las atenuantes, pasando en ese caso a ser de aplicación el resto de las reglas del art. 16.

Siendo como fue la regulación chilena la primera en el ámbito latinoamericano que incorporó la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de corrupción que ha ido ampliando en sucesivas reformas, ya tuvo claro que el carácter reiterado de la de-

lincuencia en este ámbito exigía reconocerle efector agravador de la pena. Presenta, además, un plazo temporal para su cómputo coincidente con la mayoría de los sistemas jurídicos del entorno, cinco años, suficientemente elevado para resultar disuasorio y fomentar el mensaje de que es mejor invertir en programas de prevención y detección del delito que reincidir en su comisión. No obstante, ante el silencio legal, este plazo es único para la reincidencia simple y la multirreincidencia, si bien se compensa con la posibilidad de optar por la disolución como pena imponible. Por otro lado, resulta destacable la presencia de indicadores legales de su efecto en la determinación y dosimetría de la pena.

A pesar de lo anterior, no se escapan algunos aspectos que no aparecen suficientemente precisados en la Ley 20393, en especial la ausencia de mención expresa en el art. 7 a la reincidencia internacional, de manera paralela a lo que prevé el art. 411 del CP chileno en relación con el régimen general de reincidencia para personas físicas. Aunque una interpretación sistemática de ambas normas permitiría defender que también en el caso de la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas computan las condenas recaídas en sentencia firme por un tribunal extranjero, lo más conveniente sería que la Ley 20393 hiciera una alusión expresa sobre esta cuestión para evitar una posible colisión con el principio de legalidad.

Limita también el efecto preventivo en un ámbito de criminalidad de configuración estructural y, en consecuencia, con numerosas manifestaciones delictivas, el que para que exista reincidencia debe tratarse del mismo delito, lo que excluye, por ejemplo, su cómputo si se condenó por lavado de dinero y posteriormente por cohecho (Gómez Contreras & Lichtemberg Baraona, 2012: 162).

4.4.4. México

México no recoge la reincidencia como circunstancia de agravación de la persona jurídica, puesto que el art. 11 bis Código Penal Federal prevé exclusivamente la posibilidad de atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero no regula factores agravatorios. No obstante, esta disposición debe complementarse con el contenido del art. 422 Código Nacional de Procedimiento Penal,

norma que, en realidad, constituye la base legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema penal federal mexicano. En él se contienen también varias reglas de individualización de la pena en atención a la gravedad del hecho y culpabilidad del sujeto, aunque ninguna de las circunstancias recogidas en las letras a) a f) del apartado V del art. 422 Código Nacional de Procedimiento Penal alude a la reincidencia, dado que la gran mayoría de ellas impactan directamente en el ámbito del *compliance* de la empresa (Ontivero, 2019: 1481). No obstante, interesa destacar el párrafo final de las reglas de individualización, según el cual “para imponer la disolución, se deberá ponderar, además, que la imposición de dicha sanción sea necesaria para garantizar la seguridad pública o nacional, evitar que se ponga en riesgo la economía nacional o la salud pública o que con ella se haga cesar la comisión de delitos”. Esta alusión última a la cesación de la comisión de delitos avala interpretar que, precisamente, dado que la disolución es la pena más grave aplicable a la persona jurídica, por implicar su muerte civil, únicamente será aplicable cuando, entre los factores que se recogen, sea reincidente, similar a lo dispuesto en otros ordenamientos jurídicos como el español o chileno. La interpretación anterior es preferible a la opción de abrir la puerta a la aplicación del régimen general sobre reincidencia del art. 20 ss. Código Penal Federal²⁷, con los límites que allí se establecen, en la medida en que, además, su efecto en la individualización de la pena se regula en el art. 65 en términos de incremento de la pena privativa de libertad.

La regulación mexicana recuerda, en cierta medida, a la española a la hora de limitar, de defenderse la interpretación sustentada

²⁷ Dispone el art. 20 Código Penal Federal que “(h)ay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley. La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviniere de un delito que tenga este carácter en este Código o leyes especiales”. Por su parte, el art. 65 recuerda que la reincidencia se tomará en cuenta para la individualización judicial de la pena, así como para el otorgamiento o no de los beneficios o de los sustitutivos penales que la ley prevé.

anteriormente, que la reincidencia opera como criterio para la imposición de la pena más grave aplicable a la persona jurídica, la disolución. Postura que resulta lógica, puesto que la reiteración en el tiempo de delitos por parte de la persona jurídica implica que, en realidad, se está ante una empresa criminógena donde no existe ningún tipo de medidas de control, de manera contraria al espíritu de todas las legislaciones comparadas sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica. A pesar de ello, sería conveniente dotar de una regulación específica de las circunstancias atenuantes y agravantes, con mención expresa a la reincidencia, y determinando su contenido, plazo para su cómputo y criterios que guían al juzgador para determinar la dosimetría de la pena.

4.4.5. Perú

El art. 105-A del CP peruano establece, en consonancia con otros sistemas jurídicos del entorno, un catálogo de factores que deberán tenerse en cuenta para la determinación de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, entre los que no se contempla expresamente la reincidencia, pero en la que se establece una cláusula final según la cual “la disolución de la persona jurídica se aplica siempre que resulte evidente que ella fue constituida y opera habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas”. No obstante, esta previsión va más allá de la reincidencia, puesto que asume una situación aún más grave, y es que la persona jurídica, aun con apariencia legal, es en realidad una empresa criminal, creada para facilitar u ocultar la comisión de delitos. Siendo así, cobra pleno sentido decretar su disolución, en la medida en que sirve de instrumento peligroso para la perpetración delictiva de las personas físicas que se sirve o usan de ella con tal fin.

De acuerdo con lo anterior y existiendo, así, una previsión específica sobre los criterios para la determinación e individualización de la pena, parece que debe rechazarse una interpretación extensiva por la que pueda tenerse en consideración la regulación general sobre la reincidencia del art. 46-B CP peruano, que define la reincidencia como el que “incurre en un nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años”. También tiene la condición de reincidente

“quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años”. Si bien, para algunos delitos la reincidencia no tiene límite de tiempo. Por la misma razón, tampoco serían aplicables a la persona jurídica las reglas sobre la habitualidad (tres hechos punibles en el plazo de cinco) del art. 46-C CP.

A la regulación peruana le son achacables las mismas objeciones que anteriormente se han realizado a la propuesta de regulación penal brasileña, dada la ausencia de previsión normativa en esta cuestión. Por lo que sería conveniente que también en las consecuencias accesorias, que, por lo demás, tienen naturaleza penal, se regulara convenientemente un sistema de atenuantes y agravantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, entre las que se incluya la reincidencia y se precise su naturaleza, plazo de cómputo y criterios específicos para la individualización de la pena aplicable.

4.4.6. Lineamientos en los sistemas jurídicos nacionales del ámbito latinoamericano

Son varios los elementos que condicionan la regulación de la reincidencia de las personas jurídicas en el tratamiento jurídico-penal del fenómeno de la corrupción, en general y, en particular, asociada a la delincuencia organizada transnacional. Siguiendo el mismo orden en el análisis comparado de los sistemas jurídicos nacionales de la región de América Latina que el realizado con EE.UU. y España (concepto, cómputo, y relevancia en la determinación de la pena), las previsiones penales que se han expuesto son expresión, nuevamente, de la plasticidad que caracteriza a la reincidencia y la falta de una dirección unitaria, unida a la inexistencia de estándares internacionales expresos en esta cuestión para abordar eficazmente el fenómeno de la corrupción asociado a la delincuencia organizada transnacional.

Comenzando, en primer lugar, por el concepto de reincidencia, las regulaciones analizadas se mueven en un amplio rango. En polos opuestos se encuentra la regulación chilena y argentina. La Ley 20.393 chilena opta por la opción más restrictiva posible, puesto que únicamente existe reincidencia para la persona jurídica cuando la

calificación jurídico-penal del hecho delictivo posterior es la misma que por el que ya ha sido condenada. Por su parte, la Ley 27.401 argentina prevé como agravante la reincidencia genérica, por lo que será apreciable con independencia de la naturaleza y calificación jurídica del delito posterior, si bien restringido al ámbito delictivo de aplicación de esta Ley. A pesar de las disfuncionalidades que, en su momento, se expresaron sobre la existencia de dos regímenes de responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia fiscal y de lavado de activos y en el marco de la Ley 27.401, y que solo en esta ley tenga cabida la reincidencia, esta última opción legislativa resulta preferible como estrategia político criminal contra la corrupción.

En conexión con esto, resultan particulares los sistemas jurídicos mexicano y peruano, puesto que, de entrada, no prevén expresamente la reincidencia como agravante específica o como criterio de graduación de las sanciones penales imponibles. A pesar de ello, la posibilidad legal de decretar la disolución para evitar la continuidad delictiva supone reconocer implícitamente el carácter agravatorio de la reiteración delictiva, en este caso para aplicar la pena más grave con la que se puede castigar a la persona jurídica, y, además, sin restringir la reiteración delictiva a una tipología específica de delitos. Muy diferente, y de escasa eficacia disuasoria en el tema objeto de estudio comparado, es la situación que plantea la propuesta legislativa brasileña, dado que conforme al PLS/2012 únicamente es posible considerar los antecedentes de hecho como factor de agravación de la pena para las personas jurídicas por remisión a las disposiciones generales para las personas físicas.

Un segundo aspecto a comparar, es el tratamiento jurídico-penal de la multirreincidencia. A diferencia de la situación legislativa en España y EE. UU., ninguno de los países latinoamericanos de referencia hace alusión expresa a esta figura. De ello se deriva que el tratamiento jurídico-penal es el mismo que en supuestos de reincidencia simple y, en consecuencia, no se plantea una diferenciación de plazos para el cómputo en uno u otro caso. Únicamente se advierte el peso que, implícitamente, tiene la reiteración delictiva habitual en el art. 422 Código Nacional de Procedimiento Penal y art. 105-A CP peruano en relación con las reglas para decretar la disolución en el art. 422 Código Nacional de Procedimiento Penal mexicano y en el art. 105-A CP pe-

ruano. Es de señalar que en estos casos cobra pleno que si la reiteración delictiva hace prueba de que la entidad es en sí misma criminógena, realmente se está ante una empresa criminal con apariencia de legalidad cuyo *modus operandi* es la realización de prácticas corruptas, por lo que deberá ser disuelta porque ha fracasado todo intento disuasorio y de fomento de una cultura empresarial de respeto a la legalidad.

En cuanto a la reincidencia internacional, en tercer lugar, se presenta como una asignatura pendiente en las regulaciones analizadas, de máxima importancia para que el agravamiento de la pena por recaer en el delito pueda aspirar a cumplir eficacia preventivo especial y general en la comisión de delitos de corrupción asociados a la delincuencia organizada transnacional. Únicamente la Ley 27.401 argentina reconoce que las condenas de tribunales extranjeros también computan a efectos de reincidencia, con la salvedad de que se trate de delitos que dan lugar a extradición. Según se expuso, únicamente por vía interpretativa, y con los problemas que ello plantea en atención al principio de legalidad penal, sería posible admitir la reincidencia internacional en el régimen legal previsto en regulaciones como la que ofrece la Ley 20393 de Chile o el PLS/2012 de Brasil.

Otro elemento de caracterización que condiciona la finalidad preventiva de castigar más severamente la reiteración delictiva es el relativo al plazo máximo de cómputo entre la condena previa y el delito posterior. En este sentido, el rango oscila entre los tres años que dispone la regulación argentina, de nuevo por aplicación de la Ley 27.401, y los cinco años al que se adscribe la Ley 20.393 chilena por delitos de corrupción y el PLS/2012 de Brasil. Es de observar que la opción seguida en el caso mexicano y peruano no vincula la reiteración delictiva exigida para acordar la disolución a plazo temporal alguno. Aunque no es posible determinar a priori la eficacia empírica de estas previsiones, el régimen argentino resulta, cuanto menos, disfuncional si se compara con el dispuesto para las personas físicas, por resultar más benévolo y, en consecuencia, contraproducente como mecanismo de disuasión y de fomento de la autorregulación empresarial para hacer frente a la corrupción.

Finalmente, el último elemento de estudio comparado conecta con las reglas de determinación, graduación e individualización de la pena. En esta cuestión se aprecian varias tendencias. En una primera

se sitúan los sistemas jurídicos en los que la legislación no ofrece criterios reglados al respecto (PLS brasileño). Una segunda tendencia es la seguida por la Ley 27.401 argentina, en la que sí están previstos un listado de circunstancias a tener en cuenta en la graduación de la pena, pero sin especificar la incidencia que tienen en la determinación de la pena imponible ni en su dosimetría. En un tercer grupo están las regulaciones que vinculan expresamente la reiteración delictiva a una tipología concreta de pena, la disolución, según lo ya analizado antes (México y Perú). Por último, una cuarta postura es la seguida por la Ley 20393 chilena, la más detallada en esta cuestión. El caso chileno es el que reduce en mayor medida el arbitrio judicial, puesto que contiene reglas específicas sobre el impacto que tiene en la dosimetría de la pena la concurrencia de atenuantes y/o agravantes. Además, la reincidencia (o multirreincidencia), habilita al juez o tribunal a decretar la disolución de la entidad si en el caso concreto no concurrieran atenuantes. Es de destacar que, como se vio en su momento, las atenuantes que recoge esta ley expresan determinados incentivos premiales vinculados con la autorregulación empresarial, por tanto, en ausencia de estos, la recaída en el delito puede evidenciar la filosofía criminógena de la empresa. Se trata, así, de una previsión afín a la que ofrece el Código Nacional de Procedimiento Penal mexicano y el CP peruano, pero incardinada en un régimen de graduación e individualización de la pena más garantista que el que presenta estos dos últimos países.

4.5. Regulación en Colombia

4.5.1. Situación en Colombia

La reincidencia es una constante en los dos proyectos, hasta la fecha infructuosos, para introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de corrupción. En el proyecto de ley 117 (2018) regulaba como circunstancia agravatoria los antecedentes penales de la persona jurídica (art. 100E.a), sin establecer los plazos de cancelación de estos²⁸. El art. 9.1 del proyecto de ley 178 (2020)

²⁸ También consideraba circunstancia agravatoria los antecedentes penales de la persona física que concurra en la realización del delito.

incluye la reincidencia como una de las dos agravantes expresamente aplicables a las personas jurídicas, junto al incumplimiento total o parcial de las sanciones impuestas a la persona jurídica en virtud del ámbito de aplicación objetiva del proyecto. A los efectos de computar la reincidencia, dispone un plazo temporal de cinco años desde la condena por la comisión del delito investigado y juzgado.

En cuanto al alcance de la reincidencia, el proyecto se limita a una referencia genérica al delito por el que ha sido condenada la persona jurídica durante los cinco años anteriores, por lo que en principio nada obsta a que la persona jurídica incurra en reincidencia, respetando el límite temporal, si ha sido condenada por cualquiera de los delitos que delimitan el ámbito de aplicación del proyecto. Para la determinación e individualización de la pena, son de aplicación los criterios recogidos en el art. 16 (inexistencia de medidas de prevención del delito o de su defectuosa implementación, tamaño y naturaleza de la persona jurídica, capacidad económica de la persona jurídica y gravedad del delito), si bien no se regulan indicadores del efecto que las circunstancias atenuantes o agravantes tiene en la dosimetría de la pena.

El proyecto de ley 178 (2020) sigue la tónica de varias de las regulaciones penales del entorno que prevén la reincidencia como factor agravatorio de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Ofrece como elementos positivos como mecanismo disuasorio de comisión de actos de corrupción, en especial asociados a la delincuencia organizada transnacional, el hecho de optar por una reincidencia genérica y extender el plazo de su cómputo a los cinco años. No hay, sin embargo, mención expresa a la reincidencia internacional²⁹, así como a las reglas que condicionan la determinación y dosimetría de la pena.

²⁹ En el caso de las personas jurídicas, la reincidencia se contempla en el art. 39.3 de la Ley 599 de 2000, Código Penal colombiano, en relación con la pena de multa: “La unidad de multa se duplicará en aquellos casos en que la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los diez (10) años anteriores”. Además de las dudas que suscita la aplicación de esta regla a las personas jurídicas, en caso de aprobarse una Ley que establezca su responsabilidad penal, en la tónica del Proyecto 178 (2020), es de observar que tampoco en el Código Penal colombiano hay una referencia expresa a la reincidencia internacional.

4.5.2. Análisis comparado del proyecto 178 (2020) a la luz de los estándares internacionales y los sistemas nacionales latinoamericanos y no latinoamericanos previamente analizados

En ausencia de un posicionamiento expreso sobre la reincidencia en relación con las personas jurídicas, las frustradas propuestas de ley en Colombia para responsabilizar penalmente a estas por delitos de corrupción, no se desmarcan de las regulaciones de Derecho comparado, dentro y fuera de América Latina, al considerarla como causal de agravación de la pena. En este marco, el proyecto 178 (2020) opta, al igual que Argentina y EE.UU., por atribuirle naturaleza genérica, lo que, tratándose del fenómeno de la corrupción, permite apreciar reincidencia por cualquier de los delitos que integran el ámbito de aplicación del proyecto. Esta postura legislativa es la más adecuada como estrategia político criminal, en la medida, como se ha señalado en ocasiones anteriores, de las múltiples manifestaciones delictivas que tiene esta criminalidad. No obstante, esto lleva a otra cuestión que trasciende el objeto específico de análisis comparado que ahora se aborda, relativo a los delitos a los que se circunscribe la responsabilidad penal de la persona jurídica en el proyecto, de restringida proyección en cuanto a tipologías delictivas corruptas que se recogen.

A partir de la previsión de una reincidencia genérica, el proyecto colombiano deja fuera un aspecto nuclear en su idoneidad político criminal, puesto que deja fuera la reincidencia internacional. Esta ausencia no es singular del proyecto de Colombia, puesto que también existe en la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos analizados, concretamente del ámbito latinoamericano, a excepción, de nuevo de la Ley 27.401 argentina. Es de señalar que tampoco es posible realizar una interpretación sistemática, con las dudas que ello suscita en términos de legalidad penal, con las previsiones aplicables a las personas físicas, tal y como se ha planteado, como posibilidad, en relación con la Ley 20.393 chilena e, incluso, en el PLS/2012 brasileño. Igualmente, tampoco hay alusión específica a la multirreincidencia, si bien esta figura, según ha quedado expuesto en el análisis de los sistemas jurídico-penales de los países de referencia, solamente tiene una regulación expresa en el CP español, si bien con limitaciones, y en las USSG estadounidenses.

Por otro lado, de lo que no se aparta la infructuosa propuesta de ley penal colombiana es del plazo que predomina en Derecho comparado para el cómputo de la reincidencia, 5 años, el mismo que se aplica en Chile, EE. UU. (para la reincidencia simple), Brasil (aunque en relación con los antecedentes de hecho del PLS/2012) y Perú (en caso de aceptar una interpretación sistemática con el régimen de reincidencia previsto para las personas jurídicas). Con ello el proyecto se alinea con los países que disponen, tratándose de reincidencia simple, el plazo de cómputo de la reincidencia de mayor duración, con la pretensión disuasoria que conlleva, solo superado por el cómputo de la multirreincidencia en aquellos ordenamientos que la prevén. Con todo, aunque el proyecto contempla un elenco de factores de graduación e individualización de la pena, no les asigna ninguna regla penológica específica en cuanto al impacto en relación con la naturaleza de la pena impuesta (vía seguida en el CP español, donde la disolución se asocia a la multirreincidencia, y en las regulaciones de México y Perú, en las que sin mencionar expresarla expresamente se condiciona la aplicación de la disolución cuando sea necesaria para garantizar la cesación en la comisión de delitos) y/o su dosimetría (alternativa más habitual (EE. UU., Argentina y Chile).

Una valoración global del recurso a la reincidencia como estrategia anticorrupción en el proyecto de 178 (2020), se concluye que presenta elementos de valoración positiva (reincidencia general, cómputo de cinco años), junto a otros que resultan disfuncionales, principalmente en relación con la reincidencia internacional, en un ámbito de criminalidad que frecuentemente adquiere una dimensión transfronteriza, máxime cuando el único supuesto de cohecho que integra el ámbito de aplicación del proyecto es el soborno a funcionario extranjero.

4.6. Nota final

Tras finalizar este estudio comparado, se concluye que, en ausencia de regulación penal sobre la posibilidad de castigar a las personas jurídicas por delitos de corrupción, en general, no existe ninguna especificidad en relación con el crimen organizado transnacional. A mayores, de las iniciativas legislativas que hasta la fecha han surgi-

do tampoco se colige ninguna especificidad en esta cuestión, puesto que, aunque la reincidencia se ha previsto en los dos proyectos existentes como agravante genérica para las personas jurídicas, no tiene en cuenta las particularidades de la naturaleza estructural, organizada y transfronteriza de este tipo de criminalidad al no dar cabida a las condenas pronunciadas por tribunales extranjeros.

5. CONCLUSIONES

Según se ha analizado, en el marco de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es posible apreciar, en una primera observación general, una profunda disparidad en la forma en la que cada país ha venido a dar cumplimiento a los compromisos internacionales en materia de corrupción, en particular asociada al crimen organizado transnacional. Punto de partida es que no existe una única vía para sancionar a las empresas, lo que lógicamente tiene trascendencia en el régimen específico de eximentes, atenuantes y agravantes que le son aplicables, y que en este estudio se ha residenciado en los factores de la existencia de un programa de *compliance* o integridad con anterioridad a la comisión del delito, la cooperación con las autoridades y la reincidencia, respectivamente. En este sentido, conviven, como se ha podido apreciar, fórmulas legislativas en las que únicamente es posible sancionar a la persona jurídica administrativamente, pero, incluso en los países que contemplan, junto a la vía administrativa, algún tipo de respuesta jurídico-penal, coexisten regímenes heterogéneos, con mayor o menor afinidad en su planteamiento, conforme al análisis abordado a lo largo de este capítulo. No existe, en consecuencia, una posición común en los países de América latina en torno a esta cuestión, ni se aprecian elementos específicos en la lucha contra la corrupción, particularmente asociada al crimen organizado transnacional.

Teniendo en cuenta, por tanto, el contexto legislativo existente en Colombia y los países de referencia analizados, dentro y fuera de América Latina, en lo que sigue se propondrán algunas estrategias y medidas, generales y específicas, que se circunscriben a la órbita penal, pero que necesariamente exigen combinarse con otras que incidan, fundamentalmente, en la esfera administrativa, como com-

plemento indispensable para abordar con carácter global una estrategia anticorrupción realmente eficaz vinculada al crimen organizado transnacional.

5.1. Propuesta de estrategia de acción para América Latina

5.1.1. Impulsar la armonización del régimen sancionador de la persona jurídica, en especial el reconocimiento de su responsabilidad penal

Conforme a lo que se acaba de señalar anteriormente, no es posible desvincular una propuesta de plan de acción sobre el régimen de exoneración, atenuación y agravación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, sin abordar previamente el reconocimiento de esta vía de sanción. En Colombia y los países de Latinoamérica que se han estudiado se han podido identificar distintas posturas en torno al castigo de las personas jurídicas por delitos de corrupción. Es verdad que en esta cuestión no existe un posicionamiento expreso en el ámbito internacional y, en consecuencia, no es posible, *a priori*, considerar la alternativa penal como preferible a la administrativa, cuestión en la que, por lo demás, resulta determinante la tradición jurídica de cada país. Situación que, además, no es privativa del entorno latinoamericano, ya que el mismo debate se ha planteado y aún se plantea en los países de la Unión Europea, por ejemplo.

Pero no es menos cierto que la actual heterogeneidad reinante puede, por un lado, distorsionar el mensaje que, en esencia, se pretende transmitir a las empresas de que sean las garantes de que en el desarrollo de su actividad económica y empresarial no se recurran a prácticas corruptas. Por ello, el fomento de la integridad empresarial ha de constituir el elemento central sobre el que se edifique cualquier planteamiento sancionatorio, con independencia de su naturaleza. Por otro lado, la diversidad de regímenes de sanción también hace surgir disfuncionalidades en la aplicación de los distintos cuerpos normativos existentes que hacen peligrar su efecto preventivo, en lo que ahora interesa en relación al régimen de exoneración, atenuación y agravación, agudizando el denominado efecto del *forum shopping*.

A tenor de lo anterior, sería conveniente, en primer lugar, que se valorara un lineamiento sancionatorio común sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en el que los modelos de organización y gestión constituyan su pilar central. En este sentido, sería conveniente que en los sistemas jurídicos nacionales conviviera la sanción penal con la administrativa, en cada caso con su específico ámbito de aplicación según la gravedad del acto de corrupción realizado. No deja de resultar paradójico que, aunque materialmente se esté ante sanciones “penales” en los países donde formalmente se recurre al régimen administrativo por delitos de corrupción que se ventilan en procesos penales, formalmente se niegue el “castigo” penal, con las consecuencias que ello conlleva en el plano de la reincidencia, sobre la que más adelante se hará referencia. No obstante, la ausencia de un posicionamiento común en torno al reconocimiento de una responsabilidad formalmente penal, por razones de tradición jurídica, no debería ser obstáculo para que, al menos, exista un lineamiento general en el régimen sancionatorio (penal y administrativo, según cada Estado), que deberá orientarse en todo caso en la misma dirección, bajo la égida de la autorregulación empresarial.

5.1.2. Unificar los distintos regímenes jurídico-penales aplicables a las personas jurídicas existentes, en su caso, en el derecho interno de cada país, en especial en materia de eximentes, atenuantes y agravantes

Si las disparidades en el régimen de sanción aplicable a la persona jurídica surgen entre los países de la región latinoamericana, la situación se complica aún más cuando se desciende al ámbito del Derecho interno de cada país. En este sentido, no solo se aprecian modelos distintos en la órbita penal y administrativa para hacer responder a la persona jurídica por delitos de corrupción, con la necesidad según se acaba de apuntar de equiparar los aspectos nucleares sobre los que se sustenta uno y otro régimen sancionatorio. Además, ocurre en ocasiones que también se evidencian disparidades regulatorias dentro del ámbito penal, como sucede por ejemplo en el caso de Argentina, en atención al concreto delito involucrado y la normativa aplicable. Si bien la convivencia de varios modelos de sanción penal

no es extensible a todos los países de referencia que se han analizado, puesto que depende de la particular trayectoria legislativa en cada caso, tampoco es posible hablar de un lineamiento común para abordar la criminalidad empresarial en relación con la corrupción en un determinado sistema jurídico. De ello hacen prueba las disfuncionalidades que surgen en relación con algunos de los factores de mitigación y agravación que han sido objeto de estudio, agudizando la distorsión preventiva que ya se ha señalado.

Teniendo presente la centralidad que se ha destacado del fomento de la integridad empresarial y la implementación de medidas y controles autorregulatorios, en especial, de anticorrupción, sería conveniente que los países latinoamericanos revisaran la coherencia de sus disposiciones penales internas cuando el castigo a la persona jurídica por delitos de corrupción aparece diseminado en varios cuerpos legales. Tan importante como la compatibilidad de los requisitos legales para la imposición de las sanciones administrativas y penales, es igualmente la coherencia de esta última. No se trata, por tanto, de una propuesta de unificación de las previsiones legales en un único cuerpo normativo, sino de unificar los criterios y requisitos de aplicación en cada uno de esos cuerpos normativos.

Lo anterior afecta particularmente a los factores de exención y modificación de la responsabilidad penal analizados. En concreto, se recordará nuevamente que tanto la existencia previa a la comisión del delito de un programa de integridad, así como la colaboración con las autoridades, en especial cuando esta se expresa mediante la autodenuncia con origen en una investigación interna de la empresa, suponen la máxima expresión de la autorregulación empresarial, principal herramienta de combate contra la criminalidad empresarial, en general, cuya manifestación delictiva más habitual es la corrupción, generalmente asociada al crimen organizado transnacional. Estos incentivos, como circunstancia eximente en el primer caso y como factor de atenuación, en el segundo, deben tener el mismo reconocimiento premial con independencia de la concreta tipología delictiva por la que se expresa el acto corrupto, puesto que de no ser así se corre el riesgo de generar el efecto contrario al pretendido, de manera que las empresas no encontrarían motivación en esforzarse por ser buenas ciudadanas corporativas si dichos esfuerzos no

se vieran recompensados en sede penal. Por su parte, la reiteración delictiva puede evidenciar que los esfuerzos autorreguladores de la persona jurídica han sido insuficientes o, simplemente, no se los ha habido. Tiene sentido, en consecuencia, que la reincidencia entre en consideración como contrapartida de estos incentivos.

Ahora bien, una cosa es que estos factores resulten, en buena medida, imprescindibles para una estrategia político criminal preventiva contra la corrupción, máxime si está asociada a la delincuencia organizada transnacional, y otra muy distinta es la fórmula legal que resulte más idónea para ello, esto es, los requisitos y alcance que deberán tener en cada caso, sobre cuya propuesta se volverá más adelante.

5.1.3. Impulso por parte de los gobiernos de las buenas prácticas empresariales y la adopción de medidas anticorrupción

Si bien la filosofía que debe inspirar el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas es que la empresa tome en serio sus deberes como buenos ciudadanos corporativos con el fin de que su actividad no se vehicule mediante prácticas corruptas, es evidente que dicho objetivo no se agota en la plasmación formal en la legislación del efecto positivo o negativo que pueden tener los programas de integridad o cumplimiento y la colaboración con las autoridades o, en sentido contrario, la reincidencia delictiva. La eficacia de estos mecanismos, fundamentalmente en el plano de la mitigación, solo es posible cuando la empresa haya hecho realmente esfuerzos para fomentar una cultura de respeto a la legalidad. Y ello exige, necesariamente, el papel promotor e impulsor que incumbe a los gobiernos para guiar, orientar y dictar pautas en su diseño e implementación.

5.1.4. Evitar escapatorias fraudulentas de castigo por parte de la persona jurídica en la aplicación de incentivos premiales que conllevan la exoneración de su responsabilidad

Descendiendo al plano del concreto régimen regulatorio sobre los programas de integridad como principal incentivo premial en el marco de la lucha contra la corrupción, los países de América latina

deben velar por que las legislaciones penales no se conviertan en cómplices de impunidades fraudulentas. El mero reconocimiento formal del valor eximente de un programa de integridad no puede conducir a su aplicación indiscriminada en supuestos en los que las características en la comisión del hecho corrupto evidencia que el *compliance* ha fracasado por resultar fallido de raíz, como se pone de manifiesto cuando aquel es cometido, directamente, instigado o tolerado por personas físicas que se ubican en el escalafón jerárquico más alto en la entidad.

La imposibilidad de conceder el beneficio de la inmunidad en estos supuestos no queda suficientemente clarificada en ninguna de las legislaciones de los países del ámbito latinoamericano analizadas, por el contrario, legalmente nada se opone a que la persona jurídica quede eximida de responsabilidad. Aunque implícitamente cabría deducir que cuando el delito parte de la cúpula directiva se incumple un elemento esencial del programa de *compliance*, en concreto, la falta de compromiso de la dirección en el fomento de una cultura de respeto a la legalidad, sería aconsejable una revisión de este elemento en los sistemas jurídicos nacionales, en consonancia con la postura de la OCDE al respecto. Principalmente, la vía de actuación preferente para reforzar este elemento es la legislativa, en todo caso acompañado del desarrollo de criterios por parte de la fiscalía que orienten la labor de los jueces y tribunales.

5.1.5. Consideración de la reincidencia y, particularmente, la reincidencia internacional como factor de agravación de la pena

Sería conveniente que en el campo de las agravantes aplicables a las personas jurídicas se tenga en cuenta la reiteración delictiva, teniendo presente tanto la naturaleza estructural y persistente en el tiempo de la corrupción, así como su contrapunto a los incentivos premiales que permiten reducir o excluir la responsabilidad penal, según se ha indicado anteriormente. Además, sería conveniente que en contextos corruptos el régimen de reincidencia atendiera las siguientes cuatro pautas:

1. Previsión de una reincidencia genérica en la que tengan cabida las distintas tipologías delictivas bajo las que se expresa la corrupción;

2. Plazo de cómputo lo suficientemente elevado para contrarrestar la motivación de recaer en el delito, teniendo en cuenta que esta es fundamentalmente económica, lo que la experiencia comparada cifra, mayoritariamente, en cinco años la condena previa a la nueva comisión delictiva;

3. Fundamental, igualmente, en el tratamiento jurídico-penal de la corrupción vinculada el crimen organizado transnacional, es que computen igualmente las sentencias recaídas por tribunales extranjeros; y

4. Vincular los supuestos de multirreincidencia con la posibilidad de decretar la pena más grave aplicable a la persona jurídica, esto es, la disolución, en la medida en que la reiteración delictiva es expresión de que, en realidad, se está ante una empresa criminal con apariencia de legalidad.

5.2. Propuesta de estrategia de acción para Colombia

Cuando se trata de plantear una estrategia específica para Colombia sobre eximentes, atenuantes y agravantes para las personas jurídicas, hay que recordar, nuevamente, que se parte de un escenario legislativo en el que, hasta la fecha, la vía penal ha sido sucesivamente aparcada en favor de la sanción administrativa por delitos de corrupción. La revalorización de la vía administrativa con la reciente aprobación de la Ley 2195, de 18 de enero de 2022, por el que, entre otros aspectos, se introducen algunas modificaciones al régimen administrativo sancionatorio de la persona jurídica por los delitos de corrupción recogido en la Ley 1474, de 2011, no debe llevar a cerrar la puerta a un eventual reconocimiento de su responsabilidad penal, conforme a la línea de acción que se ha planteado con carácter general en el ámbito de América Latina.

Por lo tanto, sigue vigente el debate en torno a esta cuestión, en el que Colombia cuenta tanto con bagaje doctrinal, experiencia comparada e, igualmente, propuestas legislativas que, globalmente, se alimentan de la filosofía autorreguladora empresarial, como son prueba los proyectos de ley de 2018 y, fundamentalmente, 2020. Aunque debe insistirse, nuevamente, que una vía frente a otra no determina,

a priori, su idoneidad para combatir la corrupción, teniendo en cuenta la cuestionable diferenciación en términos punitivos de la sanción administrativa y la penal, sería aconsejable que Colombia se alinee con los países del entorno en los que coexisten ambos regímenes sancionatorios.

La línea avanzada por el finalmente archivado proyecto 178 (2020), además de mostrar la influencia de otras regulaciones dentro y fuera del ámbito latinoamericano, como son la española y la chilena, está en consonancia con el marco general que inspira y fundamenta la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la que el epicentro lo constituyen la adopción y ejecución de modelos de organización y gestión. Ello refuerza el mensaje de que es mejor que la persona jurídica invierta en políticas, medidas y controles anticorrupción, como forma de creación de valor de la empresa, que lograr la consecución de sus objetivos empresariales mediante el recurso a prácticas corruptas.

El proyecto 178 (2020) es, por tanto, un buen punto de partida sobre el que seguir avanzando y profundizando en un modelo de sanción penal que cumpla con los estándares internacionales en la materia. En esta cuestión, particularmente, deben prestarse atención en lo que al tratamiento de las circunstancias eximentes, atenuantes y agravatorias a algunos de los elementos que se han indicado en las propuestas de acción para América Latina.

En particular, una eventual propuesta legislativa penal en la materia debería clarificar el alcance de la exención de responsabilidad dependiendo de la posición que ostenta la persona o personas físicas que han cometido, instigado o tolerado el delito, de manera que no queda defender la inmunidad cuando se trata de sujetos que pertenecen a la alta dirección de la entidad.

En el campo de las atenuantes, si bien el proyecto 178 (2020) parte de considerar los distintos aspectos de la cooperación con las autoridades que han destacado los estándares internacionales de ámbito universal en materia de corrupción, con clara influencia del CP español, sería aconsejable una mayor clarificación en cuanto a su contenido, en aras a evitar confusiones y solapamientos, fundamentalmente en relación con la atenuante de confesión y la de colaboración de forma

eficaz, así como por medio de qué persona física esta puede tener lugar, fundamentalmente el representante legal de la persona jurídica.

En relación con la reincidencia, el proyecto se adscribe a una reincidencia genérica que cubre el ámbito delictivo de aplicación del proyecto dentro del periodo de cinco años anteriores a la comisión del delito investigado y juzgado. No obstante, no cubre la hipótesis más significativa en el marco de la corrupción asociada a la delincuencia organizada transnacional, puesto que quedan fuera las sentencias dictadas, en el mismo periodo, por tribunales extranjeros, aspecto que debería corregirse de cara a un futuro reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Igualmente, sería conveniente abrir la posibilidad de vincular las situaciones de multirreincidencia a la disolución, en la medida en que la recaída en el delito es expresión de la propia esencia criminógena de la organización.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

España

- Audiencia Provincial. (2015). Barcelona. Sección 8ª. Rec. 1957/2015. Ponente: Carlos Mir Puig. 14 de diciembre de 2015.
- Tribunal Supremo. (2016). Sala 2ª. Sentencia n.º. 154/2016. Ponente: José Manuel Maza Martín. 29 de febrero de 2016.
- Tribunal Supremo. (2016). Sala 2ª. Sentencia n.º. 221/2016. Ponente: Manuel Marchena Gómez. 16 de marzo de 2016.
- Tribunal Supremo. (2017). Sala 2ª. Sentencia n.º. 583/2017. Ponente: Antonio del Moral García. 19 de julio de 2017.
- Tribunal Supremo (2018). Sala 2ª. Sentencia n.º. 742/2018. Ponente: Luciano Varela Castro. 7 de febrero de 2018.
- Tribunal Supremo. (2018). Sala 2ª. Sentencia n.º. 746/2018. Ponente: Antonio del Moral García. 13 de febrero de 2019.
- Tribunal Supremo (2020). Sala 2ª, Sentencia n.º. 496/2020. Ponente: Eduardo de Porres Ortiz de Urbina. 8 de octubre de 2020.
- Tribunal Supremo. (2021). Sala 2ª. Sentencia n.º. 958/2021. Ponente: Ana María Ferrer García. 15 de diciembre de 2021.

Estados Unidos

Tribunal Supremo. (1909). *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*, 212 U.S. 481. 23 de febrero de 1909.

México

Suprema Corte de Justicia. (2013). Primera Sala. Ejecutoria n° 1a./J 54(2013 (10a.)). 31 de agosto.

Suprema Corte de Justicia. (2014). Primera Sala. Ejecutoria n° 1ª./J. 71/2014 (9ª.). 14 de diciembre.

Doctrina

Bacigalupo Sagesse, S. (2017). “Tendencias de política criminal en la prevención de la corrupción y delitos económicos transnacionales”. En: Castro Moreno, A., Otero González, P. & Garrocho Salcedo, A. (eds.). *Corrupción y delito. Aspectos de derecho penal español y desde la perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson. Pp. 53-72.

Barquín Sanz, J. (2021). “Responsabilidad criminal corporativa en el marco de la corrupción política. Penas aplicables: Normativa y jurisprudencia”. En: Morillas Cuevas, L. (ed.). *Respuestas jurídicas frente a la corrupción política*. Madrid: Dykinson. Pp. 323-381.

Bedecarratz Scholz, F.J. (2018). “La indeterminación del *criminal compliance* y el principio de legalidad”. *Pol. Crim.* Vol. 13(24). Pp. 208-232.

Bedecarratz Scholz, F.J. (2020). “Defecto de organización y reglas de comportamiento en la imputación de las personas jurídicas”. *Pol. Crim.* Vol. 15(30). Pp. 694-728.

Berdugo, I. (2019). “El soborno internacional: normas, obstáculos y propuestas”. *Derecho & Sociedad*. Núm. 52. Pp. 165-181.

Blanco Cordero, I. (2020). “Responsabilidad penal de las empresas multinacionales por delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y ne bis in idem”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Núm. 22. Pp. 1-47.

Caro Coria, D. C. (2019). “La responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú y los *criminal compliance programs* como atenuantes y eximentes de la responsabilidad de la persona jurídica”. En: Gómez Colomer, J. L. & Madrid Boquín, C. M. (eds.). *Tratado sobre compliance Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 1259-1310.

- Castro Cuenca, C. G. (2017). *La corrupción pública y privada. Causas, efectos y mecanismos para combatirla*. Colombia: Universidad del Rosario.
- Cesano, J. D. (2022). “Entre modelos y compromisos: la Ley de responsabilidad penal empresaria argentina (n° 27.401). Consideraciones comparatistas y político criminales”. En: Garrido Carrillo, F. J. & Faggiani, V. (eds.). *Respuesta institucional y normativa al crimen organizado. Perfiles estratégicos para una lucha eficaz*. Pamplona: Aranzadi. Pp. 449-481.
- Donna, E. (2019). “Compliance y la persona jurídica en el Derecho Penal argentino”. En: Gómez Colomer, J. L. & Madrid Boquín, C. M. (eds.). *Tratado sobre compliance Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 1371-1402.
- Dopico Gómez-Aller, J. (2018). “Tema 4. Responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: De la Mata Barranco, N.; Dopico Gómez-Aller, J.; Lascuráin Sánchez, J.A. & Nieto Martín, A. *Derecho Penal económico y de la empresa*. Madrid: Dykinson. Pp. 129-168.
- Feijóo Sánchez, B.J. (2015). “Las consecuencias jurídicas del delito”. En: Bajo Fernández, M., Feijóo Sánchez, B. & Gómez-Jara Díez, C. (Eds.). *Tratado de responsabilidad penal de personas jurídicas: adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi. Pp. 273-296.
- Gallego Díaz, M. (2013). “Las penas aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal español”. *Revista penal*. Núm. 31. Pp. 85-99.
- Galvao da Rocha, F. (2018). “La responsabilidad penal de la persona jurídica por crimen de corrupción en la propuesta del nuevo Código Penal brasileño”. *Revista Penal México*. Núm. 13. Pp. 9-22.
- Gil Nobajas, M.S. (2016). “Consideraciones en torno a la imposición y determinación de penas interdictivas a personas jurídicas”. En: Landa Gorostiza, J.-M. (ed.). *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma de 2015*. Madrid: Dykinson. Pp. 285-308.
- Goena Vives, B. (2019). *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- Gómez Benítez, J. M. (2009). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las medidas del artículo 129 en el Anteproyecto de 2008 de Reforma del Código Penal”. En: *Cuadernos Penales José María Lidón: El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*. Bilbao: Universidad de Deusto. Pp. 203-219.
- Gómez, M. & Lichtemberg, C. (2012). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Confrontación y análisis de los modelos de imputación en Chile y en Derecho comparado. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santiago: Universidad de Chile.

- Gómez-Jara Díez, C. (2016). “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: Bajo Fernández, M., Feijóo Sánchez, B. & Gómez-Jara Díez, C. (eds.). *Tratado de responsabilidad penal de personas jurídicas: adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi. Pp. 221-250.
- Gutiérrez Soto, G. (2018). “Una aproximación a la implementación práctica de la Ley 20.393 en Chile”. En: Durrieu, N. & Saccani, R. R. *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial. Suplemento especial*. Madrid: Thomson Reuters.
- Hernández, H. (2010). “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”. *Polít. Crim.* Vol. 5(9). Pp. 207-236.
- Mañalich Raffo, J.P. (2015). “El comportamiento supererogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad”. *Revista de Derecho*. Vol. 28(2). Pp. 227-250.
- Merola, G.G. (2020). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Penal argentino”. En: Demetrio Crespo, E., Caro Coria, D.C. & Escobar Bravo, M. E. (eds.). *Problemas y retos actuales del Derecho penal económico*. Toledo-Münster-Lima: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Pp. 25-32.
- Montiel, P. & Seitún, D. (2020). “¿Qué tan en serio se toma la jurisprudencia argentina los modelos de atribución de responsabilidad penal de personas jurídicas? Un comentario al fallo Expreso San Isidro de la Cámara Nacional de lo Penal Económico”. *La ley compliance penal*. Núm. 3. Pp. 28-53.
- Montiel, P. (2018). “Apuntes sobre el nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho argentino”. En: *Letra: Derecho Penal*. Núm. 6. Pp. 124.150.
- Navas, I. & Jaar, A. (2018). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena”. *Polít. Crim.* Vol. 13(26). Pp. 1027-1054.
- Nieto Martín, A. (2017). “Empresas, víctimas y sanciones restaurativas: ¿cómo configurar un sistema de sanciones para personas jurídicas pensando en sus víctimas? En: De Hoyos Sancho, M. (ed.). *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi. Pp. 315-330.
- Olasolo, H. & Galain Palermo, P. (2022). “Reflexiones sobre la necesidad de ajustar la definición normativa de corrupción para reflejar su dimensión estructural”. En: Ferré Olivé, J.C., et. al. (eds.). *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Liber Amicorum Derechos Humanos y Derecho Penal*. Pp. 723-734.

- Ontivero Alonso, M. (2019). "Criminal compliance en México". En: Gómez Colomer, J.L. (ed.). *Tratado sobre compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 1477-1500.
- Ortiz de Urbina, I. & Chiesa, L.E. (2019). "Compliance y responsabilidad penal de entes colectivos en los EE.UU". En: Gómez Colomer, J.L. (ed.). *Tratado sobre compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 1501-1541.
- Pérez Machío, A. I. (2017). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas En el Código Penal español: a propósito de los programas de cumplimiento normativo como instrumentos idóneos para un sistema de justicia penal preventiva*. Granada: Comares.
- Roca Agapito, L. (2013). "Sanciones aplicables a las personas jurídicas". En: Ontivero Alonso, M. (ed.). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 371-411.
- Villarroel Rojas, R. (2015). "Concurrencia de las atenuantes de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos y de cooperación eficaz bajo la Ley 20.000." *Revista Pensamiento Penal*. Vol. 1. Pp. 4-43.
- Villegas García, M.A. (2016). *La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas. La Experiencia de Estados Unidos*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.
- Xavier Januario, T. F. (2020). "El modelo brasileño de responsabilidad penal para entidades jurídicas: un comentario de la Ley 9.605/98 y el nuevo Código penal". En: Demetrio Crespo, E., Caro Coria, D.C. & Escobar Bravo, M. E. (eds.). *Problemas y retos actuales del Derecho penal económico*. Toledo-Münster-Lima: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Pp. 15-23.
- Zúñiga Rodríguez, L. (2009). "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Anteproyecto de Código Penal peruano de 2009". *La reforma del Derecho penal y del Derecho procesal en el Perú. Anuario de Derecho Penal 2009*. Núm. 14. Pp. 153-181.
- Zúñiga Rodríguez, L. (2014). "Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), 271/2014, de 25 de marzo (ROJ STS 1396/2014): Grupo criminal; codefincuencia y reincidencia; tres conceptos próximos en la criminalidad organizada". *Ars Juris Salmanticensis*. Vol. 2. Pp. 293-295.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Fiscalía General del Estado. (2016). Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

- OCDE. (2012). Grupo de Trabajo contra la Corrupción. *Phase 3 Report on Implementing the OECD Convention Anti-Bribery Convention in Spain.*
- OCDE. (2014). Grupo de Trabajo contra la Corrupción. *Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Brazil.*
- OCDE. (2014). Grupo de Trabajo contra la Corrupción. *Mexico: Follow-up to the Phase 3 Report & Recommendations.*
- OCDE. (2015). Grupo de Trabajo contra la Corrupción. *Spain: Follow-up to the Phase 2 Report & Recommendations.*
- OCDE. (2016). *Liability of Legal Persons for Foreign Bribery: A Stocktaking Report.*
- OCDE. (2017). Grupo de Trabajo contra la Corrupción. *Brazil: Follow-up to the Phase 3 Report & Recommendations.*
- OCDE. (2018). Grupo de Trabajo contra la Corrupción. *Implementing the OECD Anti-Bribery Convention. Phase 4 Report. Chile.*
- OCDE. (2018). Grupo de Trabajo contra la Corrupción. *Implementing the OECD Anti-Bribery Convention. Phase 4 Report. Mexico.*
- OCDE. (2019). Grupo de Trabajo contra la Corrupción. *Implementing the OECD Anti-Bribery Convention. Phase Ibis Report. Argentina.*
- OCDE. (2019). Grupo de Trabajo contra la Corrupción. *Implementing the OECD Anti-Bribery Convention. Phase 1 Report. Peru.*
- OCDE. (2020). Grupo de Trabajo contra la Corrupción. *Implementing the OECD Anti-Bribery Convention. Phase 4 Report. United States.*
- OCDE. (2021). Grupo de Trabajo contra la Corrupción. *Implementing the OECD Anti-Bribery Convention. Phase 4 Report. Chile.*
- ONU. (2013). *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. Guía de recursos sobre medidas estatales para reformar la integridad empresarial.*

Capítulo 5

*Los elementos de los sistemas de
gestión antisoborno según el estándar
de la norma ISO 37001**

JULIO BALLESTEROS SÁNCHEZ**

ANDREA SANTOS PRADA***

VIRGINIA NAVAL LINARES****

* El artículo capítulo es parte de la actividad investigadora de Julio Balles-teros: estancia de investigación realizada en el Interdisciplinary Research Center on Crime, Justice and Security (CJS) de la Universidad de Oporto y de los Proyectos PID2020-117403RB-I00 y PID2022-142211NB-C21 del Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España. También es parte del GIR Programas de Cumplimiento y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas de la Universidad de Salamanca.

** Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca con Premio Extraordinario y Mención Internacional. Máster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca. Máster en Cumplimiento Normativo Penal por la Universidad Castilla-La Mancha. Docente en la Universidad de Salamanca en la actualidad. Email de contacto: jbs@usal.es

*** Abogada por la Universidad Sergio Arboleda, Santa Marta, Colombia con grado Cum Laude, Máster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca, España. Docente en la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Santa Marta. Email de contacto: andreasantosp123@gmail.com

**** Abogada por la Universidad de San Martín de Porres, Perú. Estudios de Maestría en Ciencias Penales en Universidad de San Martín de Porres, Perú. Título de Especialista en Cumplimiento Normativo por AENOR-Bilbao. Abogada Senior en Caro & Asociados. Gerente de Cumplimiento en Asociación Internacional de Compliance. Email de contacto: vnavalinares@gmail.com

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad el concepto de corrupción como conductas ilícitas aisladas de ciertos individuos para obtener un beneficio, se ha superado para dar lugar a un fenómeno criminal complejo presente en numerosas organizaciones e instituciones del Estado. Sin lugar a dudas, existen hechos sistematizados, los cuales dan lugar a una noción de corrupción estructural. Se han creado esquemas delictivos en los cuales las organizaciones criminales, a través de la corrupción, han logrado desviar el ejercicio del poder estatal a su favor (Pulido & Sansó-Rubert, 2020: 105-122).

De esta forma, no es posible en la actualidad limitar la lucha contra la corrupción al derecho penal individual, pues la comisión misma del hecho delictivo desborda la esfera de la conducta personal, al encontrarse involucradas tanto entidades públicas como privadas. Asimismo, es evidente que las organizaciones criminales utilizan empresas para disimular, ocultar y blanquear el dinero producto del ilícito, garantizando el anonimato a través de múltiples sociedades e, incluso, a través de números de cuenta cifrados en paraísos fiscales o criptoactivos en la actualidad (Jiménez, 2005:152). Todo ello, con escasas consecuencias jurídicas en la práctica judicial.

Así las cosas, parte del éxito de las prácticas corruptas depende de la participación de este tipo de entidades para trasladar y utilizar el capital producto de las mismas. En este sentido, las fallas en el control y prevención de delitos dentro de las operaciones empresariales facilitan su contribución al esquema de la corrupción. Por consiguiente, diseñar y ejecutar programas de cumplimiento o “*compliance programs*” (PCs) en las entidades financieras y empresariales, así como en cualquier organización que pueda ser partícipe del fenómeno criminal, es una forma de prevenir la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT)¹, sobre todo teniendo en

¹ Según el art. 3(2) de la Convención de Palermo, esta naturaleza transnacional se manifiesta cuando los delitos, o bien tienen lugar en más de un Estado, o bien a pesar de ocurrir en un solo Estado: (a) una parte sustancial de sus efectos, o de su preparación, planificación, dirección o control se producen en un tercer Estado; o (b) entrañan la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en varios Estados. La

cuenta que este tipo de programas va más allá del control y prevención de delitos, ocupándose de promover una cultura de la transparencia, la legalidad y la ética corporativa. De ahí, que constituyan una barrera, previa al Derecho penal, para luchar contra un hecho delictivo que exige una respuesta coherente de todo el ordenamiento jurídico, nacional e internacional (Nieto y García, 2019:380).

Los ordenamientos jurídicos cada vez exigen o premian más a las empresas que realizan esfuerzos preventivos. Por ejemplo, la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) (1977) de los Estados Unidos (EE. UU.) o la *Bribery Act* (2010) del Reino Unido permiten que los PCs sean considerados por los tribunales a la hora de reducir las penas. Igualmente, contar con un PC permite a las empresas sancionadas por el Banco Mundial acortar su tiempo de sanción. Asimismo, en el ámbito de los derechos humanos la legislación francesa recoge que aquellas entidades que cuentan con planes de vigilancia (equivalente a PCs) pueden eludir o reducir las sanciones previstas en la Ley 2017-399, de 27 de marzo de 2017, relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales.

En cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ) hay distintas aproximaciones. Así, mientras la mayoría de los países, como Argentina, Brasil, Chile, España, EE.UU., Francia, México, Reino Unido y Portugal, reconocen la misma², otros como Alemania, Colombia, Grecia y Bulgaria se decantan por sistemas de responsabilidad administrativa con base en el Derecho administrativo sancionador. Además, un tercer grupo de Estados, incluyendo a Italia, Polonia y Perú, acoge un sistema híbrido en el que confluyen elementos administrativos y penales en el procedimiento³. Finalmente,

mayor parte de las organizaciones del crimen organizado se encuentran en esta última situación pues es muy frecuente que realicen actividades, como el lavado de dinero en distintos países.

² Entre otros: Inglaterra, Escocia, Irlanda, Holanda, Dinamarca, Noruega, Estados Unidos, Canadá, Japón, Australia, Austria, Finlandia, Suecia, Bélgica, Rumanía, Portugal, Francia, Suiza, Ecuador, Honduras, Argentina, México, China, Hungría, Costa Rica, Estonia, Luxemburgo, Eslovenia, Sudáfrica, Nueva Zelanda, Chile y Bolivia.

³ Son numerosos los autores que señalan que nos encontramos ante un fraude de etiquetas. Pese a que la ley configura tal responsabilidad como “administrativa” se impone en procedimientos penales, con garantías y jueces penales.

en algunos países como Suecia la sanción a la persona jurídica (PJ) presenta un carácter accesorio (no es una pena en sentido estricto).

Así mismo, es oportuno mencionar que dentro de aquellos países que contemplan la RPPJ podemos encontrar dos sistemas de imputación. Mientras que Argentina, Brasil, Chile, Francia, Portugal, México y EE.UU. apuestan por un sistema de responsabilidad vicarial, el ordenamiento jurídico español o la *Bribery Act* del Reino Unido, han adoptado un modelo de autorresponsabilidad.

En cuanto a las PJs penalmente responsables, debemos señalar que un importante número de entidades pueden ser imputables. Sirva como ejemplo el caso español, donde la ley permite considerar penalmente responsables a los siguientes tipos de entidades: sociedades civiles, sociedades mercantiles personalistas, sociedades mercantiles capitalistas, asociaciones, fundaciones, sociedades ocultas, sociedades en formación, sociedades irregulares, partidos políticos⁴, sindicatos y Colegios de Abogados.

La ley excluye, sin embargo, la responsabilidad penal para el Estado, las administraciones públicas territoriales e institucionales, los organismos reguladores (Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores), las entidades públicas empresariales y las organizaciones internacionales de Derecho público. Cuatro factores justifican la exclusión de la responsabilidad penal de las entidades públicas: (a) la multa impuesta a la entidad pública se pagaría con dinero público que sería nuevamente depositado, a través de la pena, en las arcas públicas; (b) las entidades públicas no tienen libertad de autoorganización; (c) disolver una entidad que es necesaria para la sociedad es perjudicial; y (d) se produce, a priori, un daño reputacional de lo público.

⁴ Los partidos políticos son imputables en España desde el año 2012. Sorpresivamente, estos habían quedado fuera de la regulación implementada en 2010 sin ningún motivo justificado. Además, conforme al art. 9 bis de la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económica financiera de los Partidos Políticos, “[l]os 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”.

Así mismo, cuando una empresa se dedica mayoritaria (Serrano, 2019:1173) o plenamente a las actividades ilegales no es de aplicación el art. 31**bis** del Código Penal (CP) español, sino que se aplican otras disposiciones del CP a las organizaciones ilícitas⁵ y a las personas físicas que la conforman⁶. En consecuencia, el modelo de RPPJ

⁵ Serán personas jurídicas inimputables aquellas cuyo “carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos” (Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, 2014). También corresponde tener presente que, el art. 129 del CP establece: “1. En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el art. 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del art. 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita. 2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas. 3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este art. y con los límites señalados en el art. 33.7”.

⁶ Art. 570 bis CP: “1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquélla tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos. A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”. Art. 570 ter CP: “1. Quienes constituyeren, financiaren o integraren un grupo criminal serán castigados: a) Si la finalidad del

del art. 31*bis* está pensado para empresas que de manera puntual o excepcional comenten delitos y no para empresas cuyas actividades son principalmente ilícitas.

Mención especial merecen los partidos políticos, porque, aunque llevan a cabo funciones constitucionales, tienen personalidad jurídica propia y podrían responder penalmente por sus actuaciones. En este sentido, países como España, Francia, Austria, Portugal, Países Bajos, Macedonia, Rumania, Croacia, República Checa (León, 2019:52) y México⁷ han incluido a los partidos políticos dentro de la responsabilidad penal de las organizaciones, por el contrario, se excluyen en países como Estados Unidos, Bélgica, Argentina⁸, Perú⁹, Chile¹⁰, Brasil¹¹ y Eslovaquia.

grupo es cometer delitos de los mencionados en el apartado 3 del artículo anterior, con la pena de dos a cuatro años de prisión si se trata de uno o más delitos graves y con la de uno a tres años de prisión si se trata de delitos menos graves. b) Con la pena de seis meses a dos años de prisión si la finalidad del grupo es cometer cualquier otro delito grave. c) Con la pena de tres meses a un año de prisión cuando se trate de cometer uno o varios delitos menos graves no incluidos en el apartado a) o de la perpetración reiterada de delitos leves. A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos”.

⁷ El art. 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales tan sólo excluye a las instituciones estatales.

⁸ La Ley 27401 establece en su artículo primero que la RPPJ se aplica a las personas jurídicas privadas. (Blando, 2002). El considerando número 13 del “Caso Ríos”, Sentencia de la Corte Suprema, Buenos Aires, 22 de abril de 1987, asevera: “que resulta necesario tener en cuenta que los partidos políticos son organizaciones de derecho público no estatal, necesarios para el desenvolvimiento de la democracia representativa”. (Secretaría de Jurisprudencia, 2014:60).

⁹ Art. 2 del Reglamento de la Ley 30424.

¹⁰ El Art. 1° de la Ley 18603. La Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos establece que los partidos políticos son asociaciones autónomas y voluntarias organizadas democráticamente, dotadas de personalidad jurídica de derecho público. Al ser entidades de derecho público se excluye la posibilidad de que sean penalmente responsables en consonancia con lo establecido en el art. 2 de la Ley 20.393.

¹¹ El partido político podría responder por delitos ambientales, pero no existe responsabilidad penal por delitos electorales u otros vinculados a la co-

De esta manera, las consecuencias de la implementación de los PCs para los partidos políticos dependen del modelo de responsabilidad (penal o administrativa¹²) de cada legislación. Del mismo modo, la obligación de que los partidos políticos tengan la obligación de establecer PCs depende de la regulación de cada país, con independencia del modelo de responsabilidad de los mismos. De esta manera, encontramos esta obligación en la normativa interna de países con modelos tan distintos como el español (Ley Orgánica 6/2002 de Partidos Políticos) y el peruano (Ley 28094 de Partidos Políticos (2003)).

Bajo este panorama, en el presente capítulo se explicará inicialmente la relación entre la corrupción, la delincuencia empresarial y el COT (sección 2), prestando especial atención a algunos casos reales que han acontecido en el contexto colombiano y que permitirán de manera gráfica visibilizar la problemática actual. A continuación, se tomarán en consideración las experiencias y recomendaciones que provienen de organismos internacionales en los que se recogen los estándares aplicables a los PCs (sección 3), para abordar con particular detalle los elementos que han de tener los sistemas de gestión antisoborno según la norma ISO 37001. El trabajo termina con unas breves conclusiones y recomendaciones.

2. CORRUPCIÓN, DELINCUENCIA EMPRESARIAL Y CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL: ESPECIAL ATENCIÓN AL CASO COLOMBIANO

La corrupción deteriora el sistema económico (generando sobrecostos y desalentando la inversión extranjera), degenera la función pública y pervierte el funcionamiento democrático. En consecuen-

rupción. La responsabilidad ambiental viene determinada por la Ley 9.605 de 12 de febrero de 1998. Asimismo, hay que mencionar que los partidos políticos son entidades de derecho privado conforme a lo establecido en la Ley 9606 de 19 de septiembre de 1995.

¹² En Colombia los partidos políticos no responden penalmente debido a que no existe la responsabilidad penal de las jurídicas para ningún tipo de organización.

cia, el Estado social del bienestar se resiente profundamente (Castro & Ospina, 2018: 107). Ello provoca una menor capacidad del Estado para ofrecer servicios básicos como sanidad, educación, seguridad o justicia (Parma, 2018: 74). Así mismo, eleva la crispación social ante la desafección y desilusión que genera en el ciudadano con respecto a las organizaciones nucleares de nuestra sociedad (Fariñas, 2018, como se citó en Ballesteros, 2019: 98).

Paralelamente, la corrupción satisface tres necesidades básicas del COT. En primer lugar, aumenta la eficacia de las organizaciones criminales porque, al lograr corromper a funcionarios y políticos, consigue obtener ciertos beneficios, como la concesión de licencias o permisos y la adjudicación de contratos públicos. En segundo lugar, impide o reduce la vigilancia policial a través de la compra de policías o militares. Por último, facilita la impunidad judicial mediante la compra de procuradores, magistrados y fiscales (Sansó-Rubert & Giménez-Salinas, 2014: 143)

Los estudios apuntan a que cada vez más el COT se esfuerza por penetrar en la vida política (Merino & Paíno, 2016: 96-98) y en la actividad económica legal (ibid, 2016: 164-165). En consecuencia, es importante para la delincuencia organizada participar de la economía lícita (Alonso, 2015: 17) porque le permite pasar desapercibida, mimetizarse, acceder a nuevos sectores, conquistar nuevos mercados o blanquear las ganancias provenientes de actos ilícitos (Fernández, 2013: 83). En este sentido, Alda Mejía (2018: 7) afirma:

Es un error pensar que el mundo ilegal vive al margen del legal. Muy al contrario, necesita de su complicidad a través de la corrupción. Esta es condición indispensable para el crimen organizado ya que le proporciona la complicidad y la protección del sector privado y público, haciendo posible su fortalecimiento y expansión.

Como resultado, los ciudadanos detectan la existencia de corrupción e impunidad a gran escala, así como otras conductas impropias de un Estado democrático como el abuso de poder. Esta percepción tiene efectos negativos sobre la confianza en las instituciones, la confianza en las demás personas¹³, el grado de satisfacción con el go-

¹³ “las investigaciones demuestran cómo Estados eficaces se correlacionan con altos niveles de confianza social y, a la inversa, Estados ineficaces y co-

bierno y la democracia, la percepción de inseguridad, la voluntad de obedecer las leyes y, en definitiva, sobre la calidad democrática. Así, según el Índice de Percepción de la Corrupción correspondiente a 2021, Colombia ocupa la posición número 87 entre 180 países evaluados (Transparencia Internacional, 2022). Igualmente, pobres son los resultados en el ranking de Paz Global, porque en la última edición ocupa el puesto 144 de un total de 163 países (Institute for Economics & Peace, 2021). Además, su democracia es calificada como imperfecta según The Economist (2022) en virtud del “*Democracy Index*” recientemente publicado.

Para contextualizar lo afirmado, es oportuno mencionar algunos ejemplos gráficos. La infiltración del crimen organizado colombiano en el ejército es especialmente grave. Tal como se ha descubierto en mayo de 2020, al darse a conocer que el grupo criminal conocido como “los Pachencas” conocía las posiciones y rutas de patrullaje de las fuerzas aéreas y navales de Colombia, EE.UU., Costa Rica, Nicaragua, Jamaica y República Dominicana (Latinoamérica y el Caribe, 2020).

El ejército también se ha visto implicado en el caso de las “Carpetas Secretas”, según el cual, como revela la Revista Semana, “[e]jecutó un programa de seguimiento informático en el que la mayoría de sus blancos fueron periodistas, varios de ellos estadounidenses. Políticos, generales, oenegés y sindicalistas hacen parte de la lista de más de 130 víctimas” (Informe Especial, 2020). Además, ha habido casos en los que la corrupción en la institución ha terminado relacionándose con el tráfico ilegal de armas (Nación, 2021) y los sobrecostos en la contratación pública (Quintero, 2021).

Igualmente, los casos acontecidos en la Registraduría colombiana son trágicos desde la perspectiva de la lesión a los bienes jurídico-penales e, incluso, de la afectación a la Seguridad Nacional. La co-

ruptos se acompañarían de bajos niveles de confianza social. (...) cuando los individuos perciben que las instituciones se comportan de modo universalista, incorruptible, no clientelar y son eficientes en el ejercicio de sus funciones son más proclives a confiar en otros sujetos que no conocen, en tanto se ha creado una especie moral intolerante a la corrupción, el engaño o la traición” (Güemes, 2018: 2).

rrupción en esta entidad permitió que numerosos delincuentes vinculados al COT y al terrorismo obtuvieran cédulas y pasaportes falsos (Valero, 2022).

La corrupción en las administraciones públicas ha alimentado también al COT en múltiples casos ante otras entidades públicas. Así, en 2021, por ejemplo, se descubrió que la delincuencia organizada había penetrado en la Fiscalía (sede Cali), en el CTI y en la Policía del Valle (EL TIEMPO, 2021).

Ante este tipo de situación en el sector público, se ha intentado evitar sobrecostes en la administración pública a través de los denominados PCs públicos (que en Colombia son denominados Programas de Transparencia y Ética Empresarial Públicos (PTEEP)). Los mismos han sido particularmente desarrollados en la normativa española. Así, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público prevé en su art. 64 que:

Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.

Además, la norma impide contratar con las Administraciones públicas (art. 71) a aquellas personas (físicas y jurídicas) en quienes concurra alguna de las siguientes características:

Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio. La prohibición de contratar alcanzará a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y aquellas cuyos administradores o representantes, lo sean de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, se encontraran en la situación mencionada en este apartado.

El sector privado también alimenta el COT. Así, según afirma el Observatorio Latinoamericano de la Universidad Externado de Colombia:

Reconocidos casos en contra de empresas —o empresarios— han sido ventilados ante la justicia penal, tales como Urapalma, Agropecuaria Palmas de Bajirá, Palmas de Curvaradó, Palmadó, Palmas, Inversiones Fregni Ochoa, Alfonso Ardila Hoyos, Augura, C.I. Banafrut S.A., C.I. Unión de Bananeros de Urabá, Campo Elías de la Rosa, Manuel Morales, Chiquita Brands International, Drummond Ltd., Fondo Ganadero de Córdoba, entre otros. A manera de ejemplo, la empresa Chiquita Brands, ante una Corte en Estados Unidos, admitió la financiación a grupos paramilitares y guerrilla (Observatorio Latinoamericano de Derechos Humanos y Empresas, 2021).

Otro caso paradigmático es la penetración en el mercado legal de minerales que provienen de la minería ilegal vinculada al COT. Estos minerales se legalizan a través de empresas legales que no verifican el origen de los mismos. Así mismo, en ocasiones, dichas empresas blanquean directamente la documentación a sabiendas de que fueron obtenidos en explotaciones ilegales. Situaciones de esta naturaleza nos ilustran sobre la proximidad entre el COT y los delitos empresariales, produciéndose fenómenos híbridos que causan inseguridad. Estas delincuencias responden a distinta naturaleza, pero comparan, como bien ha señalado Zúñiga, el ánimo de lucro (2017: 211).

También hay acontecimientos que reflejan una clara simbiosis entre lo privado (el que ofrece/entrega) y lo público (el que solicita/recibe). En el famoso caso “Pretelt”, la empresa Fidupetrol habría realizado supuestamente un pago al exmagistrado de la Corte Constitucional para que anulara una multa que se le había impuesto. Es interesante mencionar, además, que para garantizar el éxito de la conducta criminal “los dirigentes de Fidupetrol contrataron como cabildante (lobista) a Víctor Pacheco” (El Espectador, 2019). En consecuencia, es necesario reforzar normativamente en Colombia cuestiones vinculadas al lobby y, además, establecer protocolos que reduzcan las oportunidades de que este tipo de prácticas lobistas satisfagan fines espurios.

En este sentido, es importante subrayar que, si bien el cabildeo empresarial no es por sí mismo una conducta punible, su relación con el tráfico de influencias y la captura regulatoria está separada por

una delgada línea en numerosas ocasiones¹⁴. Las relaciones de los servidores públicos con grupos de interés, cuando se mantienen en secreto, provocan que se generen múltiples incentivos para el abuso de la función pública con el fin de favorecer intereses privados directa o indirectamente. Beneficios ilegales, transmisión de información reservada y concesiones privilegiadas suelen ser los resultados. Esto se materializa a través de sobornos, comisiones o contribuciones ilegales a los partidos políticos, entre otros. En efecto, se producen relaciones de agencia (Pérez, 2011:165).

La simple persecución de la corrupción *a posteriori* no es suficiente para mejorar todos los impactos que esta genera. Por ello, compartimos la opinión de Castro Cuenca (2018: 290) cuando señala que “[e]l modelo con el cual se viene luchando contra la corrupción es un rotundo fracaso en la práctica, es reactivo y no preventivo, no ataca sus causas sino sus efectos y sobre todo no es eficiente sino selectivo y politizado”.

La implantación de un modelo preventivo de la corrupción está directamente relacionada con el desarrollo de PCs en los sectores público y privado porque esta es su finalidad. Así, por ejemplo, los PCs en las entidades públicas deben considerar las causas o factores que facilitan la corrupción y adoptar medidas dirigidas a fortalecer la ética de los funcionarios¹⁵, la implementación de controles y mecanismos de supervisión, la clara determinación de competencias y responsabilidades en la administración, el fomento de la transparencia¹⁶ y la buena gobernanza, el gobierno abierto y la incorporación de herramientas de *whistleblower* para denunciar irregularidades, entre otras (Puyol. 2017: 27).

¹⁴ Sería necesario implementar la “Huella legislativa” para dificultar la captura regulatoria mediante acciones de lobby y cabildeo. A través de ella se sigue el proceso de elaboración de las leyes.

¹⁵ Sería interesante también la creación de una robusta Oficina de Conflictos de Intereses a la que se acceda por estrictos requisitos vinculados a la igualdad, el mérito y la capacidad. Es decir, no será elegido su personal mediante cargos de libre designación.

¹⁶ En palabras de Castro y Otero (2016:18) “cuanto menor es la transparencia (entendida como rendición de cuentas), mayor resulta el índice de corrupción”.

Asimismo, la despolitización de la alta administración redundará en un mejor desempeño del sistema público. Como bien señala García, “[I]a democracia con controles dependientes del partido gobernante no puede durar” (como se citó en Bezzi, 2017: 19). Igualmente, la conformación de una sociedad civil crítica y vigilante es crucial para denunciar las malas prácticas en los sectores público y privado. El tránsito de la reacción a la prevención es una obligación con respecto a nuestros ciudadanos. No tendremos sociedades prósperas, resilientes y sostenibles si no reducimos nuestra exposición a los fenómenos que son objeto del presente capítulo.

3. PRIMERA APROXIMACIÓN A LAS EXPERIENCIAS Y RECOMENDACIONES DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

En el ámbito internacional se han adoptado diversas iniciativas e instrumentos internacionales destinados a luchar contra el fenómeno de la corrupción. Como primera experiencia relevante en la región, se tiene la FCPA, emitida en 1977 en los Estados Unidos (EE. UU.), la cual, a pesar de ser una norma nacional, tiene un carácter extraterritorial (CIDH: 20). Posteriormente a partir de los años 90’s se adoptaron instrumentos internacionales, destacando principalmente la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996) (CICC) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003) (CNUCC o Convención de Mérida), que, a diferencia del tratado interamericano, presenta un enfoque más amplio sobre el deber de prevención y erradicación de la corrupción por parte de los Estados parte, precisando incluso el apoyo de personas y grupos que no pertenecen al sector público.

En paralelo, surgieron instrumentos con alcances temáticos más limitados y específicos, como la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Internacionales (1997) de la OCDE (Convención OCDE), y la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) (CNUDOT o Convención de Palermo).

El fenómeno de la corrupción ha dado también lugar a la adopción de instrumentos de *soft law* con la finalidad de orientar a las empresas en la lucha contra la corrupción, en específico estableciendo estrategias y mecanismos de prevención efectiva. En ese sentido, tenemos el Pacto Global de las Naciones Unidas (2000), que incorpora una serie de valores y principios que incentivan la responsabilidad social empresarial, como el principio 10 que señala que “[l]as empresas deben combatir la corrupción en todas sus formas, inclusive la extorsión y el soborno”, lo cual exige no solo un deber de combatir la corrupción sino también de prevenirla.

También se adoptó el Pacto Empresarial por la Integridad y contra la Corrupción (2006) y el Manual para Empresas sobre Ética, Anticorrupción y Elementos de Cumplimiento del Banco Mundial, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNDOC) y la OCDE (2013), que, entre otras herramientas orientadoras, presenta formas en que las empresas pueden evaluar sus riesgos con el fin de desarrollar una ética anticorrupción y PCs efectivos. Así mismo, en 2017, UNDOC y la Cámara de Comercio de Bogotá elaboraron la Guía Anticorrupción para las Empresas (2017).

No obstante lo anterior, los referidos instrumentos internacionales, ya sean de carácter jurídico vinculante o no para los Estados y las empresas, no recogen ni directrices ni obligaciones específicas constitutivas del denominado cumplimiento normativo o *compliance*. En consecuencia, es recién con la publicación de la norma ISO 19600 (2014), *Compliance Management Systems Guidelines*, que se reconoce, por parte de la Organización Internacional de Normalización (ISO), el primer estándar sobre PCs a nivel internacional. La referida norma incorpora recomendaciones y directrices para las organizaciones a fin de que establezcan, desarrollen, implementen, evalúen, mantengan y mejoren un sistema de gestión de cumplimiento eficaz; lo cual permite reducir los riesgos de comisión de infracciones y toda clase de ilícitos.

Esta norma fue reemplazada por la ISO 37301 (2021), denominada *Management Systems: Requirements with Guidance for Use*, publicada en abril de 2021, la cual reconoce obligaciones para aquellas empresas que decidan implementar un sistema de gestión bajo este estándar, y no meras directrices como su antecesora. Además, es una

norma certificable, es decir, las organizaciones que así lo consideren y que hayan implantado su sistema de gestión adoptando los requisitos y recomendaciones de esta norma, o hayan adecuado sus sistemas preexistentes a la ISO 37301, pueden someterse a procesos de auditoría externa ante una entidad certificadora (tercero) a fin de que ésta constate y valide la adecuada implementación del sistema.

A los efectos de este trabajo, tienen particular relevancia los estándares recogidos en la norma ISO 37001 (2016), *Anti-bribery Management Systems: Requirements with Guidance for Use*, que se encuentra acotada a la prevención del soborno, pudiendo materializarse en un sistema independiente o estar integrado en un sistema de gestión global.

Finalmente, es pertinente destacar, como Casanovas (2018:890) ha señalado, que los estándares ISO son de:

[...] aplicación voluntaria y no tienen ni la vocación ni la naturaleza de un texto jurídico. Sus conceptos son siempre organizativos y huyen de términos legales que vinculen el contenido de las normas a una tradición jurídica o que condicionen la interpretación de sus requisitos.

4. LOS ELEMENTOS QUE HAN DE TENER LOS SISTEMAS DE GESTIÓN ANTISOBORNO SEGÚN EL ESTÁNDAR DE LA NORMA ISO 37001

La norma ISO 37001 es una norma técnica adoptada por un Comité creado por la ISO y conformado por expertos de 37 países, el cual, luego de cinco sesiones plenarias, publicó la norma en octubre de 2016. Esta norma técnica, que no tiene naturaleza jurídica (ni vocación de serlo) recoge importantes estándares cuyo cumplimiento (al igual que los de la ISO 37301 referida en la sección anterior) es certificable por entidades independientes. En particular, incluye buenas prácticas internacionales en materia anticorrupción, por lo que “puede tanto tener un alcance local o nacional, y ser utilizada por empresas de ámbito más local, regional o nacional, como tener un alcance internacional y ser utilizada por empresas y organizaciones de cualquier país del mundo y en cualquier jurisdicción” (Hernández y Román, 2019: 45).

La norma ISO 37001 es considerada el primer estándar internacional en recoger los elementos esenciales que debe componer un sistema de gestión antisoborno, los cuales, como se verá más adelante, han sido adoptados por diversos ordenamientos jurídicos como parte de su estrategia anticorrupción (ya sea para fines de prevención delictiva, como para fines de la determinación de eximentes y atenuantes de la RPPJ).

La ISO 37001 sigue la estructura establecida por la ISO para este tipo de instrumentos de *soft law*, que se caracteriza por tener diez apartados comunes: (a) introducción; (b) referencias normativas; (c) términos y definiciones; (d) contexto de la organización; (e) liderazgo; (f) planificación; (g) apoyo; (h) operación; (i) evaluación del desempeño y (j) mejora. Además, cuenta con una versión oficial en español, elaborada por el Grupo de Trabajo *Spanish Translation Task Force* (STTF) del Comité Técnico ISO PC 27, que contó con representantes de los organismos de normalización y del sector empresarial en Argentina, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, España, Guatemala, México, Perú y Uruguay.

Los principales elementos de la ISO 37001 son los siguientes:

1. Compromiso y liderazgo del órgano de gobierno y de la alta dirección. Tanto el órgano de gobierno como la alta dirección de la organización, como máximos responsables, deben evidenciar liderazgo y compromiso con el sistema y la cultura de cumplimiento normativo, a través de la gestión y promoción de actividades en materia de cumplimiento. Ambos órganos cuentan con funciones y responsabilidades específicas dentro del sistema de gestión antisoborno que deben ser cumplidas de modo integral e indelegable. Ya la norma ISO 19600 (2014), *Compliance Management Systems Guidelines* indicaba que la alta dirección de la organización se debía encargar de vigilar el desempeño del programa de cumplimiento. Lo cual significa actualizarlo, difundirlo, asignar recursos para su puesta en marcha, solicitar informes al oficial de cumplimiento, realizar las correcciones necesarias y asignar roles para su ejecución. No basta con delegar las funciones necesarias y nombrar un oficial de cumplimiento, el órgano de gobierno y alta dirección son los responsables del funcionamiento y eficiencia del *compliance*. Ello pues su actuar constituye la

expresión de la voluntad de la persona jurídica, en cuanto ente de representación legal de la organización.

Al respecto la *Foreign Corrupt Practices Act* (en español, Ley sobre Prácticas Corruptas en el Extranjero) se aplica a los “funcionarios, directores, empleados, agentes, o accionistas actuando en representación de una persona doméstica, incluyendo las personas o compañías extranjeras” (1977). Se aplican y pueden ser procesados por pagos corruptos a funcionarios extranjeros a fin de intervenir en sus actos o decisiones, provocar que omita actos violando su deber legal, garantizar una ventaja o llevarlo a usar su posición favoreciendo algún acto o decisión de tal gobierno. De tal forma, se responsabiliza a la persona jurídica por los actos de sus directores, funcionarios, empleados o agentes, cometidos en beneficio de la organización.

Referente al papel del máximo órgano de dirección empresarial, la Asociación Española de Compliance (2017), ha enunciado la necesidad de su articulación con el programa de cumplimiento (32). De ahí que, los asesoramientos producto de la aplicación de un compliance al interior de la compañía, no trasladan la función decisoria al oficial de cumplimiento, mucho menos “las responsabilidades derivadas de las acciones u omisiones de los órganos sociales, alta dirección o cargos de la organización con atribuciones legales para ello” (ASCOM, 2017:33). El funcionamiento y dirección del programa de cumplimiento constituye una fuente de información para la toma de decisiones de la alta dirección empresarial, más no un cambio en las responsabilidades corporativas.

Para la ISO 37001 la alta dirección empresarial dirige y controla la corporación, más el órgano de gobierno del programa de cumplimiento es responsable de las actividades de gobernanza y políticas, el cual rinde cuentas a la alta dirección. En consecuencia, el papel de la alta dirección es crucial a fin de garantizar los recursos y aplicación del *compliance*, así mismo se convierte en un gestor de cambio, quien divulga la cultura de ética empresarial. A final de cuentas la eficacia del programa descansa en las decisiones de la alta dirección, sin lo cual carece de sentido su funcionamiento.

2. Función de cumplimiento antisoborno. Es desarrollada por las “[p]ersonas con responsabilidad y autoridad para la operación del sis-

tema de gestión antisoborno”. El estándar exige que la alta dirección asigne a la función de cumplimiento, entre otros, la responsabilidad para supervisar el diseño e implementación del sistema, así como para asegurarse de que el sistema es conforme con los requisitos de la norma. La función de cumplimiento antisoborno puede recaer sobre una persona o un comité, que comúnmente se le denomina *compliance officer* (oficial de cumplimiento). En cualquier caso, la función de cumplimiento debe tener comunicación y acceso directo al órgano de gobierno, sin que para ello intervenga necesariamente la alta dirección. En esta línea, si bien “el programa debe ser totalmente apoyado por el órgano de administración y los miembros de mayor responsabilidad, el jefe del programa de cumplimiento es, además, el responsable de hacer ver a los empleados la importancia que tiene el programa de cumplimiento dentro de la sociedad” (Gimeno, 2016: 266). Cabe destacar que las funciones del oficial de cumplimiento no se agotan con la vigilancia y supervisión del sistema de gestión contra el soborno, sino que incluso la función de cumplimiento funge de asesor y orientador del personal sobre los alcances del sistema de prevención del soborno.

El *compliance officer* debe contar con autonomía, pero además debe ser independiente en el desempeño de sus funciones. De conformidad con el anexo de la norma ISO 37001, se entiende por independencia, “que la persona pertinente asignada para la responsabilidad de cumplimiento, tanto como sea posible, no esté involucrada personalmente en las actividades de la organización que se exponen al riesgo de soborno”. Por su lado, la autonomía tiene:

[M]ayor relación con las capacidades operativas de la función, de modo que puedan desempeñarse proactivamente sin necesidad de mandatos o autorizaciones continuas; mientras que la independencia está más vinculada a la neutralidad de juicio, de modo que no sea conculcado su recto proceder por presiones de diferente índole (Casanovas, 2021:169).

La normativa también prevé la necesidad de proveer de recursos adecuados y necesarios al oficial de cumplimiento a fin de poder realizar todas las actividades requeridas, los cuales pueden ser humanos, materiales, económicos o informáticos, entre otros (Hernández & Román, 2019: 95).

A nivel doctrinario, se ha enfatizado en que la función de cumplimiento no cuenta con facultades ejecutivas ni asume el deber de impedir la comisión de delitos en los ámbitos de su competencia; sino que, su función es más limitada, “debe obtener un conocimiento respecto del cumplimiento del Derecho en la empresa y, caso de detectar que algo va mal, debe transmitirlo para que lo corrija el competente” (Robles, 2018: 367), de ahí que:

[E]l responsable de cumplimiento no asume la completa posición de garantía de control o vigilancia por delegación del órgano competente, ni tampoco genera una nueva posición de garantía con el mismo contenido, sino que lo asumido es sólo una parte: el deber investigar y transmitir información al órgano superior —auténtico competente primario de la evitación de delitos en la empresa (Robles, 2018: 368).

3. Identificación, análisis, evaluación y priorización de los riesgos de soborno. El estándar considera como uno de los elementos clave de la implementación de un sistema de gestión antisoborno, la evaluación del riesgo. Ello constituye una parte trascendental del programa de cumplimiento porque si los riesgos penales no han sido correctamente detectados, los pasos venideros del programa, como los códigos de ética y conducta, así como la formación a los colaboradores, resultarán ineficaces (Gimeno, 2016: 266).

Por ello, se deben evaluar de forma periódica los riesgos, con la finalidad de mitigarlos y reducirlos. De conformidad con el punto 4 (5) de la norma, las evaluaciones deben: (a) identificar los riesgos de soborno que la organización puede anticipar razonablemente; (b) analizar, evaluar y priorizar los riesgos identificados; y (c) evaluar la idoneidad y eficacia de los controles existentes de la organización para mitigar dichos riesgos.

El objetivo de la evaluación de riesgos es que la organización cuente con una imagen clara y robusta de los riesgos de soborno para la implementación de su sistema, de modo que esta evaluación permitirá priorizar los riesgos que hay que mitigar y reducir, y con ello, las acciones que realizar, recursos que asignar, las responsabilidades y los controles, entre otros (Hernández & Román, 2019:74). La metodología más aceptada es la de una matriz o mapa de riesgos, que debería contar —como mínimo— con los siguientes pasos: (a) determinación del objetivo o *target* del análisis; (b) relación de las

actividades de la empresa con el riesgo penal concreto; (c) cuantificación del riesgo; (d) evaluación del riesgo; y (e) actuación ante el riesgo (Gimeno, 2016: 261-262).

El proceso de identificación de riesgos de infracciones relacionados al soborno debe:

[M]aterializarse en la elaboración de un inventario de riesgos. Los riesgos inventariados tienen que ser luego valorados en función de su frecuencia, clase, extensión de los posibles daños, etc. De lo que se trata es de tener determinadas todas las particularidades de cada uno de estos riesgos. Con esta información se podrá determinar cuáles son los riesgos más elevados de realización y los que más pueden golpear la estabilidad de la empresa por sus consecuencias jurídicas, lo que permitirá, a su vez, elaborar una escala de los mismos (García, 2014:31).

El estándar ISO 37001 no establece una periodicidad para la revisión de la evaluación de los riesgos, pero se recomienda que se realice de modo anual; no obstante, es obligatoria la revisión de la evaluación cuando se produzcan cambios significativos en la estructura de la organización, en las actividades que se realicen, en la legislación que aplica a sus actividades, etc.

4. Política antisoborno. Es uno de los elementos principales y más relevantes del sistema de gestión antisoborno. En la política antisoborno “se establecen las directrices y la dirección al más alto nivel en materia antisoborno” (Hernández & Román, 2019: 88). La política antisoborno debe ser aprobada por el órgano de gobierno, e implementada, revisada y mantenida por la alta dirección. Asimismo, se debe establecer de modo expreso la prohibición del soborno, requerirse el cumplimiento de las leyes antisoborno que sean aplicables a la organización, y estar disponible a las partes interesadas del sistema de gestión antisoborno.

En términos de la ISO 37001, la cobertura del sistema anti soborno se establece de acuerdo a factores externos e internos, las partes implicadas y la evaluación del riesgo de corrupción. Su puesta en marcha requiere un análisis diario de su funcionamiento, identificando los riesgos previsibles y controles previos, la naturaleza del riesgo, probabilidad e impacto de su concreción. De esa forma se podrán puntualizar criterios de evaluación, considerar el tamaño y estructura de la compañía, sectores y lugares donde opera, entes co-

merciales que intervienen en sus operaciones, clase y reiteración de interacciones con funcionarios públicos nacionales o extranjeros.

La *Foreign Corrupt Practices Act* se ocupa de la corrupción desde dos aristas, por un lado, mediante disposiciones anti soborno y, por otro, de contabilidad. Así las cosas, las compañías emisoras, empresas con valores que coticen en la bolsa o con certificado de depósito americano cotizado en bolsa de los EEUU, deben presentar informes periódicos ante la Comisión de Bolsa y Valores. Considera soborno emplear el correo de los EEUU u otros mecanismos de comercio y comunicaciones, a fin de iniciar un pago corrupto a un funcionario extranjero; efectuados no solo por entidades emisoras, también por personas naturales nacionales o extranjeras. Dicha contraprestación económica, debe efectuarse para obtener o retener negocios por o hacia cualquier persona, ya sean contratos, ganar ventajas comerciales, tratamiento favorable de impuestos, evadir requisitos en la adjudicación de licencias o permisos, entre otras. (Ley sobre Prácticas Corruptas en el Extranjero, 1977).

Ahora bien, en Colombia se considera soborno transnacional dar, prometer u ofrecer a servidor público extranjero, en su provecho o de un tercero dinero o cosa de valor pecuniario, beneficio o utilidad, a cambio de realizar u omitir actos relacionados con sus funciones y en relación a un negocio o transacción internacional (Ley 1778 de 2016). Concepto que se torna restrictivo frente al manejado por Estados Unidos, en donde la descripción es más abierta y va más allá de los actos propios de las funciones asignadas al servidor público. De ahí la importancia de plantear políticas anti soborno teniendo en cuenta la configuración de la conducta en legislaciones extranjeras, pues limitarnos a la descripción nacional limitaría las medidas de prevención adoptadas.

5. Toma de conciencia y formación. La concientización y la formación son aspectos clave de todo sistema de *compliance*, siendo herramientas básicas para establecer, mantener y mejorar la cultura de cumplimiento. En aras de prevenir actos de soborno, conforme se desprende del punto 7(3) de la ISO 37001, se exige que la organización realice acciones de formación de sus colaboradores de forma periódica y planificada, que deberán abordar, entre otros, los siguientes aspectos: la política antisoborno, los riesgos de soborno y el reconocimiento y respuesta a las solicitudes u ofertas de soborno.

La formación es un elemento nuclear dentro de un programa de cumplimiento, cuanto mayor capacitación tengan los miembros de una organización sobre el cumplimiento normativo y los riesgos legales menor será los esfuerzos que deba realizar la misma en la implementación de controles (Nieto, 2015: 162) y mecanismos de supervisión (Gallo, 2013: 76). Por ello, algunos autores señalan que este elemento es vertebrador de todo el sistema de cumplimiento. (Rojas, 2017: 171). La formación influye en el comportamiento humano (Naciones Unidas, 2014:60) y en la cultura de las organizaciones (OCEG, 2012: 96). Difícilmente una organización logrará una cultura de ética y legalidad sin concienciar a sus empleados y directivos sobre la importancia del *compliance*.

Por otro lado, muchos de los delitos por los que las personas jurídicas responden son complejos y técnicos lo que demanda un mayor esfuerzo para la organización a la hora de explicar a sus empleados los riesgos y responsabilidades en el control de tales conductas. Asimismo, la metodología criminal se transforma diariamente y ello implica una permanente actualización. Por ejemplo, en la actualidad los riesgos de blanqueo de capitales y el pago de sobornos a través de criptomonedas presenta riesgos evidentes. También los Códigos penales están prolijamente siendo modificados. Esto incrementa las necesidades de formación.

La formación, además, permitirá esclarecer a los empleados sus dudas sobre determinadas situaciones que se ubican entre la legalidad y la ilegalidad de manera fronteriza. Una muestra de ello puede ser lo que la doctrina denomina la corrupción gris. Esto es, conductas donde la ilicitud no es evidente (Nieto, 2015: 163). Las conductas neutrales también han planteado problemas a la hora de determinar responsabilidades en el ámbito penal (Zúñiga, 2013: 163). En todo caso, hay que enfatizar que la frontera entre el derecho penal y el derecho mercantil o administrativo se ha ido diluyendo en los últimos años y ello exige formación en los empleados para poder analizar eficazmente los riesgos y la naturaleza de los mismos.

Asimismo, otra virtud presenta la formación. Se trata de una herramienta idónea para transmitir y reforzar los valores y principios que son propios de la organización en cuestión y aquellos otros, negativos, que nunca serán tolerados por la misma. En efecto, las máximas

recogidas en los Códigos éticos y de buen gobierno deben ser interiorizadas y entrenadas por todos los miembros de una organización. La formación incrementa la eficacia de los mismos. En las empresas de gran tamaño, además, se toman decisiones muy complejas (Ballesteros, 2021: 210) y hay multitud de procedimientos que deben ser conocidos por los empleados, esto requiere horas de dedicación y aprendizaje activo (Rojas, 2017: 171).

Una correcta formación exigirá previsiblemente: Que la misma sea impartida de manera clara y pedagógica por un experto en la materia con conocimientos teórico-prácticos. La realización de talleres y juegos de mesa¹⁷ puede ser una excelente idea para lograr que el empleado empaticice con la enseñanza.

La enseñanza debe ser accesible y participativa (Puyol, 2016: 143). El alumno debe tener oportunidad para preguntar todas aquellas cuestiones que le preocupen.

Adaptación de la misma a las concretas necesidades de los empleados. Las capacidades intelectuales, los riesgos y las actividades son variables entre los distintos niveles de la empresa. La formación debe potenciar sus capacidades (UNE, 2015: 21-22).

La asistencia obligatoria de todas las personas que puedan despear responsabilidad penal para la persona jurídica en cuestión¹⁸.

Una duración suficiente para explicar los conceptos esenciales y, a su vez, una actualización sobre la materia de manera periódica.

Evaluación de los contenidos explicados. La necesaria superación de un examen garantiza que el trabajador deba prestar atención a las explicaciones del docente. En otro caso, la organización debe tomar las medidas necesarias para impedir que un empleado no capacitado siga realizando su función en la empresa. Hay que cuantificar la formación (Singh & Busse, 2015: 19). Si algún integrante no ha podido

¹⁷ El juego de mesa “Integrity Now” provoca a través de la simulación de casos que los jugadores aprendan en cómo deben comportarse ante situaciones de riesgo legal en la empresa.

¹⁸ Sirva de ejemplo el caso Siemens, a raíz del escándalo la empresa impartió capacitación virtual a 276.000 personas y de modo presencial a 45.0003. (Casanovas, 2012: 85).

realizar la capacitación es importante recordarle que debe realizar o completar la misma (Bia & Dorado, 2017: 64). La generación de evidencias físicas o digitales sobre la docencia impartida, incluyendo, el número de personas capacitadas, su duración, el grado de satisfacción y la metodología empleada en la misma. Recordemos que la eficacia o idoneidad del programa de cumplimiento deberá ser demostrada en sede judicial en un posible proceso.

6. Debida diligencia. De acuerdo con el estándar, la organización debe establecer procesos de debida diligencia sobre transacciones, proyectos, actividades, socios de negocio y el personal, con la finalidad de evaluar los riesgos de soborno y, en la medida de lo posible, reducirlos. El estándar ISO 37001 define a la debida diligencia como el “proceso para evaluar con mayor detalle la naturaleza y alcance del riesgo de soborno y para ayudar a las organizaciones a tomar decisiones en relación con las transacciones, proyectos, actividades, socios de negocio y personal específicos”.

La debida diligencia debe realizarse periódicamente para que los cambios y la nueva información puedan tenerse en cuenta debidamente, siendo lo recomendable que se realice de modo anual. De conformidad con el anexo de la norma, el objetivo de realizar la debida diligencia es “evaluar el alcance, la escala y la naturaleza de más que un riesgo bajo de soborno identificado como parte de la evaluación del riesgo de la organización”.

La debida diligencia sobre socios de negocios, suele incluir, el siguiente estándar (Hernández & Román, 2019: 129):

1. Un cuestionario donde se solicite información y que permita conocer la identidad, experiencia y riesgos que puede acarrear para la organización contratar con un negocio en particular. Por ejemplo, podrá constituir una señal de alerta el hecho de que el socio de negocio devuelva el formulario sin haber contestado a un número considerable de preguntas;

2. Búsquedas de información sobre el tercero en internet, en listas de sanciones internacionales o en la página web del socio de negocios;

3. Búsqueda de información empleando recursos de la Administración pública, judiciales e internacionales. Para estos fines, se reco-

mienda contratar servicios de terceros o entidades expertas en llevar a cabo estos procesos de debida diligencia, que comercialicen con un *software* que aporte en dicho sentido; entre otros.

El proceso de debida diligencia debería aplicarse respecto de todos los socios de negocio, salvo que la misma organización decida que ciertos grupos de personas o partes interesadas no representan un riesgo, sin embargo, estos criterios de selección deben estar previamente reconocidos.

7. Presentación de denuncias e inquietudes y procedimientos de investigación para el abordaje del soborno. Las estrategias anticorrupción reconocen siempre iniciativas orientadas a promocionar los mecanismos de alerta o denuncia temprana en todo tipo de organizaciones (Pérez Monguió, 2019: 84). La denuncia es una herramienta útil para vencer el secretismo y los temores característicos de la delincuencia. Es cierto que la ciudadanía está exigiendo mayores niveles de transparencia, buena gobernanza y gobierno abierto y eso compromete a los legisladores nacionales e internacionales a realizar ciertos esfuerzos en la materia (Ballesteros, 2020:70). Además, en el año 2021 apareció el estándar ISO 37002: Sistemas de gestión de canales de denuncias. Estamos de acuerdo con Prats Català (2007: 16) cuando señala: “según los entornos institucionales (que incluyen los mecanismos de descubrimiento y represión de la corrupción pero no solo ellos) se incentivarán o desincentivarán más o menos los comportamientos corruptos”. En definitiva, se justifica la implementación de estos canales por su contribución directa al buen funcionamiento de las organizaciones públicas y privadas. Es importante que los mismos sean respaldados por los líderes de la organización para dotarlos de credibilidad (Velasco Núñez, 2016: 42).

A los efectos de este trabajo, entendemos por alertador a aquella persona que revela deliberadamente información sobre actividades no convencionales que supongan un riesgo para la organización por ser ilegales, peligrosas, inmorales, discriminatorias o que incluyen una infracción de alguna otra manera, (Hers, 2002: 243). El alertador puede revelar la información internamente (*whistleblower insider*) o de forma externa (*whistleblower jumping*) (Castela, 2018: 658). La organización dará a conocer a todos los empleados la existencia y finalidad de estos canales de alerta o denuncia.

Básicamente, los miembros de una organización deberían familiarizarse con la forma en qué puede presentarse la denuncia, los plazos para el análisis y resolución de la misma, el grado de protección que le otorga el estatus de denunciante y las consecuencias que provoca una denuncia de mala fe (Gutiérrez, 2017: 183). Es recomendable que en el proceso de diseño e implementación de estos canales participen los representantes legales de los trabajadores ya que afecta a sus condiciones laborales (ídem).

Tal y como establecen los estándar ISO anticorrupción, se exige que la organización implemente procedimientos para fomentar y facilitar que las personas reporten con libertad y de buena fe, el intento o materialización de un acto de soborno al oficial de cumplimiento o al personal apropiado. El canal para presentar denuncias o inquietudes debe garantizar la confidencialidad de lo informado, así como el anonimato del denunciante o comunicante, que así lo prefiera. Asimismo, se prohíbe todo tipo de represalias contra las personas que realicen la denuncia o reporte. La organización debe también implementar procedimientos para requerir una evaluación y, cuando se requiera, la investigación de cualquier tipo de presunto soborno, incumplimiento de la política antisoborno o, en general, del sistema de gestión antisoborno.

En términos de eficacia, García (2015: 207) ha señalado concretamente que: “la falta de actividad o el mal uso del canal de denuncia de la compañía será reflejo de la escasa vigencia del programa de cumplimiento, de un *compliance program* mal diseñado o que cumple únicamente funciones de cosmética o publicidad frente a terceros”. Por tanto, no estamos ante una cuestión baladí. La no existencia o el mal funcionamiento de estos canales de alerta puede condicionar de manera decisiva la eficacia e idoneidad del programa de cumplimiento ante los jueces o fiscales a la hora de valorar una posible reducción o atenuación de las penas siempre y cuando estemos hablando de una persona jurídica imputable. Auditar estos canales también será síntoma de una mayor eficacia (Velasco y Saura, 2016: 42).

8. Políticas de regalos. Se exige que se implementen procedimientos de control dentro de la organización con la finalidad de prevenir la oferta, el suministro o la aceptación de regalos, hospitalidad, do-

naciones y beneficios similares, en los que la oferta, el suministro o la aceptación puedan ser percibidos como soborno.

Aunque los regalos no son sumas de dinero per se, pueden constituir soborno en tanto consiguen que el servidor público actúe incumpliendo o superando las funciones otorgadas por la ley a favor de la persona jurídica o un tercero. Por tanto, se deben adoptar medidas respecto a los socios de negocios quienes tienen un riesgo de soborno mayor al bajo, ya sea prohibiendo los regalos, hospitalidad y donaciones o limitándolos. Ello dependiendo el valor, la frecuencia, oportunidad, razonabilidad, identidad del destinatario, entorno legal y regulatorio, aprobación previa y documentación.

En consecuencia, la continua entrega de valiosos regalos, donaciones o gestos benéficos, podría denotar intención de soborno ante terceros o entidades de control. De igual forma, la percepción de la prebenda podría ser mal percibida si se realiza durante o justo después de negociaciones, o bien si se reciben por quien no tiene autorizado gastar tales sumas. Por ello, se recomienda aprobación previa de cualquier regalo u hospitalidad, exigiendo mayor documentación de los mismos, límites a su cuantía y momento de entrega.

Teniendo en cuenta que la corrupción no siempre se realiza mediante la entrega de sumas de dinero, los regalos constituyen un beneficio empleado para sobornar al funcionario público. Por ello, es importante asignar responsabilidades, controlar las relaciones comerciales y asegurar que los colaboradores no pierdan su empleo por no pagar o aceptar un regalo. La política debe ser específica en cuanto a las dádivas que puedan recibir los colaboradores y directivos, de forma que no parezcan soborno; limitando los patrocinios a las actividades empresariales; mientras que los pagos por facilitar trámites o prestar servicios deberán prohibirse, pues causan confusión en cuanto a la comisión de un soborno.

El control sobre beneficios, regalos, donaciones y similares permite a la empresa prevenir eventos de soborno difíciles de detectar, incluso cuidar su buen nombre respecto a suposiciones de terceros. Si bien un regalo podría no tener intención corrupta alguna, su mera ocurrencia en periodo cercano al cierre de una negociación daría lugar a dudas sobre la integridad del funcionario público y la corpora-

ción involucrada. De ahí que, no se deba dejar al azar el recibimiento y entrega de cualquier clase de prebenda o donación, fuera de las transacciones establecidas en cada operación corporativa.

5. CONCLUSIONES

La corrupción es un fenómeno criminal complejo que se sirve no solo de individualidades, sino que involucra a entidades públicas y privadas, verificándose que incluso las organizaciones criminales utilizan empresas para blanquear dinero obtenido de modo ilícito. Esta complejidad, así como la práctica en materia de lucha contra la corrupción, ha evidenciado que la persecución de este fenómeno debe necesariamente realizarse de modo preventivo, más que reactivo, atacando no solo sus efectos, sino principalmente sus causas; para lo cual se requiere la implantación de modelos preventivos de la corrupción denominados programas de cumplimiento, tanto en el seno de las entidades privadas como públicas.

Los estándares internacionales adoptados para tal efecto (modelos o programas preventivos), no emanan de instrumentos jurídicos, sino más bien de normas técnicas adoptadas por la ISO, que tienen aceptación internacional, ya sea por establecer recomendaciones como por establecer requisitos para gestionar los riesgos de actos de corrupción.

Así, se tiene como norma de relevancia el estándar ISO 37001 que establece una serie de elementos que permitirían frenar el avance de la corrupción dentro de las organizaciones. En otras palabras, las regulaciones en materia de PCs son de carácter técnico, como la norma ISO 37001, la cual se ha convertido en la directriz para diversas legislaciones nacionales al momento de exigir PCs antisoborno.

En consecuencia, la evaluación de la implementación de los PCs en cada ordenamiento jurídico dependerá de la adopción de los parámetros mínimos enunciados por la ISO. Así, los beneficios o eximentes de responsabilidad (administrativa o penal) por conductas de soborno o corrupción asociada a la criminalidad transnacional, aplicables a las empresas dependerán en gran medida de la norma técnica.

Ello no significa que la implementación de la ISO 37001, por sí misma, sea exigible jurídicamente en cada país, sino que los ordenamientos jurídicos internos deciden: (a) si obligan, o solamente recomiendan, a las empresas el diseño e implementación de PCs; y (b) si toman las directrices de ISO para establecer los parámetros exigibles a las empresas en materia de PCs.

En cualquiera de los casos, los PCs son una herramienta efectiva para la prevención del fenómeno endémico de la corrupción, más allá de las determinadas exigencias emanadas de las legislaciones internas y los instrumentos jurídicos internacionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doctrina

- Abia, R. & Dorado, G. (2017). *Implantación práctica de un sistema de gestión de cumplimiento-compliance management system*. Pamplona: Arazandi.
- Asociación Española de Compliance. (2017). *Libro blanco sobre la función de Compliance*. ASCOM
- Ballesteros, J. (2019). “Corrupción, seguridad y desarrollo: una visión panorámica desde el Compliance. Perspectiva española”. *Derecho & Sociedad*. Núm 52. Pp 97-115. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/21215>.
- Ballesteros, J. (2020). “Pautas y recomendaciones técnico-jurídicas para la configuración de un canal de denuncias eficaz en organizaciones públicas y privadas. La perspectiva Española”. *Derecho PUCP*. Núm 85. Pp. 41-78. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/22971>.
- Ballesteros, J. (2021). *Responsabilidad Penal y eficacia de los programas de cumplimiento normativo en la pequeña y la gran empresa*. Tirant lo Blanch.
- Bezzi Osvaldo, H. (2017). “El Derecho Público Administrativo y su aporte en el control y prevención de la corrupción en la función administrativa”. En: Lamoglia, M & Rodríguez, N. (eds). *Administración Pública y corrupción*. Scotti Editora. Pp 15-40.
- Castro, A & Otero, P. (2016). *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*. España: Dykinson.
- Castro, C. (2018). “Derecho penal y lucha contra la corrupción en el siglo XXI”. En: Ramírez, P. (ed). *Desafíos del Derecho penal en la sociedad del siglo XXI*. Temis. Pp 263-298.

- Fernández, A. (2013). “Delito y criminalización en una sociedad global”. En: Fernández, A. (ed). *Delincuencia, finanzas y globalización*. España: Centro de Investigaciones Sociológicas. Pp 15-118.
- Gallo, P. (2013). “Principio de confianza e imputación objetiva: Análisis de casos en la jurisprudencia Argentina”. En: Posada, R (ed). *Discriminación, Principio de Jurisdicción Universal y temas de Derecho Penal*. Bogotá: edición uniandes.
- García, B. (2015). “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”. En: Nieto, A. (ed). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Editorial: Tirant lo Blanch. Pp 206-230.
- García, P. (2012). “Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Revista de Estudios de la Justicia*. Núm 16. Pp. 55-74.
- García, P. (2014). *Criminal compliance*. Colección jurídica. Lima: Palestra.
- García, P. (2020). “Anticorruption compliance en la legislación peruana”. En: Carrion, A. & Kubiciel, M. (eds). *Corrupción, compliance y responsabilidad penal de la empresa. Un análisis comparado*. Perú: Editores del Centro.
- Güemes, C. (2018). “La corrupción y la (des)confianza como normas sociales. Cambio de enfoque, nuevas perspectivas”. *Revista Internacional Transparencia e Integridad*. Núm 6.
- Gutiérrez, R. (2017). “Sistemas de evaluación y seguimiento de los programas de compliance laboral”. En: Rojas, R., Moraleja, M & Gutiérrez, A. (eds). *Compliance Laboral*. Francis Lefebvre.
- Hernández, H. (2010). “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”. *Política Criminal*. Vol 5 (9). Pp. 207-236.
- Hernández, H. (2014). “Lavado de activos: responsabilidad de los funcionarios del sector financiero por la omisión de control”. *Revista Derecho Penal y Criminología*. No. 98. Pp. 93-130.
- Hernández, M & García, R. (2019). *Guía para la aplicación de UNE-ISO 37001:2017*. Madrid: AENOR.
- Hersh, M. (2002). “Whistleblowers – Heroes or traitors? Individual and collective responsibility for ethical behaviour”. *Annual Review in Control*. Vol 26(2). Pp. 243-262.
- Jiménez, C. (2005). “Problemas derivados de la internacionalización de la delincuencia económica”. En: García, M. (ed). *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*. Consejo General del Poder Judicial.
- Leo, J. (2018). “Compliance y whistleblowing en América Latina: el tratamiento en los medios de la corrupción transnacional”. En: Rodríguez, N., Carrizo, A, & Leturia, F. (eds). *Justicia penal pública y medios de comunicación*. Editorial: Tirant lo Blanch. Pp. 657-679.

- Merino, J & Paíno, F. (2016). *Lecciones de criminalidad organizada*. España: Universidad Complutense de Madrid.
- Nieto, A & García, B. (2019). “De la ética pública al public compliance: Sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas”. En: Madrid, C. (ed). *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*. España: Tirant lo Blanch.
- Nieto, A. (2015). “Código ético, evaluación de riesgos y formación”. En: Nieto, M. (ed). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Tirant lo Blanch
- Parma, C. (2018). “El pentágono anticorrupción. El Derecho penal como instrumento eficaz de prevención y combate del crimen organizado y la corrupción de funcionarios”. En: Tinco, J., Cruz, D., Quispe, I & Ayme, B. (eds). *Delitos Contra la Administración Pública. Herramientas para la lucha contra la corrupción en Latinoamérica*. Instituto Peruano de Derecho & Gobernabilidad. <https://drive.google.com/file/d/1W3ddOmr0WHB8m2LM13sGaB0yJxx9Lnu2/view>.
- Pérez, J. (2019). “La irrupción del Estado del denunciante: un instrumento del buen gobierno para la lucha contra la corrupción”. En: Castillo, F. (ed). *Compliance e integridad en el sector público*. Valencia: Tirant lo Blanch
- Prats, J. (2007). *La lucha contra la corrupción como parte integrante del Derecho, el deber y las políticas de buena administración*. Cuadernos de Derecho Público
- Pulido, J & Sansó-Rubert, D. (2020). “Corrupción en la democracia española. Una aproximación desde los aspectos criminales y políticos”. *URVIO: Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*. Vol 26. Pp. 105-122.
- Puyol, J. (2017). *El funcionamiento práctico del canal de compliance «whistle-blowing»*. España: Tirant lo Blanch.
- Robles, R. (2018). “El responsable de cumplimiento (“compliance officer”) ante el Derecho penal”. En: Reyna, L. (ed). *Compliance y Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Perspectivas comparadas*. Ideas.
- Sansó-Rubert, D. & Giménez-Salinas, A. (2014). *Crimen organizado*. En: De La Corte, L & Blanco, J. (eds). *Seguridad nacional, amenazas y respuestas*. Madrid: LID. Pp 133-148.
- Serrano, G. (2019) “Programas de cumplimiento penal para la prevención del delito corporativo y decomiso de bienes y ganancias provenientes del mismo o de actividad delictiva previa propia o ajena a la persona jurídica”. En: Madrid, C (ed). *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*. España: Tirant lo Blanch.
- Singh, N. & Busse, T. (2015). *Compliance Management. A How-to Guide for Executives, Lawyers and Other Compliance Professionals*. Praeger.

- Velasco, E & Saura, B. (2016). *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance. 86 preguntas y respuestas*. Aranzadi
- Ysla, A. (2012). *Legal Compliance. Principios de Cumplimiento Generalmente Aceptados*. Madrid: Difusión jurídica
- Ysla, A. (2018). “La norma UNE 19601 y los requisitos del Código Penal”. En: C. Gómez-Jara. (ed). *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*. Aranzadi.
- Ysla, A. (2021). *Guía práctica de compliance según la Norma ISO 37301:2021*. AENOR ediciones.
- Zuñiga, L. (2013). “Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del art. IOS CP. Principales problemas de aplicación”. En: Zuñiga, L. (ed). *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada*. Jurista Editores.
- Zuñiga, L. (2017). “Tratamiento jurídico penal de las sociedades instrumentales: entre la criminalidad organizada y la criminalidad empresarial”. En: Ballesteros, J (ed). *Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos*. España: Tirant lo Blanch.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Aldana, S. (2018). “Observatorio de redes criminales y tráfico ilícitos. Documento de trabajo 4/2018”. *Real Instituto Elcano*. <https://www.realinstitutoelcano.org/documento-de-trabajo/observatorio-de-redes-criminales-y-trafficos-ilicitos-del-real-instituto-elcano/>.
- Alonso Blanco, J. (2015). “Contener las redes de amenaza. Instituto Español de Estudios Estratégicos”. *Documento marco 19/2015*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7686832>.
- Blando, O. (2002). “Derecho y política: de la ley de lemas a la reforma política y constitucional en Santa Fe, Rosario”. *Ed. Juris*
- Congreso de la República de Perú. (2016). “Ley 30424”. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-regula-la-responsabilidad-administrativa-de-las-pers-ley-n-30424-1370638-1/>.
- Congreso Nacional de Brasil. (1995). “Ley 9609” Diario Oficial No. 27.9.1995. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm#art76.
- Congreso Nacional de Brasil. (1998). “Ley 9605” Congreso Nacional. Diario Oficial No. 13.2.1998. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm.
- Congreso Nacional de Chile. (1987). “Ley 18603”. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=29994>.

- Congreso Nacional de Chile. (2019). “Ley 20.393”. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1008668&idVersion=2020-06-20&idParte=8811454>.
- Convención Interamericana Contra la Corrupción, 2 de marzo, 1996 http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2014). “Derecho Electoral”. *Ciudad Autónoma de Buenos Aires*.
- Gimeno, J. (2016). “Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas”. Tesis. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=86756>.
- Institute for Economics & Peace. (2021). “Global Peace Index: Measuring Peace in a Complex World”. *Vision of Humanity*. <http://visionofhumanity.org/reports>.
- León, J. (2019). “La Responsabilidad Penal de los Partidos Políticos”. *Tesis Doctoral, Universidad de Valencia*.
- Ley Orgánica 3 de 2015. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado Español. Núm 77. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2015/03/30/1/con>.
- Naciones Unidas, Oficina Contra la Droga y el Delito. (2003). “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”. https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf.
- Naciones Unidas.(2014). “Ética Anticorrupción y Elementos de Cumplimiento para empresas”. <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2014/Etica-Anticorruption-Elementos-Cumplimiento.pdf>.
- Observatorio Latinoamericano de Derechos Humanos y Empresas. (2021). “Rol de empresas como victimarios”. *Universidad Externado de Colombia*. <https://www.uexternado.edu.co/observatorio-latinoamericano-de-derechos-humanos-y-empresas/empresas-y-conflicto-armado/rol-de-empresas-como-victimarios/>.
- OCEG (2012). Red Book, GRC Capability Model.
- Organización de los Estados Americanos. (1997). “Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales”.https://www2.javerianacali.edu.co/sites/ujc/files/manual_de_normas_apa_7a_completo.pdf.
- Quintero, J. (2021). “Denuncian irregularidades en millonaria compra de medias para el Ejército”. *EL Colombiano*. <https://www.elcolombiano.com/colombia/denuncian-irregularidades-en-compra-de-medias-para-militares-del-ejercito-ME15997821>.

- Reseñas de jurisprudencia. (2014). “Auto de la audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014. Imputación, medidas cautelares y personas jurídicas meramente instrumentales”. *Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Procedimiento Abreviado 130/2011*. https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/129100/Auto_de_la_Audiencia_Nacional_de_19_de_m.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Semana. (2020). “Las carpetas secretas”. Informe Especial. <https://www.semana.com/nacion/articulo/espionaje-del-ejercito-nacional-las-carpetas-secretas-investigacion-semana/667616/>.
- Semana. (2021). “Presunta red de tráfico de armas involucraría sectores del Ejército”. <https://www.semana.com/nacion/articulo/capturan-a-coronel-activo-del-ejercito-por-trafico-de-armas/202150/>.
- The Economist. (2022). “A new low for global democracy”. <https://www.economist.com/graphic-detail/2022/02/09/a-new-low-for-global-democracy>.
- UNE. (2015). “Sistemas de gestión de compliance. Directrices. UNE ISO-196000”. *Normalización Española*.
- Unidad Investigativa. (20 de marzo de 2021). La infiltración de la mafia en la Fiscalía y la policía de Cali. *El tiempo*. <https://www.eltiempo.com/unidad-investigativa/asi-funcionaba-la-corrupcion-en-la-fiscalia-y-policia-de-cali-575043>.
- Valero, D. (14 de febrero de 2022). “Lupa a “fábrica de colombianos” que dio cédula a 43.000 migrantes”. *El colombiano*. <https://www.elcolombiano.com/colombia/tumban-identidad-colombiana-de-venezolanos-rusos-y-otros-por-falsas-en-registraduria-y-estados-unidos-FF16577651>.

3. PENAS

Capítulo 6

***Régimen de penas principales y accesorias:
multa e inhabilitaciones especiales***

MARÍA SOLEDAD GIL NOBAJAS*

1. INTRODUCCIÓN

El régimen de penas principales y accesorias aplicable a las personas jurídicas constituye un aspecto clave en el marco de una estrategia político criminal eficaz referida a los actos de corrupción asociados al crimen organizado transnacional. Conviene recordar, por un lado, el papel hegemónico que han asumido las personas jurídicas en el contexto de las actividades económicas, fundamentalmente transnacionales y, correlativamente, la elevada frecuencia de su participación en tramas de corrupción que evidencia la naturaleza estructural de esta criminalidad. Y, por otro, que a pesar de las múltiples manifestaciones que entraña este fenómeno, la heterogeneidad de los bienes jurídicos afectados y, en consecuencia, la tipología delictiva implicada, la noción de beneficio resulta consustancial a todas ellas, por lo que se trata de una delincuencia de motivación eminentemente económica.

Los actos de corrupción se cometen para obtener o incrementar un beneficio económico, lo que para la persona jurídica se materializa de formas diversas, como ventajas u oportunidades comerciales,

* Profesora contratada doctora en derecho penal de la Universidad de Deusto. Licenciada con Diploma de especialidad económica y doctora en Derecho en la misma universidad. Sus principales líneas de investigación se centran en la criminalidad empresarial, corrupción privada y pobreza y Derecho penal. Ha realizado estancias de investigación en el Centro de Derecho Penal de la Universidad de Nanterre-París X (Francia) y en el Instituto de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Friburgo de Brisgovia (Alemania). ORCID: 0000-0001-5333-1127.

condiciones contractuales más favorables, adjudicación de licitaciones o concesión de contrataciones, entre otras. En consecuencia, la regulación de las penas aplicables a las personas jurídicas ha de orientarse prioritariamente a la supresión de los beneficios económicos obtenidos ilícitamente y a la prevención de la comisión delictiva, de acuerdo con las directrices internacionales que, como se adelanta ya, exhortan a los países a prever sanciones para las personas jurídicas que resulten “eficaces, proporcionadas y disuasorias”.

De acuerdo con lo anterior, se plantea la cuestión sobre el régimen de penas adecuado para lograr los fines anteriores, lo que conduce a considerar no solo la tipología concreta de pena aplicable, sino igualmente y con la misma relevancia para una política criminal eficaz contra el fenómeno de la corrupción asociado al crimen organizado transnacional, su extensión o cuantía. Aunque existe un amplio catálogo de penas con las que se puede castigar a la persona jurídica, las sanciones pecuniarias y, concretamente, la multa, se presenta, en una primera aproximación, como la candidata idónea para servir de contrapunto al beneficio ilícito generado y desplegar igualmente eficacia preventiva para evitar la recurrencia delictiva. Pero condición primordial para su eficacia preventiva es, entonces, la previsión de un sistema de multas que calcule la pena a imponer en proporción al beneficio o ganancia que haya producido la comisión delictiva a la persona jurídica.

Pero junto al papel que juega la multa en este contexto, la regulación del sistema de penas para las personas jurídicas también ha de tener en consideración las consecuencias o efectos negativos que producen los actos de corrupción. Resulta particularmente perjudicado el Estado (y toda la sociedad) cuando el delito implica un desvío o una asignación inadecuada de los recursos públicos. Además, el beneficio privado obtenido por la empresa corrupta distorsiona las reglas de la competencia y perjudica, igualmente, a las empresas competidoras, lo que supone una pérdida de eficiencia del mercado para la satisfacción de los intereses generales y particulares. La aplicación de la pena de multa, focalizada en la privación del beneficio ilegal obtenido, parece resultar insuficiente para eliminar estas (y otras) consecuencias perniciosas de la corrupción. En este aspecto cobran protagonismo otras penas que buscan “prescindir” de la persona jurídica en la asignación,

dotación o concesión de ventajas o beneficios de naturaleza pública por la vía de las inhabilitaciones especiales, particularmente la prohibición para contratar con el Estado y la prohibición para ser beneficiaria o adjudicataria de beneficios o ayudas públicas.

Conviene aclarar que cuando se aborda el estudio de la regulación de las penas aplicables a las personas jurídicas no existe, en principio, una diferenciación clara entre penas principales y accesorias, al margen del papel central que, como ya se ha destacado, se atribuye a la pena de multa (aunque incluso esto último no siempre se desprende de la regulación penal de algunos países). A esta confusión entre penas principales y accesorias contribuye, principalmente, el carácter preceptivo o facultativo de la imposición de la pena y/o la discrecionalidad que en muchas legislaciones dispone el juez o tribunal para aplicar una o varias de entre el catálogo de las previstas en la legislación penal, sin vincularlas expresamente a un delito en particular del que puede ser penalmente responsable la persona jurídica.

Son pocos los países que específicamente contemplan legalmente penas accesorias para las personas jurídicas con este *nomen iuris*. Por ello, y debido a la diversidad de enfoques legislativos en la cuestión, se considera necesario un posicionamiento previo en torno a la naturaleza principal o accesoria de las penas que van a ser objeto de análisis comparado. En este sentido, son varias las razones que llevan a considerar la multa como pena principal o una de las penas principales que se pueden imponer a la persona jurídica. Además de que tradicionalmente ha sido la multa la que en el ámbito doctrinal ha acaparado la atención, por resultar una pena acorde con su naturaleza y con la motivación económica que la lleva a delinquir, también los estándares internacionales atribuyen a las sanciones monetarias, de las que participa la multa, un papel destacado en el castigo eficaz de las personas jurídicas por actos de corrupción vinculados a la delincuencia organizada transnacional. Por su parte, junto al carácter principal de la pena de multa, y en atención, de nuevo, a la normativa internacional y nacional estudiada, es posible atribuir a las inhabilitaciones especiales una doble naturaleza en función del delito cometido, bien como pena principal junto a la multa, bien como accesoria de esta, paralelamente a lo que sucede con las inhabilitaciones especiales que se imponen a la persona física.

De acuerdo con lo expuesto, este capítulo profundizará en primer lugar sobre los fines asignados a las penas para las personas jurídicas, específicamente en relación con la pena pecuniaria y las inhabilitaciones especiales aludidas, y su virtualidad en el marco de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. A continuación, se llevará a cabo un estudio multinivel para cada una de las tres penas seleccionadas, analizando trasversalmente los estándares internacionales universales y regionales existentes para descender posteriormente al análisis de su regulación en los países de referencia no latinoamericanos (España y EE.UU.) y los cinco países de América Latina de referencia (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú). Tras esta exposición, se estudiará el correspondiente régimen para estas penas en Colombia, realizando posteriormente, en su caso, un análisis comparativo en relación con los niveles aludidos y una conclusión por cada pena sobre si alguna de las previsiones estudiadas responde específicamente a la necesidad de abordar la corrupción vinculada al crimen organizado transnacional y se propondrá una estrategia de acción para América Latina y otra para Colombia.

2. LOS FINES DE LA PENA PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS, EN PARTICULAR EN EL CONTEXTO DE LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

Cuando se trata del fin que cumplen las penas aplicables a las personas jurídicas, se aborda una cuestión que se desvincula del debate tradicional referido a las personas físicas. Punto de partida es que las penas para las personas jurídicas tienen fundamentalmente un fin preventivo (Zúñiga Rodríguez, 2009: 330; Mir Puig, 2014; Goena Vives, 2017: 111). Y este carácter preventivo puede orientarse tanto hacia la prevención general como la prevención especial, en ambos casos en su versión negativa o positiva. Dado el amplio catálogo de penas con el que puede castigarse a una persona jurídica, como lo demuestran los desarrollos doctrinales sobre la materia, las iniciativas internacionales y el Derecho comparado, la concreta tipología de pena buscará prioritariamente una de estas finalidades preventivas, si bien no excluye otras que puedan darse simultáneamente.

Históricamente, por influencia del análisis económico del Derecho y de los estándares internacionales sobre sanciones a personas jurídicas, ha cobrado especial protagonismo en esta cuestión una finalidad preventivo general negativa o disuasoria. Los textos internacionales universales y regionales que abordan la responsabilidad penal de las personas jurídicas por actos de corrupción así lo destacan expresamente, cuando obligan a los Estados a contemplar sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas para estas.

En el marco de este compromiso es innegable la hegemonía que se le otorga a la pena de multa entre las sanciones penales aplicables a las personas jurídicas. No obstante, a medida que la prevención delictiva asociada a la autorregulación empresarial ha dominado el escenario dogmático y legislativo, también han ido cobrando relevancia otras finalidades de la pena que pueden ser satisfechas por la multa y por otras posibles penas. En este contexto destaca especialmente un fin preventivo general o especial positivo, tendente a la rehabilitación de la entidad. En definitiva, el mensaje que se pretende comunicar a la empresa es que resulta más conveniente invertir en programas de cumplimiento que en la comisión de delitos relativos a riesgos que deben controlar (Nieto Martín, 2008 y 2017; Silva Sánchez, 2021). Aunque todas estas dimensiones preventivas se despliegan cuando se castiga a las personas jurídicas por actos de corrupción asociados al crimen organizado transnacional, debe reconocerse que es la dimensión disuasoria, general e individual, la que adquiere principal protagonismo, dada la naturaleza y gravedad de esta criminalidad, lo que se pone de manifiesto en las penas que van a ser objeto de estudio comparado: multa, prohibición para contratar con el sector público y prohibición para ser beneficiaria o adjudataria de beneficios o ayudas públicas. En ellas parece situarse en un segundo plano otras finalidades preventivas, que se manifestarían predominantemente en el marco regulador de incentivos premiales, por la vía de factores mitigadores de la responsabilidad penal que se trataron en el capítulo anterior.

Según se ha dicho, la multa ha sido y sigue siendo la pena por antonomasia para personas jurídicas, lo que ha contribuido en varios factores. Primero, su propia naturaleza, que hace que la pena de prisión sea ajena a su sistema de penas. Segundo, una política

criminal que procede del análisis económico del Derecho, no exento de críticas (Faraldo Cabana, 2017: 315-320), según el cual son seres amorales y racionales que buscan la optimización de sus beneficios y, por ello, calcularían si la comisión del delito les proporciona más beneficios que perjuicios (Baucells i Lladós, 2013; Nieto Martín, 2017: 317; Faraldo Cabana, 2017). Tercero, la aparente mayor facilidad y cumplimiento de la multa (Baucells i Lladós, 2013).

De lo anterior se derivan, a su vez, dos aspectos. Se ha indicado que bajo la lógica racional que mueve a la empresa, la disuasión se convierte en el principal fin de la pena, de manera que esta debe suponer para la persona jurídica un coste mayor que el beneficio que le podría reportar el delito, extrapolable a la naturaleza económica que tienen los actos de corrupción. Además, en este modelo económico de análisis coste-beneficio la pena pecuniaria también cumple una función de compensación de las ventajas indebidas que la persona jurídica ha tenido con el delito, por existencia de políticas de favorecimiento de comportamientos delictivos o ausencia de medidas de *compliance* que han dado lugar a su comisión (Feijóo Sánchez, 2016: 41). Esto convierte a la multa proporcional al beneficio obtenido por el delito en la sanción óptima para la persona jurídica (Baucells i Lladós, 2013; Nieto Martín, 2017; Faraldo Cabana, 2017), condición principal para que realmente despliegue su eficacia preventiva para prevenir esta criminalidad.

Las penas de prohibición o inhabilitación para contratar con el Estado y para obtener beneficios o ayudas públicas, por su propio contenido, desplazan la atención a una finalidad preventivo especial de la pena (Feijóo Sánchez, 2016: 41), de naturaleza inocular o neutralizadora. Comparten un claro objetivo de apartar a la persona jurídica del sector público para evitar que siga sirviéndose de él para continuar su actividad delictiva (Roca de Agapito, 2013: 383 y 397). También se aprecia, secundariamente, una finalidad compensatoria de la situación patrimonial ilícita que la entidad haya podido disfrutar indebidamente por el delito cometido en su beneficio (Roca de Agapito, 2013: 397), lo que resulta particularmente significativo en los actos de corrupción asociados al crimen organizado transnacional, según se ha señalado en la introducción.

Conviene indicar, igualmente, que la eficacia preventiva de la pena impuesta depende tanto de su naturaleza o clase como de los requisitos para su determinación. El estudio comparado que sigue permitirá detectar si, habiéndose previsto estas penas para las personas jurídicas, su regulación resulta adecuada para combatir los actos de corrupción asociados al crimen organizado transnacional.

3. LA PENA DE MULTA POR DELITOS DE CORRUPCIÓN

3.1. Consideraciones previas

De acuerdo con lo que se acaba de exponer, las dos principales finalidades que cumple la pena de multa para las personas jurídicas, de especial relevancia en el fenómeno de la corrupción asociado a la delincuencia organizada transnacional, son la disuasión (prevención general negativa) y la compensación de las ventajas y beneficios ilícitos que genera esta criminalidad, movida por el ánimo de lucro. Condición para que despliegue su efecto disuasorio es que la multa no pueda ser absorbida por los costes de la empresa (Zúñiga Rodríguez, 2009: 330). Por ello, el modelo más eficaz es aquel en que la multa sea lo suficientemente elevada para desincentivar la actividad delictiva o motivar su evitación (Baucells i Lladós, 2013) y, en consecuencia, sea proporcional a los beneficios que obtiene por actos de corrupción.

Como mecanismo de recuperación del beneficio obtenido o de compensación del perjuicio producido, de especial trascendencia en la criminalidad objeto de estudio comparado, comparte finalidad con otras sanciones pecuniarias o monetarias, con las que puede confundirse y que no son objeto de tratamiento en este capítulo, como es el comiso y la reparación del daño, también previstas en algunas regulaciones como penas imponibles a las personas jurídicas.

En una aproximación general, todos los países de referencia contemplan la multa como pena imponible para la persona jurídica por los delitos de corrupción en los que se ha reconocido legalmente su responsabilidad penal. A partir de aquí, las regulaciones difieren en cuanto a su imposición preceptiva o facultativa, el papel que juega

la multa dentro del catálogo de penas imponibles en cada país, así como el sistema de determinación, entre otros aspectos.

3.2. Estándares internacionales en relación con la pena de multa

En los instrumentos internacionales que requieren la imposición de sanciones a las personas jurídicas por actos de corrupción, las sanciones monetarias ocupan un lugar central, en sintonía tanto con su marcado carácter disuasorio o preventivo general negativo, como por su función compensatoria del beneficio ilícito obtenido. En este sentido, la práctica totalidad de los textos internacionales se refieren a “sanciones monetarias” o “sanciones pecuniarias”, género al que pertenece la multa, pero en el que también se integran otros mecanismos sancionatorios que compartirían la misma finalidad, fundamentalmente en su vertiente compensatoria del beneficio. Con esta aclaración, el análisis distinguirá el panorama internacional en el ámbito universal (ONU y OCDE) y regional (OEA, UE y Consejo de Europa).

Dentro del ámbito internacional universal, la sanción monetaria se prevé expresamente, junto a otras, en el art. 10.4 de la Convención de Palermo contra la delincuencia organizada transnacional (2000), en cuya imposición habrá de tenerse en cuenta la gravedad de los delitos involucrados (art. 11). En los mismos términos se expresa la Convención de Mérida sobre corrupción (2003) sobre la necesidad de prever sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias que incluyan la sanción monetaria (art. 26. 4º) y la necesidad de tener en cuenta la gravedad de los delitos (art. 30).

La posición preeminente que ocupa la multa en la Convención de Mérida está en consonancia con la preocupación expresada en el Preámbulo de este texto normativo, debido a la íntima vinculación existente entre la corrupción y la delincuencia organizada y económica, particularmente el blanqueo de dinero. La Guía de recursos sobre medidas estatales para reformar la integridad empresarial, asociada a la Convención de Mérida, atribuye a la multa penal el factor disuasivo más fuerte para los delitos de corrupción, también cuando el acto corrupto tiene origen en la omisión por parte de la empresa de prevenir el comportamiento indebido de sus empleados o agen-

tes. En lo relativo a su determinación y cálculo no se decanta expresamente por un modelo concreto, limitándose a advertir que debe reflejar la gravedad del delito, para lo que debe tenerse en cuenta “el tamaño de la empresa, el grado de culpabilidad y otros factores como el daño causado por la infracción [...] y el monto exacto se determinará a la luz de las circunstancias agravantes o atenuantes” (ONU, 2013a: 21 et. Seq.).

En el ámbito de la OCDE, la Convención de 1997 sobre cohecho de servidores públicos extranjeros guarda silencio sobre las sanciones penales que pueden ser aplicables a una persona jurídica, más allá del consabido mandato de que se trate de sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias (art. 3.1). Esto supone una diferencia respecto de lo que la Convención dispone sobre sanciones no penales para personas jurídicas, en las que sí se menciona expresamente la sanción pecuniaria (art. 3.3). No obstante, el mismo art. 3.1, al referirse a la escala de la sanción para las personas jurídicas establece que “será comparable a la aplicable al cohecho de servidores públicos”, por lo que implícitamente se desprende que también la pena pecuniaria es de obligada previsión para las personas jurídicas, puesto que en las penas previstas para las personas físicas se contempla expresamente la imposición de penas monetarias.

Por su parte, el art. 3.3, sin referirse expresamente a la persona jurídica, advierte que

Cada Estado parte deberá adoptar las medidas necesarias para estipular que el cohecho y el producto de este de un servidor público extranjero o los bienes cuyo valor corresponda al de ese producto estén sujetos a incautación y decomiso; o sean aplicables sanciones monetarias de efecto comparable.

De ello se deduce que la OCDE toma partido por un régimen de determinación y cálculo de la multa que ha de tener en cuenta el beneficio ilícito producido por el delito de corrupción, lo que más claramente se evidencia, como se verá al descender al análisis de la regulación de los países de referencia, de los informes de seguimiento del Grupo de Trabajo de la OCDE.

Nada dispone sobre la pena de multa o, en general, cualquier otra clase de sanción aplicable a las personas jurídicas, la Convención

Interamericana contra la corrupción (1996), adoptada en el marco de la OEA. La mención específica a esta cuestión queda reservada a la Legislación Modelo sobre Enriquecimiento Ilícito y Soborno Transnacional, adoptada mediante Resolución del Comité Jurídico Interamericano, de 9 de septiembre de 1998. Dispone el art. 2 de esta Legislación Modelo que “a la empresa domiciliada en el país que comete el delito de soborno transnacional, se le impondrá sanción de multa”, sin mayores precisiones, y “sin perjuicio de las demás sanciones que establezcan las leyes”. De esto parece desprenderse que la multa es una pena de imposición obligatoria frente al resto de posibles penas que las legislaciones de cada país puedan regular para las personas jurídicas.

En el ámbito del Consejo de Europa, el art. 19.2 del Convenio Penal contra la Corrupción, de 27 de enero de 1999, reproduce casi literalmente la misma regulación que las convenciones de la ONU (“cada Parte se asegurará de que, en el caso de la responsabilidad establecida en virtud de los apartados 1 y 2 del artículo 18, las personas jurídicas sean objeto de sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias de naturaleza penal o no penal, incluidas las sanciones pecuniarias”).

Dentro de la UE los instrumentos normativos que han abordado la lucha contra la corrupción reproducen como los anteriores la obligación de que los Estados impongan sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias. Además, siguen reservando a la multa, como tipología específica de sanción pecuniaria, un papel destacado, por ser de obligatoria imposición. Así lo expresa el art. 6 Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, como el art. 9 Directiva 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financiero de la Unión Europea¹. Pero a diferencia de los textos normati-

¹ Esta Directiva ha sustituido al Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, adoptado por Acto del Consejo de 26 de julio de 1995 y a sus dos Protocolos. En estos textos la regulación sobre la sanción de multa aplicable a las personas jurídicas era la misma que la que actualmente contempla la Directiva PIF de 2017, con

vos internacionales anteriores el catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas se completa ejemplificativamente con otras posibles (exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas, inhabilitación temporal o permanente para desempeñar actividades comerciales, vigilancia judicial, disolución) que, en lo esencial, se reproducen casi sin variaciones en los distintos textos.

No obstante, la normativa de la UE obliga específicamente a imponer la multa en los supuestos en los que la persona jurídica es penalmente responsable cuando el acto de corrupción lo ha cometido un sujeto situado en el nivel directivo de la entidad. Pero no hay obligación de que la multa sea la pena con la que se la castiga si el delito es fruto de una falta de vigilancia o de control de estos sujetos respecto de sus subordinados.

De todo lo anterior se desprende que en el ámbito internacional se apuesta sin fisuras por las sanciones monetarias para afrontar eficazmente los crímenes de corrupción. Con carácter general, no existiría en principio preferencia por una tipología concreta de pena pecuniaria, en la medida en que todas pueden cumplir con una doble función disuasoria y compensatoria de los beneficios ilícitos que genera el acto de corrupción, especialmente en contextos organizados transnacionales.

Solo en el ámbito regional de la UE se aprecia un posicionamiento propio en lo que atañe a la multa, por un lado, más exigente, pero, por otro, más flexible. Comparte con el resto de las iniciativas internacionales universales y regionales el hecho de que la multa aparece expresamente mencionada como sanción o pena principal (aunque no única). Pero mantiene particularidades en cuanto a su ámbito de aplicación, en función del supuesto que venga a comprometer la responsabilidad penal de la persona jurídica. Para la UE la multa siempre ha de ser de obligada imposición cuando el delito de corrupción por el que se la castiga lo comete un sujeto situado en su cúpula directiva o al más alto nivel jerárquico de la empresa. Pero si

la única diferencia de que esta última incluye también ejemplificativamente dentro del catálogo de sanciones el cierre temporal o permanente del establecimiento que se haya utilizado para cometer la infracción penal.

el delito lo ha cometido un subordinado debido a que han fallado las medidas de vigilancia y control, esto es, el sistema de *compliance*, se deja a decisión de cada ordenamiento jurídico nacional el carácter obligatorio o facultativo de su imposición.

Es evidente que la decisión discrecional de otorgar una u otra naturaleza a la multa se ha de valorar bajo el consagrado canon de que se castigue eficaz, proporcional y disuasoriamente el delito de corrupción. En este sentido, es admisible con carácter general que si el delito ha sido fruto de una deficiencia del sistema de prevención que no “arrastra” la actuación y compromiso de sus dirigentes y directivos, puede decaer la multa en favor de otro tipo de pena, más adecuada a la gravedad del incumplimiento por parte de la empresa (no tanto al que expresa el acto de corrupción) e igual o más eficaz que la multa, siempre y cuando se articulen otras medidas confiscatorias del beneficio ilícito procurado por el delito.

Por último, cabe destacar que las iniciativas existentes en el ámbito internacional regional guardan silencio en torno al sistema de determinación y cálculo de la multa. Debemos acudir a los instrumentos normativos y documentos vinculados en el ámbito de la ONU y, con mayor claridad, de la OCDE para apreciar un posicionamiento expreso a favor de un modelo de determinación y cuantificación que para cumplir con su orientación disuasoria y compensatoria tome en consideración el soborno o producto del delito de corrupción; postura absolutamente necesaria para aprehender la gravedad del delito por el que se castiga a la persona jurídica en un ámbito de criminalidad que, como se señaló en la introducción, es de motivación económica.

3.3. El régimen legal de la pena de multa en el Derecho comparado no latinoamericano

Ni España, ni EE.UU., se desmarcan de los estándares internacionales al considerar la multa la sanción monetaria óptica para castigar los actos de corrupción asociados a la delincuencia organizada transnacional. A partir de este común denominador, el régimen legal de la pena de multa en ambos sistemas jurídicos pone de manifiesto la

heterogeneidad habitual con la que los Estados han incorporado los compromisos internacionales en la materia, con diversidad de reglas y prácticas, como se va a analizar.

3.3.1. España

En consonancia con los estándares internacionales, la multa es la pena principal con la que se castiga a las personas jurídicas. Aparece recogida en la letra a) del art. 33.7 CP, siendo de imposición obligatoria frente al resto de penas que enumera el precepto, de imposición facultativa con carácter general. El legislador español ha previsto un sistema mixto, puesto que la multa conoce dos fórmulas de determinación, por cuotas o proporcional. Hay que remitirse al concreto delito en el que se prevé la responsabilidad penal de la persona jurídica para saber cuál de los dos modelos entra en aplicación. No obstante, ambos modelos se combinan parcialmente, de manera que la multa finalmente aplicable será la más grave de entre ambas modalidades, lo que pone en entredicho tanto la razón por la que se opta por un sistema de cuotas o de multa proporcional en cada caso (Barquín Sanz, 2021: 332), como la propia necesidad de haber previsto ambos sistemas para las personas jurídicas.

De prever el delito una multa proporcional, se calcula como múltiplo de un valor económico establecido. En concreto, el art. 52.1 CP dispone que se establecerá en proporción al daño causado, al valor del objeto del delito o al beneficio reportado por el mismo, teniendo en cuenta para su imposición los límites mínimos y máximos en cada caso, así como la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes y la situación económica del condenado (art. 52.2). El pago podrá fraccionarse durante un periodo de hasta cinco años cuando la cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquella o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general (art. 53.5).

Para no hacer ineficaz esta pena cuando no sea posible proceder a su cálculo en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, el apartado 4 del art. 52 establece una cláusula de equivalencia con una multa por cuotas, tomando como referencia

la pena privativa de libertad prevista para la persona física en el concreto delito. Conforme a esta disposición, la multa para la persona jurídica será de dos a cinco años si correlativamente la pena de prisión es de más de cinco años, de uno a tres años si la pena privativa de libertad es superior a dos años hasta cinco años y en el resto de los casos la multa para la persona jurídica será de seis meses a dos años.

En cuanto al sistema de cuotas, el art. 50.4 establece una cuota diaria para la persona jurídica entre los 30 y 5000 euros, con un plazo máximo de cinco años. Los jueces atenderán para su determinación a los límites establecidos en el concreto delito y fijarán en sentencia el importe de la cuota diaria en función de la situación económica de la entidad, así como otras circunstancias particulares de la misma (art. 50.5). Conforme al art. 50.6 también cabe su pago fraccionado en un plazo no superior a dos años desde la firmeza de la sentencia, en un solo monto o según los plazos que el juez o tribunal determina.

Junto a esta regulación general, la LO 1/2015, de 30 de marzo, introdujo en el sistema de cuotas la obligatoriedad de aplicar una multa proporcional, según el marco establecido en cada caso, si el beneficio obtenido o, en su caso, el perjuicio causado fuera superior a la cantidad que resulte de calcular la pena según el primer sistema. Tal previsión se ha incluido en algunos delitos que castigan delitos de corrupción adscritos a un sistema de cuotas, como son los delitos de cohecho (art. 427 bis), corrupción privada (art. 286 bis), corrupción en las transacciones económicas internacionales (art. 286 ter) y tráfico de drogas (art. 369 bis).

Por su parte, la LO 1/2019, de 20 de febrero, incluyó el delito de malversación en el catálogo de delitos por los que la persona jurídica puede ser penalmente responsable, incorporando ya la doble opción de multa por cuotas o proporcional. Sin embargo, la reforma ha desaprovechado la ocasión de incluir una regla con idéntica finalidad de optar por la pena más grave, inexplicablemente, en el tráfico de influencias (art. 430) y en el blanqueo de bienes (art. 302), en los que, además, el sistema de determinación de la multa elegido es por cuotas, y no proporcional al beneficio que motiva la comisión del delito.

Los supuestos en los que la multa aplicable a la persona jurídica sigue un sistema proporcional son: delitos contra la Hacienda Pública

y la Seguridad Social (arts. 305 ss. CP), con excepción del delito contable (art. 310), pudiendo llegar en los casos más graves al cuádruple de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida; financiación ilegal de partidos políticos (art. 304.bis.5), si bien el legislador incurrir en un error de técnica legislativa, al establecer que a la persona jurídica se le impondrán las mismas penas que a la persona física, de manera que, por razones obvias, solo alcanza a la pena de multa y no la de prisión); y delito de contrabando (art. 3.3 LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando).

En el panorama judicial español, es de destacar que, aunque existen pronunciamientos condenatorios contra las personas jurídicas, el campo estrella de aplicación del art. 31 bis CP vinculado con la corrupción se refiere, aplastantemente, al delito de defraudación tributaria y, muy minoritariamente, blanqueo de bienes. No existe hasta la fecha condenas a personas jurídicas por otros delitos de corrupción pública y privada, por lo que, ciñéndonos a las sentencias condenatorias ratificadas o modificadas por el TS español, y a tenor del régimen legal expuesto, se han impuesto penas de multa calculadas en proporción a la cuantía de lo defraudado y a los bienes objeto de blanqueo².

² La STS, 2ª, nº 583/2017, de 19 de julio, condena por blanqueo a seis personas jurídicas, con multas para todas ellas de dos años, pero con cuotas para cuatro de ellas de 30 Euros día y de 100 Euros para las dos multas más elevadas, es decir, entre 21.600 Euros y 72.000 Euros. Merece destacar que la sentencia de instancia castigó las dos multas más elevadas con una cuantía muy superior, de cinco años de multa con cuota de 2.000 Euros y cuatro años de multa con cuota también de 2.000 Euros, pero el Tribunal Supremo rebajó las penas debido a que las personas físicas condenadas, propietarias y administradoras de las personas jurídicas condenadas, también habían sido castigadas a penas de multa. Y con el añadido, en su FJ 8º de que la trascendencia práctica de la multa impuesta iba a ser nula, puesto que no iban a poder pagar la multa y no existe para las personas jurídicas responsabilidad personal subsidiaria, teniendo en cuenta que además de la multa se impusieron penas interdictivas de disolución y suspensión de actividades. Por su parte, en relación con el delito fiscal, son de interés las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: SSTS, 2ª, nº 746/2018, de 13 de febrero de 2019 (multa de 100.000 Euros), nº 118/2020, de 12 de marzo (multas entre los 72.000 y los 96.000 Euros por tres delitos fiscales), nº 296/2020, de 10 de junio (dos multas de 60.000 Euros por dos delitos fiscales), nº

La dosimetría de la pena se individualiza en atención a las reglas de determinación de la pena según la concurrencia de atenuantes y agravantes, esto es, las reglas generales del art. 66.1, por remisión del art. 66 bis CP.

Una primera valoración positiva que se aprecia del régimen legal de multa del CP español es el hecho de ofrecer una respuesta jurídico-penal a la hipótesis de que no pueda calcularse o determinarse el beneficio ilícito que genera el delito de corrupción. Acoge, para ello, un sistema mixto a favor de la pena más elevada que se calcule. No obstante, el objetivo se diluye cuando se desciende a los extremos concretos de la regulación, en general farragosa, nada sistemática y, en ocasiones, incongruente con la naturaleza del delito cometido. A veces la elección por la multa más elevada es una alternativa prevista en el concreto delito de corrupción, en otras, dicha alternativa proviene de las reglas generales del art. 50 y ss. Resulta de difícil justificación por qué no se ofrece legalmente una respuesta uniforme cualquiera que sea el delito implicado. Político-criminalmente habría sido más adecuado prever el modelo de multa proporcional como regla general y solo en su defecto, en caso de no ser posible cuantificar el beneficio ilícito, prever un sistema por cuotas.

Por otro lado, su imposición es en todo caso obligatoria, sin excepción, optando por dar el mismo tratamiento a cualquier hipótesis de castigo, con independencia de la posición jerárquica en la entidad de la persona jurídica que comete el delito. El modelo español, en consecuencia, ha preferido no eludir la multa en caso alguno, alineándose con ello entre los países con un régimen más estricto en esta cuestión.

3.3.2. Estados Unidos

En el sistema jurídico federal estadounidense la multa constituye la única “pena”, en sentido estricto, aplicable a las personas jurídicas por

496/2020, de 8 de octubre (dos multas de 97.000 y 1.024.000 Euros por dos delitos fiscales); n° 833/2021, de 29 de octubre (multa de 661.990 Euros, doble de lo defraudado, por un delito contra la Seguridad Social); n° 542/2021, de 21 de junio (tres multas del tanto de lo defraudado, de 225.900, 203.550 y 149.000 por tres delitos fiscales)

la realización de delitos de corrupción. El absoluto protagonismo de la multa es acorde con el análisis economicista de la criminalidad empresarial con origen, precisamente, en EE.UU. Además, hay que tener presente que este país ha sido pionero y abanderado de la lucha contra la corrupción transnacional por sobornos a funcionarios públicos extranjeros desde la aprobación de la FCPA, en 1977. Puede afirmarse que, en realidad, ha sido el sistema jurídico norteamericano el que habría influido en el panorama internacional y que ha derivado en las distintas iniciativas contra la corrupción de ámbito universal y regional.

La FCPA impone máximos en la cuantía de la multa muy elevados, de hasta dos millones de dólares por supuestos de soborno, cohecho y corrupción y de hasta veinticinco millones de dólares por disposiciones relativas a contabilidad. Para el cálculo e individualización de la pena, son fundamentales las reglas que disponen las USSG. Así, se parte de la gravedad del delito (§§ 2C1.1 y 2B1.1) y sus circunstancias particulares, teniendo luego en consideración determinados factores atenuantes y agravantes que contempla el capítulo 8 USSG, tales como la cooperación con la Justicia, confesión voluntaria, o programas de cumplimiento preexistentes o la reincidencia, entre otros. Las penas que contempla la FCPA pueden ser aún superiores a los máximos que ahí se regulan en aplicación de la *Alternative Fines Act*, 18 U.S.C. § 3571 d), pudiendo alcanzar hasta dos veces el beneficio obtenido por el delito. Este mismo régimen mixto se regula para los delitos de blanqueo, de manera que se impondrá la pena que más elevada de la que resulte, bien en atención a un marco prefijado que puede alcanzar los 500.000 dólares, bien de hasta dos veces el valor de los bienes objeto de blanqueo (18 U.S.C. § 1956). Este mismo régimen se contempla en materia tributaria respecto de la evasión fiscal (26 U.S.C. §§ 7201-7207).

En aplicación de la FCPA las multas impuestas a personas jurídicas nacionales y extranjeras han llegado a alcanzar cantidades millonarias y billonarias en dólares americanos en algunos de los casos más reciente de tramas de corrupción internacional. Se destacarán los casos de soborno internacional Odebrecht S.A. (3,5 billones)³,

³ United States of America vs. Odebrecht S.A. (16-cr-643). El caso Odebrecht enjuició una trama de corrupción a funcionarios extranjeros en numerosos

Goldmann Sachs Group, Inc (2,6 billones)⁴, Airbus SE (2 billones)⁵, Petroleo Brasileiro S.A.-Petrobras (850 millones)⁶, Telefonaktiebolaget LM Ericsson (1 billón⁷). Estos casos representan el top 5 de las multas más elevadas impuestas por aplicación de la FCPA, existiendo otras condenas al pago de multas cercanas al millón de dólares.

Además, si según los límites máximos que contempla la FCPA la multa resultara insuficiente para contrarrestar y superar el beneficio ilícito que produce el delito, este puede corregirse mediante la regla alternativa de que la multa sea proporcional a aquel. Resulta reseñable que este modelo mixto se aplica con independencia del delito de corrupción cometido y, en consecuencia, la normativa aplicable. Ahora bien, se echa en falta que las cuantías máximas que fija la ley para el blanqueo y evasión fiscal no sean más elevadas, dado que no siempre será posible calcular el beneficio ilícito que genera el delito.

Sobre el sistema federal norteamericano plena la sombra de que, realmente, un número muy significativo de casos no finalizan en con-

países en un periodo comprendido entre 2001 y 2016. La entidad pagó sobornos por un valor aproximado de 788 millones de dólares, obteniendo por ello beneficios superiores a 3 billones en contratos durante 15 años.

⁴ United States of America vs. The Goldman Sachs Group, INC. (20-cr-437). Se acreditó que la entidad había pagado sobornos a funcionarios de Abu Dhabi y Malasia entre los años 2009 y 2014 por cantidades superiores a 1,6 billones de dólares, lo que produjo un beneficio superior a 6,5 billones de dólares. El caso finalizó con un DPA en el que se obligó al pago, además de la multa señalada, una sanción monetaria civil (400 millones de dólares) y devolución de las ganancias ilícitas obtenidas (600 millones de dólares).

⁵ United States of America vs. Airbus SE (20-cr-00021). En este supuesto se condenó por una trama de soborno internacional en China que duró, al menos desde 2008 a 2015.

⁶ El DOJ y el SEC alcanzó un NPA con la entidad (26 de septiembre de 2018), por sobornos por valor aproximado de 1 billón de dólares que se extendieron entre los años 2004 y 2012. La entidad vio reducida la multa en un 25% del mínimo imponible.

⁷ Security and Exchange Commission vs. Telefonaktiebolaget LM Ericsson (19-cv-11214); United States of America vs. Telefonaktiebolaget LM Ericsson (19-cr-00884). La entidad pagó sanciones pecuniarias penales al DOJ y el SEC por una trama de corrupción entre los años 2000 y 2017 en diversos países de África y Asia. Los sobornos alcanzaron la cifra de 150.000 dólares, lo que produjo ganancias cercanas a los 500.000 dólares.

dena para la persona jurídica, sino en acuerdos de no persecución por la vía de los NPA y DPA, sustraídos al control judicial, en atención a las circunstancias presentes en el caso concreto, sobre todo en caso de incentivos premiales (existencia de un programa de cumplimiento o plena colaboración con la Justicia, fundamentalmente). Ahora bien, no cabe duda de que estos acuerdos también despliegan una muy importante función preventiva en relación con el fenómeno de la corrupción, sobre todo de naturaleza organizada transnacional. Y a mayores, los acuerdos alcanzados con las autoridades no evitan la imposición de sanciones monetarias, como evidencia alguno de los casos mencionados *supra*, por lo que no merma su valor político criminal para combatir la corrupción, particularmente cuando se asocia a la delincuencia organizada transnacional.

3.3.3. Análisis comparado de la regulación española y estadounidense

De las principales características reseñadas sobre régimen legal de la pena de multa en España y EE.UU. se desprenden dos elementos nucleares de coincidencia. En primer lugar, la centralidad de la multa como sanción penal aplicable, en todo caso, a la persona jurídica, en ambos sistemas con carácter preceptivo. En segundo lugar, ambas regulaciones presentan un modelo de determinación de la multa mixto, siendo una de las alternativas la cuantificación de la multa en proporción al beneficio ilegal obtenido u otro valor de referencia. Estos dos elementos son claves en cuanto a la finalidad que se predica de las penas para las personas jurídicas, particularmente en casos de corrupción, tanto por el efecto de contrapeso frente a la ganancia ilícita del delito como al carácter disuasorio al que se orienta la multa en una criminalidad de motivación económica.

Lo anterior no se opone a que, incluso, en estos puntos de coincidencia cada regulación muestre sus rasgos propios. Así, la preceptiva multa se puede ver acompañada de otras penas restrictivas o limitativas de derechos en el CP español, de imposición facultativa, lo que lleva a que algunos autores las califiquen de penas accesorias. En la regulación federal norteamericana, la multa tiene una presencia absoluta, si bien también entran en juego otras sanciones, no penales,

que coincidirían, en parte, con las que el art. 33.7 CP español se califican de penas, como es el caso de la prohibición o suspensión para contratar con el sector público.

Todavía en cuanto al régimen mixto que regulan en ambos sistemas, la normativa española presenta un grado de complejidad que no muestra la normativa federal estadounidense. Incluso en ocasiones se aprecian disfuncionalidades a la hora de establecer cuál es la regla en la determinación de la multa y cuál el sistema alternativo, resultado de lo parcheada y poco reflexionada que es la regulación en lo que atañe a la combinación de ambos modelos de determinación y cálculo de la multa. En este punto EE.UU. muestra un tratamiento unitario más adecuado, con independencia del delito llevado a cabo y la normativa de aplicación. Ahora bien, la uniformidad se quiebra en relación con los máximos que se atribuyen según el delito involucrado cuando se acude a la regla general según la cual se establece un máximo monetario prefijado. En comparación con lo previsto en la FCPA, los máximos señalados para el blanqueo y delitos tributarios podrían poner en entredicho la finalidad disuasoria de la pena. En conexión con esto, es de observar que el ámbito de coincidencia en la aplicación judicial de la pena de multa en España y EE.UU. se corresponde con delitos tributarios, fundamentalmente. Si se toman los marcos penales en abstracto, la regulación española ofrece límites máximos más elevados que la regulación estadounidense, hasta cuatro veces la cuota de lo defraudado, como regla general, frente al doble de lo defraudado, si fuera superior a la cifra de 500.000 dólares. Haciendo la misma comparación, y aunque no existen condenas por el momento en el ámbito judicial español por soborno a funcionario extranjero en las transacciones comerciales internacionales, el máximo de la multa por este delito en virtud del art. 288 CP es de dos a cinco años o del triple al quíntuple del beneficio, debiendo optar por la más elevada. Esto, en abstracto, implica la posibilidad de imponer más penas por el delito del art. 286 ter CP español incluso más elevadas que las previstas en la FCPA. Si bien la ausencia de aplicación judicial de este delito (solamente existe único caso en el que únicamente se castigó a las personas físicas imputadas, con una pena de 1000 euros), en particular en relación con personas jurídicas, tras doce años de vigencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica, hacen cuestionar el efecto disuasorio de la gravedad de la

multa. En contraposición, la FCPA establece unos máximos de multa a los que no se puede negar efecto disuasorio, sobre todo cuando viene acompañado de la efectividad de la sanción, como sucede con esta normativa.

En cuanto a las reglas para la individualización en la dosimetría de la multa, ambas regulaciones atienden a factores atenuatorios como agravatorios. No obstante, el caso español resulta criticable en este aspecto, puesto que, a pesar de recoger expresamente atenuantes para la persona jurídica, limita la mayor parte de las reglas del art. 66 bis, particularmente para la reincidencia y multirreincidencia, a las penas interdictivas, pero no resultan inexplicablemente de aplicación a la pena de multa. No es posible llevar a cabo un estudio comparado de la relevancia práctica de las multas con que se ha sancionado penalmente a personas jurídicas por delitos de corrupción, no obstante, se colige a la vista de las multas billonarias impuestas por aplicación de la FCPA que el sistema federal estadounidense constituye el motor de lucha contra la corrupción desde hace décadas, a pesar de los aspectos controvertidos que suscita, fundamentalmente en el plano procesal.

Por tanto, según se ha señalado *supra*, no es comparable en la práctica el efecto disuasorio de la multa en España y EE.UU., por la sencilla razón de que en el país europeo aún no ha habido condenas contra personas jurídicas por cohecho internacional, pero tampoco doméstico. Es precisamente en esta vertiente del fenómeno de la corrupción en el que la legislación federal estadounidense muestra su fortaleza, como una tendencia a imponer multas, además, cada vez más elevadas en las dos últimas décadas. Multas que, por regla, veinte veces la suma de los sobornos y aproximadamente el doble de la cantidad o beneficios ilícitos producidos (OCDE, Informe Fase 4, 2020: 93).

3.4. La pena de multa en los países de referencia latinoamericanos

También en la región de América Latina la multa es una pena que se contempla en los sistemas jurídicos que han reconocido legalmente la responsabilidad penal de las personas jurídicas en general y, particularmente, en relación con delitos de corrupción. Se adelanta, no

obstante, que no puede decirse que la multa acapare siempre el principal protagonismo en el régimen de penas, al menos por letra de la ley. Igualmente, se aprecian profundas divergencias en cuanto al marco regulador en cuanto al sistema seguido para su determinación y cuantía, de lo que se va a dar cuenta en los siguientes epígrafes.

3.4.1. Argentina

Conviven varios regímenes legales de la pena de multa en la legislación penal argentina, consecuencia de que el castigo a las personas jurídicas por delitos de corrupción aparece disperso en la legislación penal. El art. 304 CPA, introducido mediante la Ley 26.683 de 2011, regula respecto del blanqueo de capitales un total de seis sanciones, de imposición conjunta o alternativa, entre las que la multa se recoge en primer lugar. Se sigue aquí un modelo de multa proporcional de dos a diez veces el valor de los bienes objeto del delito, lo que coincide con el máximo de la pena de multa impuesta a la persona física por el mismo delito. Por su parte, la Ley 24.769, de 19 de diciembre de 1990, del régimen penal tributario, contiene una previsión idéntica al art. 304 CPNA, introducida por la Ley 26.735 de 2011, si bien en este caso se modifica el objeto de referencia para el cálculo de la pena, que queda vinculada a la deuda verificada (art. 14). La Ley 27.401, de 8 de noviembre de 2017, de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de cohecho, concusión y otros delitos, principal fuente de regulación sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica por delitos de corrupción, recoge el mismo catálogo y régimen de aplicación de penas que el previsto para el blanqueo de bienes y los delitos tributarios, aunque en este caso se castiga con una cuantía proporcional de dos a cinco veces del beneficio obtenido o que se hubiese podido obtener por el delito, es decir, el máximo alcanza la mitad de la dosimetría indicada previamente, que coincide nuevamente con el máximo de la pena de multa imponible a la persona física. El apartado 4 del art. 8º admite el pago fraccionado de la multa durante un periodo de hasta cinco años, cuando un único pago pusiera en peligro la supervivencia de la persona jurídica o el mantenimiento de los puestos de trabajo.

En los tres marcos regulatorios señalados se establecen criterios de graduación de la multa (art. 304 CPA, último párrafo; art. 14 Ley 24.769 y art. 8 Ley 27.401), si bien en el ámbito tributario y en el blanqueo de bienes su número es más limitado. Coinciden las tres regulaciones en relación con criterios que atienden a la gravedad del hecho (monto del dinero involucrado en la comisión del delito, extensión del daño causado), o que conectan con el tamaño, naturaleza y capacidad económica de la persona jurídica. Pero la Ley 27.401 incorpora también otros elementos que se vinculan con el *compliance* empresarial (incumplimiento de reglas o procedimientos internos, autodenuncia espontánea, comportamiento posterior de la entidad, disposición para reparar o mitigar el daño), además de la reincidencia. Como ha destacado la doctrina, aunque la literalidad de la ley parece vincular estos criterios a la graduación del cuántum de la pena, en el caso de la multa el monto a pagar, en realidad, también son parámetros para determinar la naturaleza de la pena imponible (Cesano, 2022: 470).

La regulación argentina acoge un sistema de multa proporcional en las distintas manifestaciones delictivas del fenómeno de la corrupción, acorde con los estándares internacionales analizados anteriormente, que en atención a los máximos expuestos trascienden al beneficio generado por el delito. Con todo, presenta dos aspectos cuestionables a la hora de valorar su idoneidad para castigar eficaz, proporcional y disuasivamente a las personas jurídicas por delitos de corrupción, como ha advertido el Grupo de Trabajo de la OCDE (Informe Fase I bis, 2019: 14). El primero es que, debido a la falta de sistematicidad de la legislación penal sobre la materia (Prado, 2018: 5), las distintas previsiones en las que se establecen las penas aplicables a las personas jurídicas presentan un tenor legal confuso. La multa se contempla como una más del catálogo de sanciones previsto y ocupa el primer lugar dentro del catálogo legal, pero no se establece explícitamente que su imposición resulte obligada en cualquier supuesto, exclusiva o junto con otra u otras penas (Informe Fase I bis, 2019:15; Cesano, 2022: 464)⁸. En consecuencia, resulta factible aplicar solo

⁸ Señala Cesano que, ante la falta de claridad de la ley, es posible defender la imposición conjunta de varias de las penas que prevé la Ley 27.401, tanto

una o alguna de ellas, según las características de cada caso (Blanco, 2015: 17). Las autoridades argentinas han observado en sus alegaciones al Grupo de Trabajo de la OCDE que el régimen de penas aplicables a persona jurídicas implica la obligatoriedad de la multa, como pena principal, y el carácter facultativo y, por tanto, accesorio del resto. No obstante, han admitido que este punto no está suficientemente aclarado en la regulación penal y que corresponderá a la Fiscalía General establecer instrucciones al respecto (Informe Fase 1 bis, 2019: 15). No existen por el momento condenas a personas jurídicas por aplicación de la Ley 27.401, pero en el ámbito tributario y en los delitos de contrabando, la pena impuesta ha sido siempre la multa, confirmando así la postura argentina sobre esta cuestión⁹.

La regulación de la pena de multa en la Ley 27.401 muestra otra debilidad. Se sigue un sistema de multa proporcional según el beneficio ilícito obtenido que hubiera podido obtener con el acto de corrupción, pero no se clarifica completamente cómo se determina este, particularmente cuando no es posible cuantificarlo (Informe Fase 1 bis: 2019: 14). No regula, por tanto, un sistema alternativo de determinación y cuantificación.

3.4.2. Brasil

Actualmente no se regula un régimen de penas en Brasil por delitos de corrupción, ya que no se reconoce la responsabilidad penal de la persona jurídica, salvo por delitos medioambientales. Se cuenta, no obstante, con el proyecto de ley del Senado 236/2012, de reforma del Código Penal Brasileño (PLS 236/2012), aún, supuestamente, en tramitación.

por razones de Derecho comparado como debido a que en la tramitación parlamentaria inicialmente se establecía la obligatoriedad de la pena de multa y la naturaleza facultativa y/o complementaria del resto, si bien este sistema fue abandonado finalmente (2022: 464).

⁹ Vid. sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación de 12 de mayo de 2003 (“Peugeot Citröen Argentina S.A. c/D.G.A. s/recurso de apelación”-Expte N° 17.599-A); sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba de 17 de mayo de 2002 (“Cuerpo de Fotocopias en autos Región Aduanera Córdoba s/Denuncia Contrabando”-Expte. N° 5-R-01 en Indumed SRL).

Siguiendo la tónica de otras legislaciones, la multa es una de las penas imponibles para el limitado catálogo de delitos por los que se podría castigar a la persona jurídica, entre ellos contra la Administración Pública (Título X), el orden económico y el sistema financiero (Título XIII).

A todas luces, la proyectada reforma, de incierto futuro tras una década desde su presentación parlamentaria, no responde a las directrices de los estándares internacionales, con una regulación que se ha calificado de “vacilante e insegura” (Xavier Januário, 2020: 19), particularmente deficitaria en lo relativo a la pena de multa y que no se acompasa con la regulación administrativa existente en la materia. Eso se pone de manifiesto en varios aspectos: i) no se regula expresamente su imposición obligatoria, ya que el PLS no discrimina el catálogo de penas, pudiendo imponerse alternativa o conjuntamente; ii) no se regula un sistema de multa proporcional, sino que para su determinación ha de atenderse a la correspondiente pena de prisión prevista para la persona jurídica (art. 42), es decir, se hace depender absolutamente el castigo de la persona jurídica al castigo de la persona jurídica; iii) no se contemplan criterios legales sobre la determinación y graduación de la multa.

3.4.3. Chile

La ley 20393 de 2009, posteriormente modificada por la Ley 21121 de 2018, es la primera en el ámbito latinoamericano que ha reconocido la responsabilidad penal de la persona jurídica por delitos de corrupción. El art. 8º prevé un catálogo de cuatro penas, de aplicación alternativa o cumulativa, entre las que la multa ocupa el cuarto lugar. El cálculo de la multa es a beneficio fiscal, cuya dosimetría específica el art. 12. Resulta de interés reseñar que la Ley 21121 ha reformado este extremo, puesto que el Grupo de Trabajo de la OCDE había valorado el máximo de la pena de multa imponible en el soborno internacional claramente insuficiente, recomendando elevar su cuantía (Informe Fase 1ter, 2009: 13; Informe Seguimiento Fase 3: 2014: 23). La reforma parece, por tanto, haber corregido satisfactoriamente este extremo a juicio de la OCDE (Informe Fase 4, 2018: 57), al incrementar la cuantía de la multa en

todos sus grados (mínimo, medio y máximo). Con ello, el delito de soborno internacional pasa a considerarse crimen, junto con el blanqueo de bienes, con una dosimetría que oscila de las cuarenta mil a las trescientas mil unidades tributarias mensuales (aproximadamente de 2,9 a 21,5 millones de dólares americanos). Dicha cantidad podrá ser satisfecha por parcialidades en un plazo no superior a dos años, si a juicio del tribunal un pago único pueda poner en riesgo la continuidad del giro de la persona jurídica condenada o lo aconseje el interés social.

En la determinación de la multa el art. 17 consigna seis criterios a tener en cuenta: 1) los montos de dinero involucrados en la comisión del delito; 2) El tamaño y la naturaleza de la persona jurídica; 3) La capacidad económica de la persona jurídica; 4) El grado de sujeción y cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria y de las reglas técnicas de obligatoria observancia en el ejercicio de su giro o actividad habitual; 5) La extensión del mal causado por el delito; y 6) La gravedad de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, los daños serios que pudiere causar a la comunidad la imposición de la pena, cuando se trate de empresas del Estado o de empresas que presten un servicio de utilidad pública.

Tras exponer las características principales de la regulación chilena, se observa que adolece de la misma deficiencia que comparten otras legislaciones al no reconocer expresamente la aplicación obligatoria de la multa en ningún caso, exclusiva o juntamente con otras. El art. 8 de la Ley 20393 no le otorga un lugar preferente, en realidad es la última de las penas principales, tras la disolución, la prohibición para celebrar actos y contratos con el Estado y la pérdida de beneficios fiscales. Penas que, con carácter general, hay que recordar que en principio resultan idóneas para afrontar la comisión de delitos de corrupción, especialmente asociados a la delincuencia organizada transnacional, dada la finalidad claramente preventivo-especial negativa que comparten. No obstante, la Ley 20393 no establece ningún criterio que oriente la discrecionalidad que, a tenor del art. 8, tiene el tribunal a la hora de decidir qué pena o penas impone en cada caso. Es un régimen en el que las cuatro penas previstas, incluida la multa, son penas principales facultativas, en la medida en que, por lo menos, se castigue a la persona jurídica con una de ellas. Así lo

ratifica las escasas condenas existentes contra personas jurídicas por aplicación de la Ley 20393, en las que la multa no ha sido siempre la pena impuesta¹⁰.

Por otro lado, debe valorarse positivamente que la Ley 21121 ha subsanado uno de los principales problemas de ineficacia del castigo a la persona jurídica con la pena de multa, a instancia del grupo de Trabajo de la OCDE, incrementando las cuantías de las penas. Con ello la regulación chilena se alinea con el objeto de que las multas “deben ser proporcionales al monto del beneficio obtenido, en una tasa que sea disuasoria” (Propuesta 5 del Informe Final del Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de influencias y la corrupción, 2015: 49).

¹⁰ Tres casos de corrupción doméstica, por delito de cohecho, se han saldado con la imposición de multas. En el caso Salmones Colbún (“Ministerio Público con Rojas”, RIT N° 9211-2012, RUC N° 1201092968-5, por el Juzgado de Garantía de Talca), las dos sociedades fueron condenadas a sendas multas a 36.000 dólares norteamericanos (23,8 millones CLP), es decir, la multa en su grado mínimo. El caso Universidad del Mar (“Ministerio Público con Luis Eugenio Díaz”, RIT N° 4799-2012, RUC N° 1200084351-0, por el 8° Juzgado de Garantía de Santiago), donde se condenó exclusivamente con la multa de 2000 UTM, unos 144.000 dólares norteamericanos (aproximadamente 95 millones CLP), por pago de sobornos de 68.000 dólares norteamericanos (45 millones CLP) para obtener la acreditación institucional y poder recibir alumnos beneficio CAE (Crédito con aval del Estado). En el caso Pehuenche (“Ilustre Municipalidad de Santiago con Droguett”, RIT N° 11862-2014, RUC N° 1400129785-7, por el 7° Juzgado de Garantía de Santiago), se impuso una multa de 48.000 dólares norteamericanos (680 UTM, equivalentes a 32 millones CLP), por pago de sobornos en cuantía de 2.300 dólares norteamericanos para evitar multas que alcanzaban los 284.000 dólares norteamericanos. El caso Maggi (“Fisco de Chile con Eadez”, RIT N° 1104-2011, RUC N° 1000854916-3, por Juzgado de Garantía de Chillán), terminó con condena a la persona jurídica, pero no se impuso multa, sino prohibición para contratar con el sector público y prohibición absoluta de recepción de beneficios fiscales por dos años. Otros casos han finalizado con suspensiones de condenas, como el caso Ceresita (“Ministerio Público con Reyes”, RIT 157-2012, RUC 1101272897-4 del Tercer Juzgado de Garantía de Santiago).

3.4.5. México

En el caso de México el CNPP, reformado en 2016, contempla la posibilidad de imponer la pena de multa a la persona jurídica en el art. 422, según un régimen de aplicación facultativa (“a las personas jurídicas, con personalidad jurídica propia, se les podrá aplicar una o varias de las siguientes sanciones”). Este precepto no establece reglas para su cuantificación, tampoco clarifica si se trata de una multa proporcional o por cuotas, por lo que habrá de estarse, en su caso, a lo dispuesto en el CPF. Sin embargo, el CPF tampoco contiene ninguna especificación general sobre la duración y determinación de la multa aplicable a la persona jurídica (art. 11 bis CPF), a diferencia de lo que ocurre con el resto de las sanciones penales que contempla el art. 422 CNPP (art. 11 bis CPF). En consecuencia, habrá de atender a la pena de multa prevista, en cada caso, para los delitos a los que remite el art. 11 bis CPF y al régimen general de la sanción pecuniaria del art. 29 y siguientes CPF.

Conforme a estas disposiciones, la regulación penal federal prevé exclusivamente un sistema por cuotas (art. 29), que en ningún caso podrá exceder los mil días multa. Para su cálculo el mismo artículo establece que el día multa equivale “a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumar el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos”. También se regula un régimen de sustitución en caso de impago por trabajos en beneficio de la comunidad, incluida la ejecución forzosa del pago, aunque genera dudas si este mismo régimen se aplica a la persona jurídica en caso de impago de la multa, dado que los trabajos en beneficio de la comunidad no es una pena aplicable a aquella en virtud del art. 422 CPPN.

Teniendo en cuenta lo anterior, únicamente se prevé la imposición de la multa a la persona jurídica en el art. 222.II, soborno a funcionario público extranjero, para el que se prevé la cantidad más elevada posible, de hasta mil días para la persona jurídica, si se cumplen las condiciones del art. 11 bis CPF.

Lo que sí regula el art. 422 CPPN son las reglas de individualización de la multa, de nuevo comunes a todas las penas previstas en este precepto. Además, habrá de estarse a las reglas generales sobre la individualización de la pena y de la medida de seguridad del art.

410, en aquello que sea aplicable a la persona jurídica. En esencia, son criterios referidos a la gravedad del hecho y grado de culpabilidad del autor. En ellas se recogen algunos criterios que deberán tenerse en cuenta, como el monto del dinero involucrado en la comisión del hecho delictivo o la naturaleza jurídica y el volumen de negocios anual de la persona moral, entre otros.

México es uno de los países que ha reformado la regulación inicialmente prevista a requerimiento del Grupo de Trabajo de la OCDE para acompasar en este extremo las previsiones sobre la multa con la necesidad de que sean eficaces, proporcionadas y disuasorias. En este sentido, a pesar de que acoge un sistema de días-multa, se ha incrementado su máximo hasta los 1000 días, respecto de hasta los 500 inicialmente previstos, lo que debe acogerse positivamente (Informe Fase 3, 2011: 8). Además, para establecer la cuota diaria, se ha incluido entre las reglas de determinación el monto del dinero involucrado¹¹, lo que permite reducir parcialmente las disfuncionalidades que un sistema de días-multa produce si no se atiende a los beneficios ilícitamente obtenidos por el delito en el caso de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional.

3.4.6. Perú

Perú pertenece al grupo de países latinoamericanos que, hasta la fecha, ha optado por dar cumplimiento a los estándares internacionales por la vía de la sanción administrativa a las personas jurídicas en relación con los actos de corrupción¹². Con todo, el art. 105

¹¹ Especialmente crítico con este aspecto se mostró el Informe OCDE (Fase 2, 2004: 22), en cuanto que a pesar de que se proyectara una reforma que incrementara el máximo de la pena, resultaría ineficaz si los criterios para determinar la cuota diaria no resultaban claramente definidos. El posterior informe de seguimiento de las recomendaciones en la Fase 2 valoró positivamente la modificación del método de cálculo de la pena imponible a la persona jurídica, al basarse en los ingresos de la compañía, lo que permite que sea potencialmente elevada, aunque sin casos en la práctica judicial, no se podía valorar todavía su efectividad (Informe seguimiento Fase 2, 2007: 4).

¹² El informe final del Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrup-

CP peruano contiene un régimen general de consecuencias accesorias, es decir, unas sanciones de carácter penal (Acuerdo Plenario n° 7-2009/cj-116, del 13 de noviembre de 2009, Corte Suprema de Justicia de la República del Perú), aunque no se las denomine formalmente como penas, siguiendo con ello la estela del régimen de consecuencias accesorias del art. 129 CP español con anterioridad a la LO 5/2010, de 22 de junio. Estas sanciones penales son aplicables para todos los delitos que tipifica el CP peruano (sistema de *numerus apertus*), lo que integra el castigo de buena parte de los actos de corrupción vinculados al crimen organizado y transnacional. Además, la multa también se prevé como consecuencia accesoria para la persona jurídica en el Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados con la minería ilegal y el crimen organizado, de 19 de abril de 2012, en los mismos términos que el art. 105. Sin embargo, no se prevé incomprensiblemente dentro del catálogo de consecuencias accesorias imponibles a las personas jurídicas en la Ley Penal Tributaria, Decreto Legislativo n° 1114, de 5 de julio de 2012.

Su imposición es preceptiva, exclusiva o juntamente con otras, ocupando en el catálogo del art. 105 CP peruano el último lugar. En caso de imponerse esta consecuencia accesoria, su cuantía no deberá ser menor de cinco ni mayor de quinientas unidades impositivas tributarias. La previsión de la multa en la Ley Penal de Lavado de Activos eleva esta cuantía a un valor no menor de cincuenta ni mayor de trescientas unidades impositivas tributarias.

Por su parte, el art. 105-A regula los criterios para la determinación de las consecuencias aplicables a las personas jurídicas, un total de siete: prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas, la modalidad y la motivación de la uti-

ción del 11 de marzo de 2021 (OEA/Ser.L.SG/MESICIC/doc.579/20 Rev 4, 11 de marzo de 2021) concluyó que a pesar de que la Ley 30424 tiene naturaleza administrativa, “la determinación de dicha responsabilidad no se lleva a cabo en sede administrativa sino en la penal, por un juez penal, en el marco de las garantías de un proceso penal, en el cual se aplican disposiciones pertinentes del Código penal y del Código procesal penal, por lo que en el fondo se trata de una responsabilidad de naturaleza penal, no administrativa”.

lización de la persona jurídica en el hecho punible, la gravedad del hecho punible realizado, la extensión del daño o peligro causado, el beneficio económico obtenido con el delito, la reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible y la finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica.

El castigo por medio de una multa a la persona jurídica por actos de corrupción asociados al crimen internacional resulta desplazado por la existencia de la normativa administrativa sancionadora aplicable al soborno internacional y que sigue un modelo de multa proporcional frente a un modelo calculado con base en unidades impositivas tributarias, pero en el que se tiene en cuenta, entre otras circunstancias, el beneficio económico obtenido con el delito, fundamental en la idoneidad de aquella para combatir la corrupción pública y privada. Sería aconsejable, con todo, una unificación del modelo de determinación de la multa en ambas regulaciones, penal y administrativa. Por lo demás es común a otras regulaciones analizadas el hecho de que la multa no ocupa un lugar preferente en el catálogo de consecuencias accesorias, siendo recogida en último lugar, por lo que, aunque el art. 105 disponga que la imposición de al menos una consecuencia accesoria es preceptiva, única o junto con otras, no tiene por qué ser en todo caso la multa.

3.4.5. Análisis comparado de los países latinoamericanos

A la hora de abordar un análisis comparado del régimen de penas aplicable a las personas jurídicas, particularmente la pena de multa, debe tenerse presente que no todos los sistemas jurídicos nacionales de referencia en el ámbito latinoamericano han seguido la misma vía para dar cumplimiento a los compromisos internacionales en materia de corrupción, especialmente cuando se asocia al crimen organizado transnacional. De las cinco regulaciones analizadas, solo dos (Argentina y Chile) han introducido genuinamente un régimen específico de responsabilidad penal para las personas jurídicas por determinados delitos de corrupción en sendas leyes especiales. México ha optado por un modelo penal parcialmente regulado en el CPF y en el CPPN, Perú mantiene desde hace décadas un sistema de

consecuencias accesorias desplazado en lo que atañe al soborno a funcionarios extranjeros por una regulación administrativa específica. Brasil por el momento no ha dado el paso a abrir el castigo penal a las personas jurídicas, a excepción de los delitos medioambientales, manteniendo el régimen sancionador al ámbito administrativo.

En este contexto, a pesar de estos distintos posicionamientos generales, un elemento común es que en todos ellos la multa es una de las sanciones penales previstas. De manera que, *a priori*, se seguirían los estándares internacionales universales y regionales que apuntan a la sanción pecuniaria o monetaria como candidata idónea para castigar las variadas manifestaciones penales de la corrupción pública y privada. No obstante, una vez se descienden al plano de las concretas disposiciones en cuanto a su determinación y cuantificación, se observan otros elementos comunes, pero también diferenciadores que van a condicionar su aptitud para cumplir con la finalidad disuasoria y compensatoria del beneficio ilícito que procura el delito a la persona jurídica.

Un primer elemento de comparación es la naturaleza preceptiva o facultativa de la multa. En una primera aproximación, todas las regulaciones, a excepción de México, acogen un régimen de castigo obligatorio, esto es, en el que habrá de imponerse en todo caso una o varias penas a la persona jurídica. De esta tendencia se aparta México, donde el régimen es con carácter general facultativo a tenor de la literalidad de la ley, lo que dificulta de entrada el mensaje preventivo-disuasorio al que debería orientarse la amenaza de castigo penal, puesto que tal y como se concibe sería posible que a pesar de que la persona jurídica fuera declarada responsable, se adoptara la decisión de no imponer castigo alguno, lo que resulta a todas luces rechazable. Pero es de reseñar que el resto de las regulaciones analizadas, aunque el castigo de la persona jurídica es preceptivo, no hay mención legal expresa a que la multa sea de obligada imposición, ni de cuáles son los criterios que orientan la labor judicial en la decisión de la pena aplicable según la naturaleza y/o gravedad del delito, incluida la multa. A pesar de que algunos países han hecho valer ante instancias internacionales, particularmente la OCDE, que la multa debe concebirse como pena principal frente a otras, como es el caso de Argentina y México (aunque este último sobre la base de un ré-

gimen, en principio, facultativo), lo cierto es que los muy limitados casos judiciales existentes hasta la fecha no garantizan este aspecto, como lo atestigua Chile, único país con el que se cuenta con algunas condenas judiciales por delitos de corrupción. Un aspecto que, en parte, podría acompañar la regulación de los países latinoamericanos de referencia con alguna de las tendencias internacionales que se han identificado, específicamente en la UE, es el hecho de que al no ser legalmente obligada su imposición permite amoldar el castigo penal a supuestos en los que el delito de corrupción no ha sido llevado a cabo, instigado o tolerado por un sujeto ubicado en el más alto nivel jerárquico de la empresa, pero ha sido posible por una deficiencia en sus controles y medidas anticorrupción. Se parte, por tanto, de la idea de que en estos casos pueden ser aconsejables otras medidas de incidencia preventivo especial, siempre y cuando se acompañe de otros mecanismos para que el delito no la haya resultado provechoso a la persona jurídica, esto es, la devolución o decomiso del beneficio ilícito que le ha generado.

Por su parte, son dispares las opciones de cada sistema jurídico en cuanto al régimen de cuantificación de la multa, si bien de nuevo todas las regulaciones comparten el hecho de consignar un modelo de cuantificación que, por distintas vías, permite tener en cuenta y superar el beneficio ilegal obtenido por el delito. Fuera queda la propuesta de reforma del CP brasileño, con un marco regulador parco y deficiente en esta cuestión, ya que condiciona absolutamente la multa a la pena privativa de libertad prevista para la persona física, lo que impide cualquier finalidad disuasoria y compensatoria al castigo a la persona jurídica. Es de desear, en consecuencia, que esta propuesta no se convierta en derecho vigente.

Sobre la vía en la que se introduce en el cálculo de la multa el beneficio ilegal generado por el delito, es de observar que Argentina sigue fielmente un sistema de multa proporcional a aquel, además de tenerlo también presente como criterio de graduación de la pena. Chile y Perú optan por un cálculo base que parte de unidades impositivas tributarias (Perú) o del beneficio fiscal (Chile). La legislación penal mexicana opta por un sistema de días-multa que remite a los ingresos netos del condenado. En estos tres casos, aunque no se parte, estrictamente, de un modelo de cálculo de la multa proporcional

al beneficio, como es el caso argentino, también es tenido en cuenta como criterio de graduación de la pena. Por ello, como indican los informes del Grupo de Trabajo de la OCDE, todas estas regulaciones cumplirían, al menos en abstracto, con la finalidad disuasoria y compensatoria asignada a la multa en el castigo de la corrupción, doméstica y transfronteriza, si bien lo que ha sido criticado y, en consecuencia, corregido mediante reformas legales son los límites máximos asignados a la pena en algunas regulaciones, particularmente en el caso chileno y mexicano.

Hay, sin embargo, un último elemento de comparación en el confluyen los sistemas jurídicos de Argentina, Chile, México y Perú, y que condiciona parcialmente la finalidad preventiva y compensatoria que se asigna a la multa por delitos de corrupción, dado que ninguno de ellos contempla un régimen de determinación de la multa alternativo al previsto, lo que resulta de especial trascendencia cuando no es posible cuantificar el beneficio. En realidad, solo en el caso de Argentina devendría en imposible la cuantificación de la multa y, en consecuencia, su eventual imposición, puesto que acoge plenamente un modelo de cálculo proporcional a aquel. Sin embargo, las regulaciones chilena, mexicana y peruana, si bien presentan otras debilidades, permiten soslayar esta laguna, puesto que, en ausencia de cuantificación del beneficio, sigue siendo posible calcular la pena dado que el beneficio actúa como uno de los criterios de graduación, no como base del cálculo. Ello puede resultar en que la multa no consiga contrarrestar debidamente la ganancia del delito en esta hipótesis, pero evita la imposibilidad del castigo, sobre la base, se recordará, que en principio no tiene por qué imponerse la pena de multa.

3.5. Regulación en Colombia

Actualmente Colombia no regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas por actos de corrupción vinculados a la delincuencia organizada transnacional. A este respecto se han sucedido varios intentos frustrados de promulgar una ley especial al objeto de imponerles penas por estos delitos, si bien por el momento han quedado archivadas en favor de una normativa sancionadora administrativa. Así, recientemente la vía penal ha sido aparcada a favor de una modi-

ficación de la normativa administrativa, con la aprobación de la Ley Anticorrupción, Ley 2195, de 18 de enero de 2022. Ello no obsta a realizar un rápido análisis de los dos proyectos de regulación penal, dado que la normativa administrativa puede convivir en el futuro con una eventual reforma penal en la misma dirección.

El proyecto de ley 178 (2020), de 30 de julio, “Por la cual se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos de lavado de activos, financiación del terrorismo, soborno transnacional y delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente y se dictan otras disposiciones”, recogía la pena de multa en el catálogo de penas recogido en el art. 13. Pero, aunque figuraba en primera posición, su imposición, al igual que el resto, resultaba facultativa. Con todo, este artículo permitía imponer alternativa o cumulativamente la multa, en los mismos términos que el art. 100G del archiva-do proyecto de ley 117 (2018). La decisión del juez “para determinar la cantidad y naturaleza de las penas a imponer a la persona

jurídica, la duración de éstas, como también la cuantía de la multa” se supeditaba en el art. 14 del proyecto 178 (2020) a cuatro criterios, en concreto, la inexistencia de medidas de prevención del delito o su defectuosa implementación, el tamaño y la naturaleza de la persona jurídica, su capacidad económica y la gravedad del delito.

Este último proyecto acogía, además, un modelo de multa proporcional en función de los ingresos brutos anuales que la persona jurídica condenada hubiera obtenido en el año inmediatamente anterior, de entre el 5% y el 20%. Con ello se modificaba el modelo de cálculo que ofrecía el art. 100H del proyecto 117 (2018), en el que se remitía la determinación de la multa a lo dispuesto en el art. 39 del Código Penal colombiano en relación con la determinación de la multa para la persona física.

En caso de que en el futuro se quisiera complementar la normativa sancionadora administrativa con la penal, las experiencias de 2018 y 2020 ponen de manifiesto que estos proyectos, en los que se aprecia claramente la influencia de las regulaciones de su de su entorno geográfico, incurre en las mismas objeciones que se han expuesto previamente respecto de los países de referencia latinoamericanos, que a diferencia de los estándares internacionales y de las regulaciones española y es-

tadounidense, no discriminan en qué supuestos y bajo qué criterios la multa opera como de obligada imposición, ni por el delito involucrado, ni en atención al supuesto por el que se compromete la responsabilidad de la persona jurídica (delito de directivo *vs.* delito de subordinado). Los criterios del art. 14 del proyecto 178 (2020) únicamente ofrecen unas orientaciones generales insuficientes en este sentido.

En relación con el régimen de cálculo de la pena, según se ha dicho anteriormente, no hay que descartar, *a priori*, que un modelo que no tome como cálculo base el beneficio ilícito que genera el delito no pueda desplegar un efecto preventivo y compensatorio, siempre que sea posible tenerlo en cuenta en la individualización de la pena. Aplicado a las experiencias frustradas colombianas, resulta claro que el régimen previsto en el proyecto 178 (2020) presentaba una regulación más adecuada al respecto. No obstante, presentaba dos aspectos, a mi juicio, cuestionables. Primero, que el beneficio ilegal no aparecía como criterio en la decisión de qué pena o penas imponer y, en concreto, en la decisión sobre la cuantía de la multa, a diferencia de la regulación penal que Chile, México y Perú en las que tampoco se parte de un régimen de multa cuyo cálculo se centralice en el beneficio ilícito obtenido.

Segundo, el cálculo base en el proyecto colombiano de 2020 tiene en cuenta los ingresos brutos del año inmediatamente anterior a la condena, lo que podría no tener correspondencia con el beneficio ilegal obtenido mediante corrupción en un periodo mayor de tiempo o, dada la complejidad y perpetuación en el tiempo de las tramas de corrupción, sobre todo cuando se asocian a la delincuencia organizada transnacional, como lo atestiguan numerosos de los casos de soborno internacional castigados por aplicación de la FCPA. O, incluso, podría suceder que los ingresos de la empresa hayan descendido una vez iniciado el proceso penal, cuya duración en tramas de corrupción suele ser larga dada su complejidad, por lo que cuando se dicta la sentencia los ingresos hayan decrecido considerablemente.

3.6. *Nota final*

Finalizado el análisis y estudio comparado previo en el panorama internacional y en los países de referencia latinoamericano y no la-

tinoamericanos, es de reseñar que no se aprecian especificidades en el régimen de multa para personas jurídicas para dar respuesta a los actos de corrupción asociados a la delincuencia organizada transnacional.

4. LA PROHIBICIÓN PARA PARTICIPAR EN CONCURSOS O SISTEMAS PÚBLICOS DE CONTRATACIÓN COMO PENA POR LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ACTOS DE CORRUPCIÓN

4.1. *Introducción*

La exclusión de futuras oportunidades de licitación o contratación en sistemas públicos y, en su caso, la suspensión de los contratos ya existentes, constituye, junto a la multa, una de las sanciones penales más adecuadas para dar respuesta jurídico-penal a los actos de corrupción, particularmente asociada a la delincuencia organizada transnacional. Si la multa se focaliza, principalmente, en la privación del beneficio ilícito que produce el delito, la incapacitación de la empresa para participar en concursos o contratar con el sector público actúa, como otras penas de inhabilitación, sobre los efectos negativos que producen la corrupción, en su vertiente pública y privada, al objeto de prescindir en las relaciones comerciales con los sistemas públicos de las empresas que no han demostrado integridad (ONU, 2013b: 27). Según se ha señalado desde instancias internacionales, privar a las empresas de la oportunidad de hacer negocios con la Administración o el Gobierno es probablemente una de las medidas preventivas más fuertes para futuros infractores, además de asegurar que no se va a contratar con aquellas que carezcan de controles internos (ONU, 2013b: 25).

Considera Valeije Álvarez que la eficacia de esta pena reside en el impacto que produce en el volumen de negocios y en el éxito de las empresas a largo plazo, algo que, a diferencia de la multa, no puede ser amortizado como coste de gestión al imposibilitar o limitar en el futuro la actividad de la empresa (2018: 511 s.). Es por ello por lo que esta inhabilitación adquiere una marcada finalidad incoizadora o

neutralizadora, aunque también se ha dicho que puede contribuir a fomentar la autorregulación de la entidad (Baucells i Lladós, 2013, p. 207), como se ha constatado en tiempos recientes desde alguna instancia internacional, según se expondrá. No obstante, destaca la preeminencia del componente disuasorio cuando se incapacita a la empresa para acceder al “mercado” público, tanto en atención a consideraciones preventivo especiales como preventivos generales (Vaeije Álvarez, 2018: 511).

En consonancia con lo anterior, hay que destacar el contenido aflictivo y las graves consecuencias que esta pena puede tener en la persona jurídica, puesto que podría significar la pérdida de su ventaja competitiva en el sector en el que desarrolle su actividad al quedar excluida del mercado por un tiempo, sobre todo tratándose de grandes empresas y multinacionales. Por ello podría decirse que su efecto es comparable al de una pena de prisión tratándose de personas físicas (ONU, 2013a: 27). Ahora bien, que cumpla los fines y funciones que se le asignan dependerá, obviamente, de la obligatoriedad o no de su imposición, conforme a los distintos modelos de regulación existentes, así como de la duración que se le asigne; aspectos sobre los que, se verá, no existe una única tendencia ni en el ámbito internacional ni en los sistemas jurídicos de referencia que se van a analizar.

4.2. Estándares internacionales universales y regionales

Siguiendo el mismo esquema anteriormente realizado con la multa, se abordarán los estándares internacionales sobre la inhabilitación para la contratación pública en el ámbito de la corrupción, en especial, asociada a la delincuencia organizada internacional, en el ámbito internacional universal y regional.

Aunque no se hace alusión expresa a esta pena en los dos instrumentos normativos fundamentales, el Convenio contra la Corrupción de 2003 y el Convenio contra la delincuencia organizada de 2000, son varias de las iniciativas en el ámbito de la ONU que recomiendan a los Estados introducir sistemas de inhabilitación como una valiosa herramienta anticorrupción, sin decantarse por una específica naturaleza jurídica (penal, administrativa o civil). Son de interés, en este sentido, la Guía Legislativa para la Aplicación de la Convención de las Naciones

Unidas contra la Corrupción (ONU, 2012: 98), vinculada a la Convención de Mérida, así como la Guía anticorrupción en contratación pública y gestión de finanzas públicas (ONU, 2013b: 25). El primero de estos documentos se refiere a la exclusión en la celebración de contratos con el gobierno (contratación pública, contratación de ayuda o financiación de créditos a la exportación) como sanción frecuente, junto con la multa, contra las personas jurídicas (ONU, 2012: 98), por lo general de hasta un año de duración (suspensión) o hasta tres (inhabilitación) (ONU, 2013a: 27). Por su parte el segundo texto indica la existencia, conforme a la experiencia de los Estados, de dos modelos de inhabilitación, bien discrecional por parte de la autoridad competente, según las circunstancias del caso concreto, bien regulado, en el que la entidad queda eliminada de la contratación si ha llevado a cabo unos determinados actos prohibidos (ONU, 2013b: 25).

En el marco de la OCDE, de nuevo encontramos alusión a esta inhabilitación como sanción, no penal, en la Ref. al párrafo 4º del art. 3 del Comentario a la Convención de la OCDE de 1997 (descalificación temporal o permanente para participar en adquisiciones públicas o para ejercer otras actividades comerciales). Lo anterior no excluye la posibilidad que cuentan los Estados de concebirla como pena para la persona jurídica a tenor de lo dispuesto en la Recomendación del Consejo para reforzar la lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, de 26 de noviembre de 2009. La Recomendación XI, referida a “Ventajas pública, incluidas las adquisiciones públicas”, establece en la letra (i):

[Q]ue las leyes y los reglamentos de los países miembros deben permitir a las autoridades suspender —en un grado adecuado— de los concursos por contratos públicos o ventajas públicas de otro tipo, incluidos los contratos de adquisiciones públicas y los contratos financiados con ayuda oficial para el desarrollo, a las empresas resueltas a sobornar a servidores públicos extranjeros contraviniendo las leyes nacionales de ese país miembro y; en la medida en que un miembro aplique sanciones en materia de adquisiciones a las empresas resueltas a sobornar a servidores públicos nacionales, que esas sanciones se apliquen por igual en el caso de cohecho de servidores públicos extranjeros.

Las Recomendaciones Anti-Corrupción 2021 incluyen, no obstante, un contrapeso a la dureza que supone esta sanción para la empresa

excluida, de manera que deberán ser tenidos en cuenta en la decisión de suspender o inhabilitarla la existencia de factores mitigadores, así como las medidas reparadoras desarrolladas por las corporaciones para afrontar los riesgos del soborno extranjero o lagunas en sus controles internos, código ético y programa de cumplimiento (OCDE, 2021: 16). Además, condiciona la efectividad de la sanción a que las agencias gubernamentales tengan conocimiento de qué personas jurídicas han sido sancionadas por soborno internacional o, en su caso, puedan obtener esta información de aquellas (OCDE, 2021: 16).

Dentro del ámbito internacional regional, empezando por la OEA, no hay ninguna referencia expresa a la inhabilitación para participar en la contratación pública en la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996, tampoco en la Legislación Modelo que la siguió al año siguiente. Como se dijo anteriormente, únicamente se alude explícitamente a la multa, aunque la posibilidad de contemplar la inhabilitación como pena para la persona jurídica queda amparada dentro de las “demás sanciones que establezcan las leyes”.

En la órbita europea, son numerosas las iniciativas adoptadas en orden a fortalecer y mejorar los sistemas de contratación pública¹³, sin embargo, llama la atención la ausencia de interés particularizado por esta inhabilitación en la Decisión Marco de 2003, contra la corrupción, cuyo art. 6 no la menciona en el catálogo de posibles sanciones adicionales a la multa, únicamente se incluye la “exclusión o disfrute de ventajas o ayudas públicas”. No incurre, sin embargo, en esta aparente laguna, la Directiva PIF 2017, en la que distingue la anterior de la “exclusión temporal o permanente de los procedimientos de contratación pública”, aparentemente cumulativa a la multa (“incluidas multas de carácter penal o administrativo y otras sanciones como...”).

De lo anterior se desprende la convivencia, de nuevo, de varias tendencias en el panorama internacional, bajo la premisa común de que la inhabilitación o suspensión de los contratos públicos resulta una medida efectiva en la lucha contra la corrupción. En el ámbito internacional

¹³ Fundamentalmente, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

universal, no puede hablarse de un posicionamiento expreso de la ONU sobre el régimen específico de la inhabilitación para dar respuesta al fenómeno de la corrupción, tampoco en cuanto a su duración. Coincide en gran medida con este planteamiento la tendencia en el ámbito de la OCDE y de la UE, si bien esta primera organización internacional incluye un elemento adicional que se ha tenido en cuenta en los últimos tiempos, esto es, la posibilidad de atemperar el impacto negativo que la inhabilitación tiene, a corto plazo, para la persona jurídica, si concurren factores mitigadores de la responsabilidad, fundamentalmente un programa de integridad, o que la empresa hubiera adoptado medidas reparadoras del daño ocasionado por el delito. De lo que se deduce que implícitamente las Recomendaciones Anti-Corrupción de 2021 se decantan por un modelo discrecional a valorar, de concebirse como sanción penal, por la autoridad judicial. Este enfoque resulta coherente como una política de fomento de la integridad empresarial y de un régimen de responsabilidad penal que se cimenta sobre la autorregulación regulada, puesto que la persona jurídica difícilmente encontraría motivación para ello si en la hipótesis de detectar gracias a sus controles internos anticorrupción un delito y lo pusiera en conocimiento de las autoridades, se viera bajo la amenaza de quedar excluida del mercado público, lo que puede determinar la desaparición de aquella.

4.3. Regulación en el Derecho comparado no latinoamericano

4.3.1. España

La inhabilitación para contratar con el sector público se incluye en el conjunto de inhabilitaciones especiales que prevé la letra f) del art. 33.7, de marcada orientación preventivo especial, dirigida a impedir que el sector público contrate con entidades probadamente implicadas en conductas delictivas (Circular FGE 1/2011: 27). Comparte la naturaleza de pena principal junto a la multa (Barquín Sanz, 2021: 336), pero de aplicación potestativa y sometida a una duración máxima de hasta 15 años¹⁴.

¹⁴ No obstante, de acuerdo a las reglas de determinación e individualización de las penas interdictivas para las personas jurídicas del art. 66 bis, el plazo máximo de imposición será de dos años, solo pudiéndose superar, según

Además de este régimen general, la inhabilitación para contratar con el sector público también tiene naturaleza de pena principal, de nuevo junto a la multa, pero de aplicación obligatoria, en algunos delitos. En concreto, cohecho activo (art. 424.3 CP) por un plazo de cinco a diez años; tráfico de influencias (art. 429), de seis a diez años; corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 286 ter), por periodo de siete a doce años; alteración de precios en concursos y subastas públicas del art. 262 CP, por un periodo de tres a cinco años; fraude a la Administración Pública (art. 436), por periodo de dos a siete años; y contrabando, por un plazo de uno a tres años (art. 3 Ley 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando). Caso particular lo ofrece el art. 310 bis, en relación con las defraudaciones tributarias y fraude de subvenciones, en la que esta pena recobra su carácter facultativo (“podrá imponerse”) y, además, no se establece marco temporal alguno. Parece que en este caso ha de estarse al límite máximo de quince años del art. 33.7 CP, así como a las reglas de determinación e individualización de las penas interdictivas del art. 66 bis.

A tenor de lo expuesto, merece una valoración positiva, en una primera aproximación, el que el legislador penal español haya concebido la prohibición para contratar con el sector público no solo como complemento potestativo de la multa, sino como pena principal preceptiva junto a esta en aquellos delitos que, por su naturaleza, requieren prescindir de la entidad que no se comporta con integridad en sus relaciones con el sector público. Con todo, surge la duda de si el marco penal de mínimos y máximos previstos para estos delitos también se condiciona a las reglas generales del art. 66 bis, puesto que salvo en lo relativo a las defraudaciones tributarias y fraude de subvenciones, la pena de inhabilitación es común a la persona física y a la persona jurídica. En la práctica judicial, donde las condenas a personas jurídicas relacionadas con delitos de corrupción lo han sido, fundamentalmente, por delito fiscal y, puntualmente, por blanqueo de bienes, no se ha condenado por esta pena, por lo no se cuenta con doctrina jurisprudencial que clarifique este extremo.

los límites que este precepto establece, en supuestos de reiteración delictiva (reincidencia o multirreincidencia) o utilización instrumental de la persona jurídica para la comisión de delitos.

La regulación española presenta otra debilidad, compartida como se verá con otras legislaciones, y es la relativa a la compatibilidad del régimen general potestativo con el principio de taxatividad, derivado de la imprecisión de la selección punitiva de esta pena en el sistema de *numerus clausus* adscrito a la persona jurídica (Barquín Sanz, 2021: 337 y 347), a excepción de los supuestos en los que la exclusión de la contratación pública es de imposición obligatoria junto a la multa. Por último, hubiera sido preferible una técnica legislativa que diferenciara las tres inhabilitaciones que contiene la letra f) del art. 33.7 CP, aunque la práctica judicial evidencia su aplicación autónoma, como se verá posteriormente al estudiar la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas. Además, se ha señalado que introducir como criterio para decidir la imposición de las penas interdictivas las consecuencias económicas y sociales, particularmente su afectación a los trabajadores (art. 66 bis CP), puede desmotivar poderosamente a los jueces y tribunales a imponerlas, lo que podría impedir la aplicación de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias (OCDE Informe Fase 3, 2012: 31).

4.3.2. Estados Unidos

No es desconocida en el sistema federal norteamericano la prohibición o suspensión para contratar con el gobierno federal (*debarment*), sanción que suele acompañar a la multa impuesta por infracciones a la FCPA y otra normativa federal para combatir la corrupción doméstica y transnacional. No obstante, no va a ser objeto de análisis en este capítulo dado que esta inhabilitación especial no tiene estrictamente naturaleza de pena, al ser impuestas por las autoridades administrativas¹⁵.

Dada la diferente naturaleza de la prohibición para contratar con el sector público en España (penal) y EE.UU. (administrativa), no se realiza un análisis comparado de ambos sistemas jurídicos.

¹⁵ Fundamental en esta cuestión es la Federal Acquisitions Regulations (FAR), para cualquier delito que pone de manifiesto una falta de integridad en los negocios o de honestidad corporativa (soborno, destrucción o falsificación de registros, falso testimonio, entre otros).

4.4. Regulación en el derecho comparado de los países latinoamericanos de referencia

4.4.1. Argentina

La inhabilitación especial para contratar con el sector público se prevé en el catálogo de penas (en tercer lugar) en el art. 7.3 de la Ley 27.401 para delitos de corrupción, en el art. 304 CPNA en relación con el blanqueo de bienes y en el art. 14.3 de la Ley 24.769 para delitos tributarios. Todas estas previsiones la definen de la misma manera, “suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado”, con una duración de carácter temporal de hasta diez años, excepto en el caso de delitos tributarios, en los que su duración no puede exceder de los cinco años.

Su imposición puede ser alternativa o conjunta al resto de penas previstas para las personas jurídicas (Cesano, 2022: 464), debiendo tener en cuenta los jueces para su graduación los criterios que establecen, respectivamente, los arts. 8 Ley 27.401 y 14 Ley 24.769 y los que dispone el art. 41 CPNA, en función del delito implicado.

A tenor de esta regulación, resultan extrapolables las mismas consideraciones y objeciones ya señaladas anteriormente sobre el régimen legal de la pena de multa, al someterse a un régimen legal común. La prohibición para participar en concursos y licitaciones estatales o para participar en cualquier otra actividad vinculada con el Estado sigue un modelo de aplicación discrecional, por lo que los jueces deberán tomar la decisión de imponerla en atención a los criterios de graduación previstos en cada normativa de aplicación (Blanco, 2015: 17) y la naturaleza del delito y circunstancias del caso concreto. Pero son reglas de determinación de la pena de carácter general, no hay directrices específicas que orienten o guíen en la aplicación específica de esta pena ni de ninguna otra, tampoco de su duración. Por otro lado, el tenor literal de las previsiones en las que se contempla esta inhabilitación resulta algo confuso, puesto que puede llevar a interpretar que se refiere a la cancelación de los concursos, licitaciones o contratos públicos ya existentes, no así la imposibilidad de suscribir nuevos en el futuro.

4.4.2. Brasil

La “prohibición de contratar con instituciones financieras oficiales y participar en licitaciones o celebrar cualquier otro contrato con la Administración Pública Federal, estatal, municipios y del Distrito Federal, así como con entidades de administración indirecta” está prevista en el PLS 236/2012 como pena restrictiva de derechos para la persona jurídica (art. 43) para delitos de corrupción. El proyecto establece para ella una duración de entre dos a cinco años, si la pena del delito para la persona física no excediere de cinco años y de entre dos a diez años si superara ese límite.

Aunque no existen visos de que este proyecto pase a convertirse en derecho vigente, la propuesta de regulación de esta pena presente la misma debilidad que se observa como tónica en otros ordenamientos del entorno, dado que no se prevén legalmente criterios a la hora de decidir su imposición, alternativa o en conjunción con otras penas, por lo que se otorga un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad judicial en esta cuestión. Igualmente, para evitar equívocos en relación con el alcance de la inhabilitación, hubiera sido conveniente mencionar expresamente junto a la prohibición en contrataciones futuras la suspensión de las ya existentes. Con todo, merece una valoración positiva el hecho de que el proyecto dispone es un marco de referencia en cuanto a su duración, que queda condicionada por el máximo de la pena privativa de libertad aplicable para el concreto delito a la persona física. Ello permite adecuar la duración, no inferior a dos años, a la gravedad del hecho delictivo, si bien se destaca nuevamente la existencia de criterios legales para individualizar la pena dentro de esa duración, significativamente en atención al monto de dinero involucrado y benefició ilícito que genera.

4.4.3. Chile

Al igual que sucede con la pena de multa, la prohibición de celebrar actos y contratos con el Estado puede imponerse exclusivamente o en conjunción con otra u otras penas enumeradas en el art. 8 de la Ley 20393 (“prohibición temporal o perpetua de celebrar actos

con los organismos del Estado”). Esta inhabilitación, que ocupa el segundo puesto en el catálogo de penas, después de la disolución, es definida en el art. 10 como “la prohibición de contratar a cualquier título con órganos o empresas del Estado, con empresas o asociaciones en que este tenga una participación mayoritaria, así como la prohibición de adjudicarse cualquier concesión otorgada por el Estado”.

Su duración puede ser perpetua o temporal, en este último caso entre dos a tres años y de tres años y un día a cuatro años para su grado mínimo y medio, respectivamente, de tratarse de delitos simples, y de cuatro años y un día a cinco años hasta perpetuidad para crímenes, a computar desde la fecha en que la resolución se encuentra ejecutoriada (art. 15).

Es de reseñar que, en cuanto al régimen de determinación e individualización de esta pena, Chile acoge una regulación en la que, por un lado, se toman en consideración las atenuantes y agravantes específicamente previstas para la persona jurídica a la hora de determinar el número de penas imponibles y su extensión (arts. 16), pero no así sobre la naturaleza de la pena o penas aplicables. En la decisión sobre esta cuestión, así como la extensión o duración de la pena, aspectos que deberá motivar en sentencia, el juez cuenta con las reglas de determinación de la pena del art. 17, en concreto: monto de dinero involucrado, tamaño, naturaleza y capacidad económica de la persona jurídica, grado de sujeción y cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria, extensión del mal causado y gravedad de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, los daños que pudiera causar a la comunidad la imposición de la pena cuando se trate de empresas o del Estado o que presten un servicio de utilidad pública.

Por último, se recoge también la obligación de que el tribunal notifique la prohibición dictaminada en sentencia a la Dirección de Compras y Contratación Pública a los efectos de registro de las personas jurídicas a las que se haya impuesto esta pena.

De las principales características del régimen legal vinculado a esta inhabilitación pueden extraerse algún elemento de fortaleza, pero también puntos débiles. Un aspecto que merece destacarse y que condiciona la efectividad en la imposición de la prohibición para contratar o licitar con el sector público es que, efectivamente, pueda comprobar-

se que se trata de una empresa “excluida”, por lo que la notificación y registro de la condena resulta fundamental. Con todo, el art. 10 limita su contenido a la prohibición de contratar, pero no especifica qué sucede en la hipótesis de suspender los contratos o licitaciones existentes en el momento de la condena, lo que puede suponer una merma a la finalidad preventivo-especial llamada a cumplir.

En cuanto a su determinación y duración, el régimen legal chileno peca, como ya se señaló anteriormente, de excesiva discrecionalidad en la decisión de con qué pena o penas se castiga en el caso concreto a la persona jurídica. En este sentido, esta pena solo se ha aplicado, hasta la fecha, en dos casos en los que se ha condenado a una persona jurídica por corrupción doméstica (cohecho). En concreto, caso Pehuenche por delito de cohecho¹⁶, en el que se impuso, además de multa, cuatro años de prohibición para contratar con el Estado; y en el caso Maggi, donde la inhabilitación alcanzó los dos años¹⁷. La discrecionalidad en la decisión sobre la aplicación de esta pena se reduce en lo referido a la decisión sobre su duración, con franjas que oscilan entre los dos o cinco años según la naturaleza y gravedad del concreto delito de corrupción cometido, acorde a los requerimientos del juicio de proporcionalidad penal.

4.4.4. México

La exclusión de la persona jurídica de la contratación pública se recoge expresamente en el CNPP, siguiendo un régimen de aplicación potestativa según el cual se podrá imponer alternativamente o junto con otra u otras penas. En concreto, el art. 422 alude a ella como “inhabilitación temporal consistente en la suspensión de dere-

¹⁶ RIT N° 11862-2014, RUC N° 1400129785-7, 7° Juzgado de Garantía de Santiago, 19 de agosto de 2015.

¹⁷ RIT N° 1104-2011, RUC N° 1000854916-3, por Juzgado de Garantía de Chillán, 14 de abril de 2014. La empresa se adjudicó un contrato de suministro de material de construcción de obras de 6.000 metros cúbicos por el que recibió 28 millones de pesos. Para ello pagó 6 millones de pesos para encubrir que se iba a entregar la mitad de material, lo que produjo un perjuicio de unos 12 millones de pesos a las arcas públicas.

chos para participar de manera directa o por interpósita persona en procedimientos de contratación del sector público”; inhabilitación que también se prevé en términos similares en el CPF en el art. 11 bis. A los efectos de aplicar el art. 422 CNPP, el art. 11 bis CPF establece un marco para esta pena de seis meses a seis años, en cuya individualización ha de estarse a las reglas de determinación que contempla el mismo precepto, ya expuestas anteriormente en relación con la multa, así como las previstas en el art. 410 CNPP, en esencia, la gravedad del delito y el grado de culpabilidad de la persona jurídica.

En el marco de una regulación confusa y, en algunos aspectos, contradictoria como es la mexicana para dar respuesta jurídico-penal contra las personas jurídicas por actos de corrupción, un primer aspecto que llama la atención es la incomprensible diferenciación de catálogos de sanciones penales que existe en el CNPP, sin que se atisbe la razón de este proceder a la luz de las condiciones sustantivas que comprometen la responsabilidad penal de la persona jurídica, o cuál es el criterio que guía la decisión de acudir a las sanciones previstas en uno u otro listado, dado que las reglas de individualización son las mismas. Esto resulta de especial importancia tratándose de la pena de participar en procedimientos de contratación con el sector público, ya que solo se prevé en uno de los listados. A ello se suma que, partiendo de un modelo de aplicación discrecional, las penas previstas son potestativas, de lo que se desprende que, estrictamente, el juez o tribunal no está obligado a castigar a la persona jurídica a pesar de que se acrediten las condiciones de imputación referidas a esta. Con todo, el máximo de duración previsto es, no obstante, estas debilidades, lo suficientemente elevado, hasta seis años, para resultar disuasorio, en abstracto, para dar respuesta eficaz a la corrupción doméstica y transnacional.

4.4.5. Perú

La única previsión que establece la posibilidad de imponer la inhabilitación especial para participar en licitaciones y contratos con el sector público, bajo la denominación de “consecuencia accesoria”, se encuentra en el art. 17 de la Ley Penal Tributaria, Decreto legislativo n° 813, de 20 de abril de 1996, modificado por Decreto Legislativo

n° 1114, de 5 de julio de 2012. En esta última reforma se introdujo precisamente el numeral 4, en concreto, la suspensión para contratar con el Estado, con una duración de hasta 5 años, de manera conjunta o alternativa, según la gravedad de los hechos, con las demás consecuencias accesorias que se recogen en esta normativa. Además, el régimen previsto en esta ley para las personas jurídicas es de aplicación facultativa.

Se recordará que Perú desplaza la sanción a la persona jurídica por delitos corrupción al ámbito administrativo. Lo anterior no impide cuestionar la idoneidad político criminal del régimen penal de consecuencias accesorias para las personas jurídicas en este ámbito de criminalidad. En este sentido, la regulación expuesta suscita varias cuestiones problemáticas, de las que señalarán dos de ellas. En primer lugar, el hecho de que únicamente cabe decretar la suspensión para contratar con el Estado en los delitos tributarios, dejando fuera de su ámbito de aplicación sin razón justificativa otras manifestaciones delictivas corruptas más “genuinas” tipificadas en el CP y otras leyes especiales en los que también se prevé un régimen de consecuencias accesorias para las personas jurídicas, pero entre la que no se encuentra la suspensión para contratar con el Estado. En segundo lugar, se parte de un modelo discrecional de aplicación, pero la Ley Penal Tributaria guarda silencio en cuanto a qué criterios, generales y específicos, guían la decisión del juez sobre la imposición de alguna o varias de las consecuencias accesorias previstas, su naturaleza y su duración concreta. A este respecto, la gravedad de los hechos es insuficiente para dar respuesta a estas cuestiones.

4.4.6. Análisis comparado de los sistemas jurídicos nacionales del ámbito latinoamericano

En esencia, los sistemas jurídicos analizados pueden agruparse entre los que la sanción de la persona jurídica por actos de corrupción no se contempla en la legislación penal, como es el caso de Brasil, donde se cuenta, por el momento, con una propuesta de reforma del CP sin visos de prosperar, y los que esta posibilidad convive con una respuesta sancionadora administrativa. En este último caso, la coexistencia de dos regímenes sancionadores en el ámbito delictivo

objeto de estudio se revela, además, en algunos casos como puramente formal, puesto que en realidad la vía penal queda desplazada por la administrativa (México y Perú).

Con base en este panorama general legislativo, el punto de partida es que la prohibición para participar en procesos de contratación pública aparece prevista como una de las posibles sanciones penales en las regulaciones de los países de referencia del ámbito latinoamericano, con la salvedad de Brasil que, según se acaba de indicar, queda recogida en el PLS 2012. Así, y en atención a la finalidad preventivo-especial que orienta esta pena, el estudio comparado va a girar en torno a los cuatro elementos que condicionan su idoneidad como estrategia anticorrupción, en especial cuando se asocia a la delincuencia organizada transnacional: objeto de la prohibición, suspensión o inhabilitación, modelo de aplicación, duración y criterios de determinación e individualización.

Comenzando con el primero de los aspectos, la prohibición, suspensión o inhabilitación para participar en procesos de contratación pública, concursos o licitaciones, según las distintas denominaciones que le atribuyen los sistemas jurídicos estudiados, debería posibilitar prescindir de la persona jurídica en procesos de contratación tanto futura como, en su caso, en relación con los aún existentes en el momento de ser condenada. Se ha visto que ninguna de las regulaciones analizadas diferencia específicamente esta doble dimensión, al enfocarse prioritariamente en impedir que la empresa acceda a nuevos contratos, concursos o licitaciones, si bien no se aprecian obstáculos legales para interpretar estas previsiones conforme a este doble objeto.

Por otro lado, otro elemento de contraste en la valoración de su eficacia preventiva es que la prohibición sea extensible a cualquier organismo público a cualquier nivel dentro de la organización administrativa de cada país, así como empresas o entidades con participación pública. En este punto se aprecian diferencias en la delimitación del contenido de la pena, derivadas lógicamente de las particularidades de la organización territorial y administrativa de cada país. Es de destacar que tanto la Ley 20393 chilena como el PLS brasileño constituyen dos buenos exponentes en la delimitación del objeto y contenido de la pena que ahora se analiza comparadamente. En este

sentido, es de interés señalar que la redacción actualmente vigente de los arts. 8 y 10 de la Ley 20393, sobre la prohibición para celebrar actos con los organismos del Estado, es resultado precisamente de las recomendaciones del Grupo de Trabajo de la OCDE para el seguimiento de la implementación del Convenio de 1997, al objeto de evitar posibles “fugas” en la decisión de excluir a la empresa de las relaciones existentes o futuras con el sector público.

Todavía en relación con esta cuestión, son más cuestionables las regulaciones peruana y mexicana. Sin olvidar que en estos países la sanción penal a las personas jurídicas queda fundamentalmente desplazada por la respuesta sancionatoria administrativa, la versión peruana del régimen de consecuencias accesorias es tremendamente parca con la pena que ahora se analiza comparadamente, al limitarse a una referencia genérica a la “suspensión para contratar con el Estado”. Surgen, así, las dudas sobre el alcance de la suspensión, tanto en relación con los organismos del Estado a los que es extensible, como respecto de otras formas de participación estatal, sociedades o asociaciones que cuentan con capital público. En la misma línea, también la regulación mexicana puede generar dudas sobre si se incluye igualmente las empresas o entidades públicas, aunque incluye una particularidad que no está presente en el resto de los países, como es el hecho de que la prohibición se hace extensible tanto a la participación directa en procedimientos de contratación del sector público, como cuando esta se realiza persona interpuesta. Esto último evita posibles fraudes en la aplicación de la pena, lo que en el ámbito de la delincuencia organizada transnacional resulta importante, por ejemplo, en supuestos de grupos de empresas o filiales.

En segundo lugar, todos los países del ámbito latinoamericano han optado, con carácter general, por un modelo discrecional del régimen de penas aplicables a la persona jurídica por delitos de corrupción, por tanto, son los jueces quienes toman la decisión de si imponen una o varias de las penas previstas. Pero en este marco general se aprecian dos tendencias. Una, mayoritaria, representada por la regulación argentina y chilena, a la que se suma el proyecto de reforma del CP de Brasil, en la que resulta preceptivo aplicar, al menos, una pena para la persona jurídica, entre las que se encuentra la inhabilitación para participar en procesos de contratación pública.

México y Perú, sin embargo, conciben el modelo facultativamente, por lo que, aunque el espíritu que parece inspirar su regulación es castigar a la entidad, el tenor literal de las previsiones legales admite, en principio, que no sea así, algo que dinamitaría toda pretensión disuasoria frente a la corrupción. En este sentido, no se cuenta con casuística judicial para conocer la posición de los jueces y tribunales en estos países. Además, México prevé dos catálogos de sanciones penales que no son coincidentes, lo que resulta relevante respecto de la prohibición para contratar con el Estado, solo enumerado en uno de ellos. En consecuencia, se suma a la facultad potestativa del juez sobre si aplicar o no una o varias penas, el hecho de que esta pena puede quedar, de entrada, excluida de aplicación. La falta de razones que justifiquen la existencia de un doble catálogo, por lo demás, sometido a los mismos criterios de determinación y graduación de la pena, ahonda igualmente en la disfuncionalidad de la regulación penal mexicana para abordar una respuesta jurídico-penal eficaz contra la corrupción.

Una consecuencia que se deriva de que las regulaciones analizadas hayan optado por un modelo discrecional del régimen de penas para personas jurídicas es que la inhabilitación para contratar con el Estado no se prevé para ningún delito de corrupción como pena principal de obligada imposición, rasgo que diferencia los sistemas jurídicos nacionales de América Latina analizados con lo dispuesto en el CP español, en el que conviven dos modelos para esta pena, un modelo general discrecional y otro de aplicación preceptiva, junto a la multa, en un catálogo cerrado de delitos entre los que se encuentra el soborno a funcionario extranjero. A este respecto hay que advertir que político-criminalmente la discrecionalidad de las regulaciones analizadas no desvirtúa, *per se*, su idoneidad para servir de mecanismo punitivo y preventivo de la corrupción, especialmente si tiene un componente organizado y transnacional. Se destacará que en el ámbito de la OCDE las recomendaciones anticorrupción de 2021 atemperaban la severidad del castigo que conlleva esta inhabilitación, en especial por el negativo impacto económico que supone para la empresa, e indirectamente, también, para la competencia del mercado y las economías de los países donde las empresas multinacionales desarrollan su actividad. Por ello se abría la posibilidad de no aplicarla en los casos de existencia de medidas de *compliance* por parte de la

empresa, así como fomentar su rehabilitación post-delictiva. Lo anterior conduce a valorar en el marco de las regulaciones analizadas en qué medida resulta compatible la finalidad disuasoria y aflictiva que, en primera línea, se asigna a esta pena, con la pretensión igualmente de servir de incentivo de autorregulación empresarial conforme a la filosofía de que solo las personas jurídicas que demuestren un comportamiento íntegro son aptas para contratar con el sector público.

La idoneidad político criminal de los modelos de aplicación discrecional requiere atender, en tercer lugar, a otro elemento de análisis comparado, en concreto, cuáles son los parámetros que guían la decisión judicial en la determinación de la pena aplicable y su graduación. De entrada, el proyecto de reforma del CP brasileño omite legalmente esta cuestión, lo que conduce a rechazarlo como vía adecuada de regulación. Próxima a esta situación se encuentran las consecuencias accesorias del CP peruano, donde el único criterio de decisión es la gravedad del hecho. De nuevo, la ausencia de casos judiciales impide valorar la actuación judicial en este ámbito. Argentina, Chile y México, por el contrario, incorporan reglas generales de valoración que han de ponderarse en el caso concreto. En esta línea se aprecian elementos de coincidencia, probablemente por la influencia que las regulaciones que algunos países han tenido sobre otras del entorno latinoamericano. Así se comprueba en los criterios previstos en la Ley 20393 chilena y el art. 422 CNPP de México, plenamente coincidentes en su contenido y redacción. No debe olvidarse que la ley chilena ha sido la primera aprobada en el tiempo, en 2009, por la que se ha introducido específicamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas por actos de corrupción. Se distancia la regulación mexicana en el hecho de prever un régimen específico de atenuantes y agravantes, en concreto entre las primeras, la reparación del daño, la colaboración sustancial y la implementación posterior al delito de un modelo de *compliance*. Por su parte, los criterios de determinación e individualización de la pena previstos en la regulación chilena y mexicana son coincidentes, parcialmente, con la regulación argentina. Pero en este sistema jurídico existen también diferencias internas según el delito involucrado y la normativa aplicable. Así, los criterios referidos al monto de dinero involucrado, el tamaño y naturaleza de la persona jurídica, su capacidad económica, y el grado de cumplimiento de las normas lega-

les y reglamentarias son comunes a los delitos tributarios, blanqueo de bienes y corrupción. No obstante, la Ley 27.401 amplía el listado de criterios que el juez o tribunal debe tener en consideración por delitos de corrupción, incluyendo la existencia de un programa de integridad o *compliance* con anterioridad al delito, la autodenuncia y la reparación del daño.

Lo anterior pone las bases a la hora de valorar el régimen de determinación e individualización de la pena para participar en proceso de contratación pública en delitos de corrupción, particularmente cuando se asocia a la delincuencia organizada transnacional, en el marco de la discrecionalidad en su aplicación que opera en los sistemas jurídicos nacionales analizados. Y ello principalmente a la luz de las recomendaciones anticorrupción de la OCDE, según se ha señalado. Primero, los criterios que contemplan todas las regulaciones son de carácter general, no se recogen, sin embargo, criterios específicos que orienten al juez en la decisión sobre cada una de las penas. Segundo, algunos sistemas jurídicos analizados diferencian entre atenuantes y agravantes y criterios de determinación e individualización de la sanción. Significativo es, en esta cuestión, el que determinados incentivos premiales (implementación de un programa de *compliance*, con anterioridad o *post-delicto*, autodenuncia, reparación del daño) actúen indistintamente como atenuantes específicas de la responsabilidad penal de la persona jurídica o criterios de graduación de la pena. Ejemplo de lo primero es la Ley 20393 de Chile, de lo segundo la experiencia argentina de la Ley 27.401. En todo caso, la previsión de estos elementos o su versión más general, el grado de incumplimiento de las normas legales o reglamentarias como criterio de determinación y graduación de la pena, aunque pueden ser tomados en consideración de cara a no aplicar la prohibición para participar en procesos de contratación pública en delitos de corrupción por su impacto negativo en la empresa, a la luz de las recomendaciones anticorrupción en el marco de la OCDE, se prevén como criterios generales, pero en ausencia de una regla específica sobre su incidencia en la decisión de imponer o no esta pena, nada impide que, en su caso, se aplique. E igualmente, tampoco se incluye la rehabilitación de la persona jurídica.

Los criterios de graduación de la pena conducen al cuarto elemento de comparación, relativo a la duración de la inhabilitación para contratar con el sector público, en el que se aprecian diferencias significativas. Si atendemos a algunas recomendaciones en el ámbito internacional, se recordará que en el marco de la ONU se sugería que al menos tuvieran una duración de hasta un año (suspensión) o de hasta tres años (inhabilitación) para desplegar efecto disuasorio. Así, en una primera aproximación todos los sistemas jurídicos nacionales latinoamericanos analizados superarían con creces estos máximos, que pueden suponer, incluso, la imposibilidad de desarrollar la actividad empresarial y, en consecuencia, la ruina de la entidad. Se apuesta por tanto por enviar un mensaje intimidatorio de que es más beneficioso fomentar una cultura de cumplimiento empresarial que quedar excluida del circuito público. La regulación argentina se presenta como la más represiva, con una duración que, en delitos de corrupción y blanqueo, puede alcanzar los diez años de inhabilitación. También ese es el máximo que prevé el proyecto de reforma brasileño, si bien se opta por asociar la duración máxima de la inhabilitación a la pena privativa de libertad que corresponde a la persona jurídica: hasta diez años de inhabilitación si la pena privativa de libertad supera los cinco años, hasta cinco años de inhabilitación si la pena privativa de libertad es de hasta cinco años. Por su parte, Chile y Perú limitan la duración máxima de la prohibición para contratar con el sector público a los cinco años, y México a los seis años. Ciertamente, no es posible valorar la eficacia disuasoria que estos máximos producen en la práctica, teniendo en cuenta, además, la escasa aplicación judicial de esta pena, de la que únicamente se cuenta con algunos pronunciamientos en aplicación de la Ley 20393 chilena.

También se aprecian algunas coincidencias, pero sobre todo fluctuaciones en el mínimo asignado. Algunos sistemas jurídicos solo indican el máximo, pero no la duración mínima (Argentina y Perú). México opta por partir de un mínimo de seis meses. Chile y Brasil coinciden en los dos años. En este último caso se superaría, incluso, el máximo sugerido desde instancias internacionales. Por otro lado, Chile segmenta el marco penal en función de la gravedad del delito (grado mínimo, intermedio y máximo), pero con una versión distinta por la que opta el proyecto de reforma CP de Brasil, vinculado,

como se ha visto, a la pena privativa de libertad asignada a la persona física.

4.5. Regulación en Colombia

4.5.1. Las iniciativas legislativas en el ámbito penal

De acuerdo con lo anteriormente indicado en relación con la pena de multa, los dos infructuosos proyectos colombianos que han pretendido introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de corrupción, han previsto como posible pena la inhabilitación especial para contratar con el Estado, reconociendo por ello el papel fundamental que cumple como sanción penal eficaz en esta clase de criminalidad.

Tanto la letra d) del art. 100G del proyecto de ley 117 (2018), como el número 6 del art. 13 del proyecto de ley 178 (2020), incluyen, con variaciones en su redacción, dicha pena. Así, el art. 100G la define como la “prohibición de celebrar actos y contratos con las entidades del Estado o donde este tenga participación”, para concretar su contenido posteriormente en el art. 100K (“consiste en la pérdida del derecho a participar en procesos de contratación estatal y de ser contratista de las entidades del Estado o donde este tenga participación”). Por su parte, el n° 6 del art. 13 del proyecto 178 (2020) la califica someramente de “inhabilitación para contratar con el sector público”. En este último caso establece un plazo temporal máximo de 4 años, a menos que se rehabilite mediante el compromiso de implementar un programa de *compliance* penal eficaz, pero en cualquier caso, se dispone un plazo temporal autónomo de la eventual pena impuesta a una o varias personas físicas, a diferencia de lo que ocurría, como ya hemos tenido ocasión de ver en las penas anteriormente analizadas, en el intento de reforma anterior, al vincular la duración temporal de esta pena a la de la pena de prisión del delito por la que se condena a la persona jurídica.

Una particularidad en la regulación que ofrece este proyecto es el hecho de que la prohibición para contratar con el Estado o donde este tenga participación también se concibe como pena accesoria (art. 14), en este caso con una duración que puede alcanzar los

veinte años. En este caso también es posible la rehabilitación de la persona jurídica “durante el periodo que dure la pena o después de esta, si adopta un *compliance program* eficaz, y además que se compruebe ruptura de todos los vínculos con las personas u organizaciones que participaran en las conductas ilícitas”. Así, prosigue el precepto, si la persona jurídica acredita el establecimiento de medidas adecuadas o eficaces de *compliance*, demostrará su fiabilidad y no quedará excluida del procedimiento de contratación, condicionado al cumplimiento de otras condiciones: el pago o compromiso de pago de la indemnización correspondiente por los daños causados por el delito, colaboración eficaz con las autoridades y adopción de “medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales”.

Por último, es de reseñar que el proyecto 178 (2020) dispone que las penas “podrán ser impuestas de forma conjunta dos o más”, por lo que se interpreta que se sigue un modelo discrecional, si bien el tenor literal es ambiguo, puesto que no queda claro si la aplicación de al menos una pena es siempre obligada, cualquiera que sea, pero es facultativa la decisión de imponer más de una, o ya la decisión de aplicar una de ellas es discrecional por parte del juez. En cualquier caso, el art. 16 del proyecto 178 (2020) enumera los criterios para la determinación judicial de la pena: inexistencia de medidas de prevención del delito o su defectuosa implementación, tamaño y naturaleza de la persona jurídica, su capacidad económica y la gravedad del delito.

4.5.2. Análisis comparado con los estándares internacionales y las regulaciones de los países de referencia analizadas

Aunque por el momento Colombia ha optado por sancionar a la persona jurídica por delitos de corrupción mediante vía administrativa, conviene realizar un análisis comparado sobre la pena de inhabilitación para contratar con el Estado en relación con las iniciativas legislativas penales archivadas, en caso de que en el futuro se planteara complementar la normativa administrativa con la respuesta sancionatoria penal. El análisis se limitará al Proyecto 178 (2020), debido a la particularidad que ofrece en el régimen legal de esta pena que lo

diferencia de los sistemas jurídicos de referencia analizados, dentro y fuera de la región latinoamericana.

Un primer elemento de afinidad del Proyecto 178 (2020) con todos los sistemas jurídicos del ámbito latinoamericano es la previsión de un modelo discrecional sobre la decisión de castigar con esta pena por delitos de corrupción. La regulación española diferiría parcialmente de esta tendencia, en la medida en que parte de un régimen general discrecional, pero lo complementa con un modelo de aplicación obligatoria según la naturaleza del delito de corrupción llevado a cabo. Según se señaló anteriormente, los estándares internacionales en esta cuestión, tanto a nivel universal como regional, tradicionalmente no se han posicionado expresamente por un modelo frente a otro, en el sentido de que ambos pueden cumplir con la función que esta pena está llamada a cumplir en el marco de una estrategia político criminal contra el fenómeno de la corrupción, principalmente cuando se asocia a la delincuencia organizada transnacional. No obstante, recientemente las Recomendaciones Anti-Corrupción de 2021 de la OCDE han suavizado los dañinos efectos, no asumibles como coste por la empresa, que produce esta inhabilitación, admitiendo la posibilidad de rehabilitación de la empresa cuando ha sido condenada con esta pena o su no aplicación cuando concurren factores de mitigación de la responsabilidad, particularmente la existencia de un programa de integridad o *compliance* y la reparación del daño causado por el delito. Ello parece posicionarnos a favor de un modelo de aplicación discrecional que permita valorar la conveniencia o no del castigo por vía de esta pena con base en elementos de autorregulación empresarial.

Aquí residiría el elemento diferencial de la propuesta de regulación de 2020 respecto del resto de sistemas jurídicos de los países de referencia, que ya incorpora esta recomendación internacional en los términos que se han expuesto *supra*, obviamente, puesto que ha sido la propuesta de regulación más reciente en el tiempo, aunque finalmente no haya cristalizado, al menos en sede penal. Con ello se dota a la pena de prohibición o suspensión para participar de procesos de contratación pública de una doble finalidad, tanto disuasoria, como rehabilitadora, conforme a una estrategia de fomento de la integridad empresarial.

Al margen de estos supuestos de rehabilitación, comparte con el resto de las legislaciones de los países de referencia latinoamericanos la ausencia de pautas o criterios específicos que orienten sobre la decisión de decretar, expresamente, esta pena, más allá de los criterios generales para la determinación e individualización de la pena. Si bien no existen tampoco pautas a nivel internacional, se aprecian factores de valoración comunes en todas las legislaciones, como son, obviamente, la gravedad del delito, así como el tamaño, naturaleza y capacidad de la persona jurídica. Estos cuatro criterios generales son los que acoge el proyecto colombiano, desplazando, como se ha dicho, la existencia de otras circunstancias mitigadoras o atenuatorias (programa de cumplimiento, reparación del daño, colaboración eficaz, entre otras).

Un último elemento de comparación es el referido a la duración de la inhabilitación. De nuevo el proyecto colombiano resulta más severo en este aspecto de todos los sistemas jurídicos analizados dentro y fuera de América Latina, puesto que puede llegar a tener una duración de veinte años, frente al máximo de diez años de la legislación argentina y del PLS brasileño, y también por encima de los quince años máximos que, con carácter general, establece el CP español, aunque este límite, en realidad, solo es alcanzable en caso de personas jurídicas multirreincidentes o instrumentalizadas para la comisión del delito. Aquí reside otra particularidad, habría que decir que problemática, de la regulación colombiana, puesto que el límite de hasta veinte años únicamente es posible alcanzarlo, en realidad, cuando la inhabilitación para contratar con el Estado se impone como pena accesoria, pero no cuando se impone como pena principal, exclusiva o junto con otras, en cuyo caso se reduce considerablemente hasta un máximo de cuatro años, todavía dentro del rango de límites máximos que han establecido los países del entorno. Precisamente este punto en el que se diferencia la naturaleza principal o accesoria de esta inhabilitación resulta cuestionable, ya que, por un lado, no se dispone cuál es el criterio legal en la decisión de excluir o suspender a la persona jurídica de la contratación pública como pena accesoria, o cuándo habría de imponerse como pena principal o como pena accesoria; y, por otro, tampoco parece comprenderse por qué cuando se decreta como pena accesoria puede alcanzar una duración muy superior a la que legalmente se prescribe como pena

principal. Parece que la amenaza de una pena tan elevada trataría de asustar a la persona jurídica en el sentido de que, si no estaba bien organizada cuando se cometió el delito, debe esforzarse para ello mediante el programa de rehabilitación que se establece para evitar “desaparecer” del mercado.

Se echa en falta que, a pesar de esta orientación rehabilitadora que le concede el proyecto 178 (2020) no se acompañe, en el otro extremo, de una previsión relativa a la necesidad de comunicar la condena por esta pena al correspondiente organismo público para velar que, efectivamente, se prescinda de la empresa en contratos, concursos, licitaciones o adjudicaciones futuras. En este aspecto, común a la normativa penal de España, Argentina, Brasil, México y Perú, únicamente Chile, muy acertadamente, ha previsto la obligación de notificación a efectos de registro de la persona jurídica condenada.

4.6. Nota final

Una vez realizado el análisis comparado, se concluye que en el marco regulador de la pena de prohibición o suspensión para contratar con el sector público no se aprecian especificidades en las legislaciones penales vigentes de los países de referencia en relación con los actos de corrupción asociados a la delincuencia organizada transnacional.

Solamente en el caso del fallido proyecto de ley colombiano para introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delito de corrupción apreciamos un elemento específico, acorde con la tendencia más reciente a nivel internacional universal de la OCDE, en cuanto que introduce un componente rehabilitador a esta pena. Ello se produce en el marco de la política de fomento de la autorregulación empresarial auspiciada en el ámbito internacional universal y regional y, principalmente en relación con el soborno a funcionarios extranjeros en las relaciones comerciales. Con ello no se renuncia a la finalidad disuasoria de esta pena, al contrario, la refuerza, puesto que la empresa puede ver recompensada sus esfuerzos por comportarse íntegramente en las actividades económicas y, particularmente, en sus relaciones comerciales con el Estado, directa o indirectamente.

5. LA EXCLUSIÓN DEL DERECHO A RECIBIR AYUDAS O BENEFICIOS PÚBLICOS COMO PENA POR LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ACTOS DE CORRUPCIÓN

5.1. Consideraciones iniciales

La denegación de beneficios estatales constituye una pena que comparte análoga función y finalidad que la exclusión de la contratación pública en el planteamiento de una estrategia político criminal eficaz contra el fenómeno de la corrupción (ONU, 2013a: 29), en especial, cuando se asocia al crimen organizado transnacional. Como bien se ha destacado desde distintas instancias internacionales, la gama de privilegios estatales o gubernamentales (incentivos fiscales, ayudas o subvenciones sin contraprestación, licencias para el comercio y la exportación, incentivos para la creación de empleo, acceso a créditos, garantías y otras formas de apoyo a la exportación...) pueden ser restringidos o retirados para castigar delitos de corrupción (ONU, 2013a: 29; OCDE, 2006: 41).

En el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídica y en lo relativo a esta pena, es evidente, tal y como se manifestó en la introducción a este capítulo, que una estrategia político criminal eficaz contra el fenómeno de la corrupción ha de tener en consideración las consecuencias o efectos negativos que esta produce a la hora de regular un régimen de penas adecuado para que resulten “eficaces, proporcionales y disuasorias”. En este sentido, la pena de multa no siempre resulta suficiente para hacer frente a las consecuencias perniciosas de la corrupción, principalmente en lo que atañe al desvío o asignación inadecuada de los recursos públicos y la pérdida de eficiencia del mercado para la satisfacción de intereses generales y particulares. Cobra, por ello, protagonismo las penas de inhabilitación a la que se adscribe la pérdida de beneficios y ayudas estatales, bajo la filosofía compartida con la prohibición para contratar con el Estado o sector público de que los recursos y vías de financiación pública no deben otorgarse a las empresas que no se conduzcan con integridad en el marco de sus relaciones con el sector público, entidades vinculadas, empresas competidoras y mercado en general.

Se trata, por lo tanto, de una pena con una clara orientación preventiva, tanto especial, como general, según se señaló anteriormente. Poniendo el foco en la persona jurídica penalmente responsable por un delito de corrupción, se orienta a neutralizar el comportamiento futuro, excluyéndolo de estos privilegios estatales o rescindiendo los ya otorgados. Pero igualmente supone una llamada de atención a las empresas, transmitiéndoles un claro mensaje negativo, a los efectos de disuadir comportamientos no íntegros por el severo impacto que el “corte” de estas medidas supone para su funcionamiento de la empresa, como positivo, en el sentido de incentivo para transmitir que solo las empresas cumplidoras podrán participar de privilegios estatales.

5.2. Tendencias internacionales en el ámbito universal y regional

Siguiendo el orden de análisis pautado en el marco internacional, primero universal y luego regional, conviene adelantar el paralelismo existente en el tratamiento dado a la inhabilitación para obtener subvenciones, ayudas y beneficios públicos y el anteriormente analizado en relación con la exclusión o suspensión de la persona jurídica de la contratación pública.

Al amparo de la ONU, las convenciones de Mérida y Palermo no la mencionan expresamente, aunque si está presente en los principales documentos vinculados a estos textos normativos internacionales. Según se indicó en la introducción al estudio de esta pena, destaca la función que cumple político-criminalmente para abordar eficazmente el fenómeno de la corrupción. Sin embargo, esta declaración de intenciones choca, en cierta medida, con el escaso interés que se le atribuye en algunos documentos. Por ejemplo, la Guía legislativa para la aplicación de la Convención contra la corrupción se limita a declarar la posibilidad de que algunos estados contemplan como sanciones no monetarias, entre otras, “el retiro de ciertas ventajas” (ONU, 2012: 98). Con mayor contundencia se expresa la Guía de recursos sobre medidas estatales para reforzar la integridad empresarial, en un llamamiento sobre la importancia de denegar el acceso a beneficios o servicios estatales, en definitiva, privilegios de distinta índole, como posible sanción contra la corrupción, de forma análoga

a la exclusión de la contratación pública (ONU, 2013a: 29). Especial trascendencia dado el vínculo existente entre la restricción de estos beneficios y ayudas y la corrupción cuando se trata de actividades comerciales internacionales apoyadas por un organismo nacional de crédito a la exportación (ONU, 2013a: 29).

Todavía en el ámbito internacional universal, su inclusión dentro del elenco de sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias para las personas jurídica sí tiene mención expresa, sorprendentemente, en la versión no penal de las sanciones imponibles a las personas jurídicas de la Convención de la OCDE de 1997 sobre soborno a funcionario extranjero de 1997. La Ref. al párrafo 4° del art. 3 señala que “entre las sanciones administrativas o civiles, aparte de las multas no penales, que podrían imponerse a las personas morales por el acto de cohecho de un servidor público extranjero figuran: la exclusión del derecho a recibir ayudas o beneficios públicos (...)”. En la misma línea, sin decantarse por la naturaleza jurídica de la sanción, se pronuncian igualmente las Recomendaciones Anticorrupción de 2009, en concreto la Recomendación III¹⁸ y la Recomendación XI¹⁹, refiriéndose indistintamente tanto a la suspensión de beneficios estatales (subsidios públicos, licencias, ventajas públicas de cualquier

¹⁸ La Recomendación III (vii), solicita a los estados tomar medidas para examinar “los subsidios públicos, las licencias, los contratos de adquisiciones públicas, los contratos financiados con ayuda oficial para el desarrollo, los créditos para la exportación apoyados oficialmente o las ventajas públicas de otro tipo; de manera que esas ventajas puedan rechazarse como una sanción por cohecho en los casos pertinentes, y de acuerdo con las secciones XI y XII de esta Recomendación”.

¹⁹ Recomendación XI (Ventajas públicas, incluidas adquisiciones públicas): “Que las leyes y los reglamentos de los países miembros deben permitir a las autoridades suspender —en un grado adecuado— de los concursos por contratos públicos o ventajas públicas de otro tipo, incluidos los contratos de adquisiciones públicas y los contratos financiados con ayuda oficial para el desarrollo, a las empresas resueltas a sobornar a servidores públicos extranjeros contraviniendo las leyes nacionales de ese país miembro y; en la medida en que un miembro aplique sanciones en materia de adquisiciones a las empresas resueltas a sobornar a servidores públicos nacionales, que esas sanciones se apliquen por igual en el caso de cohecho de servidores públicos extranjeros”.

tipo), como a la suspensión de concursos y contratos públicos de distinta índole.

Dentro de las iniciativas universales regionales, el art. 6 de la Decisión Marco contra la corrupción en el sector privado de 2003, requiere a los estados a disponer un régimen sancionatorio en el que, junto a la preceptiva imposición de una multa, puedan establecerse otras sanciones no monetarias, de las que la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas ocupa el primer lugar. En términos similares se expresa el art. 9 de la Directiva PIF de 2017, al señalar la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas en el catálogo de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, además de la multa.

No es una sanción sobre la que exista posicionamiento alguno en el marco de la OEA y del Consejo de Europa.

De lo expuesto se extraen las líneas fundamentales de la tendencia internacional, universal y regional, en torno a esta pena. Se parte de la premisa común, con mayor incidencia en el ámbito universal, de considerarla una sanción adecuada para combatir los delitos de corrupción, en particular cuando se vinculan con la delincuencia organizada transnacional, por la conexión existente entre actividades comerciales internacionales y la concesión de beneficios o ayudas estatales para fomentarlas y financiarlas, como especialmente destaca la ONU. Es también en el seno de los organismos internacionales de ámbito universal donde se muestra una especial preocupación para comprender en estas exclusiones y restricciones toda forma de beneficio, ventaja o ayuda estatal, a veces estableciendo una relación simbiótica con la exclusión de la participación en concursos, contratos y adjudicaciones públicas y, particularmente, los créditos de ayuda a la exportación, conforme a las recomendaciones anticorrupción de la OCDE. Esto conlleva a que las previsiones penales nacionales deberán interpretarse a la luz del contenido que se les asigna en el plano internacional, dada la generalidad y los términos abiertos con la que en ocasiones se dota de contenido a esta pena.

En lo que no se detecta existencia de estándares internacionales es en lo relativo a su extensión y duración. Se atisban algunas pautas, de nuevo, en el contexto de la ONU, al referirse a que habitualmente la suspensión tiene al menos la duración de un año y la inhabilitación

podrá ser de tres años o más. Las recomendaciones anticorrupción se limitan a expresar que la suspensión deberá ser en un grado adecuado en los casos de cohecho de servidores públicos extranjeros. Asimismo, existe una tendencia común a nivel universal y regional a dejar a discrecionalidad de los estados la opción de concebirla como sanción de aplicación preceptiva o facultativa.

5.3. Regulación en los países de referencia no latinoamericanos

5.3.1. España

Dentro del catálogo de penas para personas jurídicas, la letra f) del art. 33.7 CP prevé, con carácter general, una pena de inhabilitación especial de triple contenido, entre la que se encuentra, por un lado, la de recibir subvenciones y ayudas públicas y, por otro, para gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

Esta inhabilitación, al igual que el resto de las penas interdictivas para las personas jurídicas que recoge el art. 33.7, parece asimilarse en realidad, al sentir de la doctrina, a una pena accesoria (Roca de Agapito, 2013: 380) o complemento de la sanción pecuniaria en casos especiales (Valeije Álvarez, 2018: 511), debido a que su imposición es facultativa y no preceptiva, a diferencia de la multa. Del mismo modo, dado que la letra f) del art. 33.7 no recoge una única pena de inhabilitación especial, sino un conjunto de ellas, el juez o tribunal también puede decidir si imponer una o varias, en atención a necesidades preventivo-especiales (Dopico Gómez-Aller, 2018: 154). Ahora bien, este régimen general debe completarse con las disposiciones de la parte especial del CP que atribuyen a la inhabilitación para recibir subvenciones y ayudas públicas la naturaleza de pena principal de aplicación obligatoria. En concreto, está prevista en tres ámbitos delictivos conectados con la corrupción: delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis), por un periodo de tres a seis años; cohecho activo (art. 424.3), por un plazo de cinco a diez años, y contrabando (art. 3 Ley 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando), de uno a tres años.

Al margen de este régimen de aplicación obligatoria, la decisión sobre su imposición e individualización se somete a las reglas del art. 66 bis, en concreto, su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus defectos, las consecuencias económicas y sociales que genere, especialmente para los trabajadores, así como el puesto dentro de la estructura de la entidad que ocupaba la persona física u órgano que incumplió el deber de control. Además, este mismo precepto incluye unas reglas específicas con determinados criterios particulares para superar un plazo de imposición superior a dos y cinco años, respectivamente, que, aunque de manera muy confusa y disfuncional, atienden a situaciones de reincidencia, reincidencia cualificada e instrumentalización de la persona jurídica para la comisión de delitos.

Dado que fundamentalmente las condenas a personas jurídicas lo han sido por delito fiscal, y que en estos casos castigar con esta pena interdictiva resulta obligado, junto a la multa, es la que con mayor frecuencia ha venido de aplicación²⁰. A tenor de las condenas existente, bien aplicadas en instancia y ratificadas por el TS o impuestas en el propio TS, la duración de la inhabilitación ha oscilado entre los nueve meses (STS, 2º, nº 496/2020, de 8 de octubre) y los cuatro años (STS, 2ª, nº 542/2021, de 21 de junio), acorde con la gravedad del delito y de la cuantía de la multa impuesta en cada caso.

La previsión de un doble régimen de aplicación de la inhabilitación para recibir subvenciones o ayudas públicas o gozar de beneficios o incentivos fiscales, discrecional como regla general, pero obligatorio en algún supuesto delictivo, refuerza el carácter disuasorio de esta pena para combatir el fenómeno de la corrupción. Con todo,

²⁰ SSTS, 2ª, nº 833/2021, de 29 de octubre (tres años de inhabilitación por un delito fiscal), nº 542/2021, de 21 de junio (tres penas de inhabilitación de cuatro años de duración, una por cada delito fiscal); nº 496/2020, de 8 de octubre (nueve meses de inhabilitación); nº 296/2020, de 10 de junio (inhabilitación por un año y seis meses); nº 746/2018, de 13 de febrero de 2019 (inhabilitación por dos años). Por su parte, la STS, 2ª, nº 118/2020, de 12 de marzo de 2020, condena a la mercantil por dos delitos fiscales con sendas multas, pero olvida inhabilitarla para recibir subvenciones y gozar de beneficios fiscales; pena con la que, por el contrario, sí se castiga a la persona física que llevó a cabo la maniobra defraudatoria.

algunos aspectos pueden resultar conflictivos, de entrada, por qué no se ha previsto también su aplicación preceptiva en otros delitos, particularmente en el soborno a funcionario extranjero o corrupción en los negocios privados. Pero, además, la duración máxima de esta pena es, curiosamente, inferior cuando se prevé la aplicación obligatoria de esta inhabilitación en los delitos en los que se contempla que en el régimen general del art. 33.7 CP, lo que puede derivar en una incongruencia cuando su imposición en otro delito se adscriba al régimen general facultativo (Barquín Sanz, 2021: 350 s.).

En conexión con esto, resulta cuestionable hasta qué punto resultan compatibles las reglas de determinación e individualización del art. 66 bis, principalmente en supuestos de reincidencia o utilización instrumental de la persona jurídica. En adición a esto, tal y como se indicó anteriormente respecto de la inhabilitación para contratar con el sector público, la consideración de las consecuencias económicas y sociales, en particular la afectación a los trabajadores, como uno de los criterios del art. 66 bis sobre el que pivota la decisión de imponer o no esta pena y, en general, el resto de penas interdictivas, puede implicar una merma de su eficacia preventiva para combatir el fenómeno de la corrupción, pues podría llevar a los jueces y tribunales a no imponerla (OCDE Informe Fase 3, 2012: 31).

Por otro lado, hubiera sido conveniente una mayor especificación del contenido de la pena, dotándola de autonomía respecto de la inhabilitación para contratar con el sector público, en la que además se aclarara que la inhabilitación engloba no solo oportunidades futuras de conseguir privilegios estatales, sino igualmente la suspensión y devolución de los ya obtenidos.

5.3.2. Estados Unidos

El castigo penal por delitos de corrupción en el sistema federal norteamericano pivota sobre la pena de multa, según se expuso anteriormente. Generalmente acompañan a la multa determinadas inhabilitaciones especiales (*desgorgement*), pero a las que no se les atribuye naturaleza jurídico-penal, sino administrativa. En cualquier caso, la pérdida o prohibición de beneficios fiscales o ayudas públicas no se prevé en este sistema jurídico.

Dada la inexistencia de esta pena en la regulación norteamericana no es posible realizar un análisis comparado con las previsiones del CP español.

5.4. Regulación en los países latinoamericanos de referencia

5.4.1. Argentina

En el caso argentino “la pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere” la persona jurídica es una de las penas que preceptivamente, de forma exclusiva o conjunta, es aplicable a las personas jurídicas por delitos de corrupción en los que la entidad ha sido condenada, tanto en el art. 304 CPNA en relación con el blanqueo de bienes, como en las leyes especiales en relación con los delitos tributarios (Ley 24.769 de 1990) y delitos contra la Administración Pública (Ley 27.401 de 2017).

Más allá de su previsión nominal, la regulación argentina resulta en parte deficitaria, ya que guarda silencio sobre los principales elementos que miden la eficacia del marco regulador de esta pena para abordar eficazmente el fenómeno de la corrupción. Por un lado, ninguno de los tres marcos reguladores se pronuncia sobre su extensión y duración máxima. Aspecto íntimamente vinculado con el contenido que se perfila de esta pena en las normativas de referencia. Resulta claro que habrá de interpretarse a la luz de los estándares internacionales anteriormente analizados, pero se restringe exclusivamente a los privilegios estatales ya concedidos, en cuyo caso no será posible una individualización de la pena con base a un límite temporal. Pero nada dice sobre la posibilidad de restringir el acceso otros beneficios o ayudas futuras.

Por otro lado, la autoridad judicial solo dispone en la decisión sobre su imposición de los criterios de graduación de las penas que establece el art. 8 de la Ley 27.401 para los delitos a los que se refiere (Blanco, 2015: 17), anteriormente expuestos en el análisis de la multa y de la prohibición para contratar con el Estado, así como las reglas del art. 41 CPNA, en la medida en que estas últimas puedan tenerse en consideración respecto de la persona jurídica. Eso puede implicar un excesivo grado de discrecionalidad en un régimen de aplicación de penas a las personas jurídicas ya de por sí discrecional.

5.4.2. Brasil

El PLS 236/2012 incluye entre las penas restrictivas de derechos aplicables a las personas jurídicas (art. 42) dos sanciones independientes con una estrecha vinculación con la exclusión del derecho a recibir ayudas públicas. Por un lado, la prohibición de obtener subsidios, subvenciones o donaciones del Poder Público, de uno a cinco años, así como la cancelación, en todo o en parte, de los ya celebrados (art. 43.IV). Por otro, la prohibición a que se le conceda pago a plazos de impuestos, también con un plazo temporal de 1 a 5 años (art. 43.V).

El parágrafo 3º del art. 43 dispone, a su vez, que la prohibición de obtener subsidios tendrá una duración de entre dos a cinco años si la pena privativa de libertad de la persona física no excediere de cinco años, y de entre dos a diez años si superara ese límite. En consecuencia, la duración de esta pena está condicionada a la pena que, en abstracto, se contemple para la persona física. En atención a esta penalidad, puede alcanzar un máximo de diez años en los delitos de soborno a funcionario público extranjero, peculado, cohecho activo y pasivo a funcionario nacional y blanqueo de bienes. El límite puede llegar a los cinco años en los delitos de enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, corrupción entre particulares, fraude fiscal y administración desleal.

A pesar de las dudas de que este proyecto finalmente prospere, se señalará que el marco regulador de la pérdida para obtener subvenciones y ayudas públicas presenta luces y alguna sombra. Es de destacar que el proyecto tiene en consideración las dos formas de materializarse la suspensión e inhabilitación para obtener subsidios, subvenciones o ayudas públicas, tanto por la exclusión futura de estos privilegios como la cancelación en todo o parte de los ya existentes, lo que evita disfuncionalidades sobre este extremo. También su extensión es especialmente elevada, de hasta diez años, para demostrar su efecto disuasorio, aunque este dependerá de la efectividad de su ejecución y de la posibilidad de que el Estado o sus organismos tengan conocimiento de la pena impuesta, aspecto que no contempla la reforma. Por otro lado, entre las debilidades más destacables, no parece justificarse la excesiva atomización como penas autónomas de distintas exclusiones a privilegios estatales, con diferentes límites máximos de aplicación.

5.4.3. Chile

La pérdida parcial o total de beneficios fiscales o la prohibición absoluta de recepción de los mismos es la tercera pena que se recoge en el listado de sanciones para las personas jurídicas del art. 8 de la Ley 20393, de aplicación exclusiva o en concurrencia con otra u otras penas. De conformidad con el art. 11, por beneficios fiscales ha de interpretarse:

[L]os que otorga el Estado o sus organismos por concepto de subvenciones sin prestación recíproca de bienes o servicios, y, en especial, subsidios para financiamientos de actividades específicas o programas especiales y gastos inherentes o asociados a la realización de estos, sea que tales recursos se asignen a través de fondos concursables o en virtud de leyes permanente o subsidios, subvenciones en áreas especiales o contraprestaciones establecidas en estatutos especiales y otras de similar naturaleza.

Esta pena tiene una doble dimensión, en caso de haber sido beneficiada por tales subvenciones y subsidios su pérdida o, de no haber sido acreedora de ellos, la prohibición de percibirlos absolutamente con carácter temporal, en un periodo de dos y cinco años desde que se ejecute la sentencia.

En cuanto a la individualización de la pena, en su grado mínimo supone la pérdida del veinte al cuarenta por ciento del beneficio fiscal; en su grado medio, entre el cuarenta y uno y el setenta por ciento y en su grado máximo, entre el setenta y uno al cien por ciento, en este último caso para crímenes y en los otros dos para delitos simples. En concreto, esta pena se ha impuesto en el caso *Salmones Colbun*²¹, en su grado mínimo de pérdida del 40% de los beneficios fiscales que tuviera o, si no los tuviera, la prohibición absoluta para obtenerlos por tres años. También se condenó a la prohibición absoluta de beneficios fiscales por dos años en el caso *Maggi*, siendo en este caso esta inhabilitación y la de celebrar actos y contratos con organismos del Estado las penas aplicadas, sin multa²².

²¹ RIT N° 9211-2012, RUC N° 1201092968-5, Juzgado de Garantía de Talca, 12 de agosto de 2013.

²² RIT N° 1104-2011, RUC N° 1000854916-3, por Juzgado de Garantía de Chillán, 14 de abril de 2014.

Es importante destacar la obligación del tribunal de comunicar la imposición de esta sanción a la Secretaría y Administración General del Ministerio de Hacienda y a la Subsecretaría de Desarrollo Regional y Administrativo del Ministerio del Interior, para que sea consignada en los registros centrales de colaboradores del Estado y Municipalidades que la Ley 19862 les encomienda administrar, respectivamente.

La regulación chilena destaca de entre las de su entorno en recordar que el fin preventivo especial y general de esta pena depende, no solo de su imposición en la sentencia condenatoria, sino igualmente de su cumplimiento, por lo que resulta fundamental llevar un registro de las empresas no cumplidoras de la legalidad. También destaca favorablemente en aspectos claves para medir la eficacia preventiva y disuasoria de la inhabilitación, particularmente el doble sistema de individualización previsto en función de que se trate de prohibir privilegios estatales futuros o de suspender los ya existentes.

Plantea, con todo, alguna objeción. A pesar de lo exhaustivo del contenido que dispone el art. 11, no tendría cabida en él la pérdida de beneficios fiscales, licencias o créditos de apoyo a la exportación (OCDE; 2009: 45). Además, como se ha señalado reiteradamente con anterioridad, el régimen de esta inhabilitación y, en general de las penas aplicables a las personas jurídicas adolece de criterios o pautas específicas que orienten al juez en la decisión de aplicar una u otra pena, discrecionalidad que, si bien no va en contra de los estándares internacionales, debería ser reglada en mayor medida.

5.4.5. México

La pérdida de beneficios fiscales o ayudas estatales no aparece incluida en el catálogo de sanciones penales que recoge el art. 422 CNPP y el art. 11 bis CPF, lo que reduce la eficacia preventiva del régimen de penas para las personas jurídicas en el tratamiento de la corrupción, especialmente cuando se asocia al crimen organizado transnacional.

Aunque el marco de este estudio comparado se ciñe a la regulación penal existente a nivel federal, es de interés señalar que para-

lamente tampoco se prevé como sanción administrativa en la Ley General de Responsabilidades Administrativas, de ámbito federal, pero en contraposición sí aparece en algunos códigos penales estatales, como es el caso del Código Penal para el Distrito Federal (art. 32.IX), con una duración de carácter temporal, aunque no se señala plazo máximo.

5.4.6. Perú

Esta pena no tiene acogida como consecuencia accesoria ni en el CP peruano ni en ninguna de las leyes penales especiales sobre lavado de activos y delitos tributarios en las que se prevé la aplicación de consecuencias accesorias a las personas jurídicas.

Perú no sigue en consecuencia, al menos en la órbita penal, las recomendaciones internacionales que, tanto en el ámbito universal como regional, han vertido sobre la idoneidad de esta pena como estrategia político criminal frente al fenómeno de la corrupción.

5.4.7. Análisis comparado de los sistemas jurídicos de los países latinoamericanos de referencia

En el abordaje del análisis comparado de la pena de inhabilitación para obtener subvenciones, ayudas y beneficios de naturaleza pública, son extrapolables las mismas consideraciones generales ya anteriormente destacadas cuando se analizó la pena de multa y la prohibición para contratar con el sector público. Es por ello por lo que el análisis comparado que sigue debe situarse en un escenario legislativo muy distinto en cada país en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con carácter general, y condicionado por la existencia de una normativa administrativa para hacerla responsable por actos de corrupción que, en ocasiones, desplaza a las previsiones penales que conviven con aquella.

Teniendo, de nuevo, presente esta premisa, la revisión del régimen penal de esta inhabilitación realizado en los sistemas jurídicos de referencia nos lleva al primer gran elemento diferenciador. Y es que esta pena no está prevista en el caso de México y de Perú, regu-

laciones que comparten un componente de afinidad, dadas las deficiencias apreciables, en general, en ambos sistemas y la escasa virtualidad práctica de sus previsiones para responsabilizar a la persona jurídica por delitos de corrupción. Por otro lado, únicamente Argentina y Chile presentan una regulación que realmente haya abordado la posibilidad de castigar a la persona jurídica por delitos de corrupción, con sendas leyes promulgadas expresamente a tal efecto. Brasil se mantiene, hasta la fecha, en una longeva tramitación de reforma del CP por la que se trataría de incorporar esta cuestión.

Limitado, en consecuencia, del análisis comparado respecto de los países de referencia que sí han recogido expresamente esta inhabilitación, extensible al PLS brasileño, se aprecia un elemento común, en la medida en que los tres sistemas jurídicos han optado por atribuirle carácter facultativo. Más concretamente, parten de un régimen general de penas en el que, siendo preceptiva la imposición de una de ellas, rige la discrecionalidad en cuanto a la decisión de cuál imponer. Y en esto se colige otra afinidad entre la regulación argentina y chilena, puesto que comparten algunos de los criterios generales dirigidos al juez en esta decisión. Consignadas estas afinidades, sin duda la legislación modelo en esta cuestión es la que presenta Chile, la que cuenta con más años de existencia (pero paralelamente con muy poco rodaje judicial) y que en lo relativo a esta pena presenta un régimen donde son más destacables los aspectos valorados favorablemente para cumplir con los fines asignados para hacer frente al fenómeno de la corrupción, especialmente asociado a la delincuencia organizada transnacional. Esto se desprende de la preocupación por dotar de contenido a esta pena, aunque resulte fallido puesto que deja fuera determinadas ayudas cuya devolución o prohibición de disfrutarlas resultan trascendental para combatir la corrupción. Además, es acertado establecer un doble sistema de individualización según se trate de la prohibición futura o de la suspensión de ayudas o ventajas ya existentes. En el primer caso se recoge una fórmula de graduación e individualización sobre una base porcentual respecto de la ayuda o beneficio recibido, con varias horquillas en función de la gravedad del delito. En el segundo supuesto se acoge, obviamente, una duración temporal. En los dos casos los máximos son los suficientemente elevados para desplegar efecto disuasorio, si se tiene en cuenta que los estándares internacionales hablan de duraciones

mínimas de un año para la suspensión y tres para la inhabilitación. Y otra cuestión fundamental en la que la regulación chilena destaca frente a sus vecinas en el ámbito latinoamericano es recordar que la eficacia queda en nada si no se atiende a su ejecución, lo cual implica que el Estado tenga conocimiento de la pena impuesta.

En contraposición, Argentina, a pesar de ser más reciente en el tiempo, no ha seguido la estela de su vecina Chile, con una regulación que presenta más cuestiones problemáticas, además de carecer de reglas sobre individualización de la pena, ya que de entrada no se establece la extensión o duración de la pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere. Más afín a la regulación chilena es el PLS brasileño en algunos aspectos que presenta, concretamente la diferenciación de supuestos de la prohibición futura y la cancelación de las ayudas o beneficios ya obtenidos. Se echa en falta, no obstante, una regla específica de individualización de la pena en caso de cancelación de los privilegios estatales ya existentes, dada la posibilidad de que sea en todo o en parte. Ya que la duración temporal de la prohibición para obtener ayudas o beneficios futuros se condiciona a la pena privativa de libertad asignada a la persona física, según la gravedad del delito, sería recomendable igualmente la inclusión de porcentajes de cancelación en el mismo sentido, en los términos que regula la Ley 20393 chilena.

5.5. Regulación en Colombia

En ausencia, hasta la fecha, de que se incorpore al derecho penal colombiano la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el Proyecto de Ley 178 (2020) ha dado un paso atrás respecto de su precedente, el Proyecto de Ley 117 (2018), al eliminar del catálogo de penas principales aplicables a las personas jurídicas previstas en el art. 13 la “pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de estos por un período determinado”. Este frustrado proyecto definía los beneficios fiscales como “aquellos que otorga el Estado o sus organismos por concepto de exenciones, subvenciones sin prestación recíproca de bienes o servicios y, en especial, los subsidios para financiamiento de actividades específicas o programas especiales y gastos inherentes o asociados a la realización

de estos, sea que tales recursos se asignen a través de fondos concursables o en virtud de leyes permanentes o subsidios, subvenciones en áreas especiales o contraprestaciones establecidas en estatutos especiales y otras de similar naturaleza”. En cuanto a su duración es exclusivamente temporal, por el mismo tiempo que esté prevista la pena de prisión en el delito por el cual fue condenada la persona jurídica. De nuevo se produce aquí una confusión entre la determinación de la pena de la persona física, en este caso, la privativa de libertad, y la duración de esta inhabilitación especial, lo que puede tener disfuncionalidades entre la gravedad del delito por el que se castiga a la persona física y la jurídica.

Por otro lado, de la redacción del art. 100G del Proyecto 117 (2018) nada impedía que la pérdida parcial o total de beneficios fiscales o la prohibición absoluta de su recepción pudiera imponerse como pena única a la persona jurídica o junto con otra u otras de las otras penas previstas.

Dada la situación legislativa actual colombiana, no es posible realizar un análisis comparado, puesto que el proyecto de 2018 que sí preveía la pérdida de beneficios o ayudas estatales ha quedado eliminada en el proyecto de 2020. Consecuentemente, no existe especificidad alguna sobre esta pena, con carácter general y, particularmente, en relación con los actos de corrupción asociados a la delincuencia organizada transnacional.

6. ESTRATEGIA POLÍTICO CRIMINAL PARA AMÉRICA LATINA Y PARA COLOMBIA

Tal y como se ha expuesto, no se aprecia una posición común en los países de América Latina en relación con el tratamiento jurídico-penal de la criminalidad de las personas jurídicas, en general, y particularmente en relación con el fenómeno de la corrupción. Existen, en este sentido, grandes disparidades en esta cuestión, conviviendo en los países de este ámbito geográfico fórmulas legislativas en las que únicamente es posible sancionar a la persona jurídica administrativamente, junto a otros en los que conviven la respuesta administrativa con la pena, pero bajo regímenes de aplicación con

escasa o nula afinidad. Con todo, puede decirse que el ámbito de las concretas sanciones imponibles a las personas jurídicas es en el que, parcialmente, se constata una menor divergencia, fundamentalmente en el caso de la pena de multa y de la suspensión para participar en procesos de licitación, adjudicación o contratación con los organismos del Estado. La excepción la constituye la inhabilitación o suspensión para recibir ayudas o subvenciones públicas, desconocida en gran parte de las regulaciones nacionales analizadas. Esto no nos debe llevar a confusión, puesto que, a pesar de la coincidencia en cuanto a la naturaleza de la pena, de nuevo surgen las divergencias en los principales aspectos que determinan su idoneidad en el marco de una estrategia anticorrupción.

Teniendo en cuenta, por tanto, el contexto legislativo existente en Colombia y los países de referencia analizados, dentro y fuera de América Latina, en lo que sigue se propondrán algunas estrategias y medidas, generales y específicas, que se circunscriben a la órbita penal, pero que necesariamente exigen combinarse con otras que incidan, fundamentalmente, en la esfera administrativa, como complemento indispensable para abordar con carácter global una estrategia anticorrupción realmente eficaz vinculada al crimen organizado transnacional.

6.1. Propuesta de estrategia para América Latina

6.1.1. Impulsar la armonización del régimen sancionador de la persona jurídica, en especial el reconocimiento de su responsabilidad penal

En una primera observación general, la disparidad en el tratamiento del fenómeno contra la corrupción, con distintos regímenes de sanción aplicables a las personas jurídica, penal y administrativo, pero también en el primer caso, en ocasiones, con distintos elementos configuradores, distorsiona el mensaje que se quiere transmitir a las empresas de que se conviertan en buenas personas jurídicas y debilita el efecto preventivo general y especial al que se orientan las sanciones penales legalmente previstas en los sistemas jurídicos del ámbito latinoamericano.

Por ello, la estrategia de acción en materia de penas principales y accesorias debe incardinarse en el marco de un posicionamiento general común en la región de América Latina sobre el castigo penal de las personas jurídicas. En este sentido, son en buena medida extrapolables algunas estrategias de acción generales que ya se apuntaron en el capítulo anterior al tratar las circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes. Concretamente, la necesidad de impulsar a nivel de la OEA la armonización de los regímenes sancionatorios en la materia, especialmente el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido, se recordará que no existe obligación a nivel internacional de hacer penalmente responsable a la persona jurídica en el marco de una estrategia anticorrupción, aspecto que dependerá de la tradición jurídica de cada país, si bien no puede ocultarse la *vis* atractiva que están teniendo los ordenamientos jurídicos que sí la han consagrado, dentro y fuera del ámbito latinoamericano. No obstante, los impedimentos constitucionales y dogmáticos que pudieran esgrimirse para ello no debieran ser obstáculo para que, en la búsqueda de un consenso de mínimos, el régimen sancionador aplicable, sea o no penal, y, en lo que aquí interesa, la sanción imponible, no comparta las mismas claves regulatorias, conforme a un modelo donde la autorregulación empresarial ocupe un lugar central al margen de las discrepancias sobre su naturaleza jurídica.

6.1.2. Unificar los distintos regímenes jurídico-penales aplicables a las personas jurídicas existentes, en su caso, en el derecho interno de cada país, en especial en relación con las penas imponibles

A mayores, la compatibilización de las disposiciones sancionatorias deviene aún en más necesaria cuando se trata de países en los que ya convive la vía de sanción administrativa con la penal, con la paradoja de que compartiendo en buena medida el catálogo de sanciones en ambos casos, pueden someterse a presupuestos de aplicación no coincidentes en función del delito involucrado y, en consecuencia, de la normativa aplicable. Si bien la existencia de estas disparidades internas no es extensible a todos los países latinoamericanos, puesto que depende de la particular trayectoria legislativa que haya tenido,

una estrategia común para abordar la criminalidad empresarial en relación con la corrupción debe pasar por eliminar las disfuncionalidades existentes, en su caso, a nivel interno. Pero debe advertirse que no se trata realmente de unificar las previsiones legales en un único cuerpo normativo, sino de unificar los criterios y requisitos por los que se compromete la responsabilidad penal de la persona jurídica en cada uno de esos cuerpos normativos.

En lo que atañe al régimen de penas aplicables a las personas jurídicas conviene destacar que las disfuncionales no operan tanto en relación con el catálogo de penas previstos en uno y otro caso, si bien aquí podría situarse el caso de México, sino fundamentalmente en lo que se refiere a los criterios para la determinación y graduación de las sanciones penales, en buena medida conectados con el fomento de la autorregulación empresarial.

6.1.3. Reforzar la centralidad de la pena de multa en el catálogo de sanciones penales, según un sistema que permita contrarrestar los beneficios ilícitos del delito

A pesar de la posición hegemónica que los organismos internacionales han atribuido a la multa como clase específica de sanción pecuniaria o monetaria que busca tanto desplegar un efecto disuasorio como privar a la persona jurídica de los beneficios ilícitos que le genera el delito, se ha constatado que su principalidad no cuenta con apoyo legal en los sistemas jurídicos del entorno latinoamericano. Más allá de declaraciones de intención sobre esta cuestión por parte de las autoridades nacionales, sería conveniente reforzar legislativa y judicialmente el carácter central de la multa en casos de corrupción, en especial cuando se asocian al crimen organizado transnacional.

A este respecto, solamente un sistema de multa que se determine proporcionalmente en función de las ganancias o beneficios ilícitos que ha generado el delito puede servir como herramienta político criminal eficaz. Se ha podido apreciar que en este punto existen diversas fórmulas, algunas con muy escasa rentabilidad en términos de eficacia preventiva, mientras que otros, sin partir estrictamente de un sistema de multa proporcional al beneficio, posibilitan tenerlo

en consideración. Sin restar el carácter preferente de una cuantificación proporcional a aquel, la búsqueda de un consenso de mínimos habrá de aceptar que solo una fórmula que posibilite incorporar en la cuantificación de la multa el beneficio ilegal producido se mostrará adecuada para responder eficaz, disuasoria y proporcionalmente al delito de corrupción, que encuentra en el elemento económico la raíz de su perpetración.

Con todo, la finalidad de la multa proporcional, o sistema equivalente, puede verse frustrada en los casos en los que el beneficio no puede ser cuantificado, de manera que para también debe preverse un sistema de determinación y cuantificación alternativo, gran ausente en las regulaciones latinoamericanas analizadas que siguen estrictamente un sistema de multa proporcional, como Argentina, de manera que finalmente resulte de aplicación el que establezca la cantidad más elevada, bien mediante la fijación de una cuantía predeterminada, bien conforme a un sistema que atienda a los ingresos brutos que genere la empresa, o bien mediante un sistema de días multa.

6.1.4. Valorar la conveniencia de introducir criterios específicos en la de determinación y graduación de las penas

Vinculado con el reforzamiento del carácter central de la multa para dar respuesta a los delitos de corrupción, se ha advertido que, en general, las legislaciones penales son tremendamente parcas a la hora de establecer criterios y pautas específicas en la decisión del juez sobre qué concreta o concretas penas imponer y su graduación. De nuevo, no existe una única vía para reducir la discrecionalidad judicial en esta cuestión. Pero parece que no puede limitarse a la enumeración de una serie de factores generales, por muy importantes que, efectivamente, estos sean, como lo son la gravedad del hecho, tamaño, naturaleza y capacidad económica de la persona jurídica, así como otros elementos vinculados con el *compliance* (incumplimiento de medidas o controles internos, reparación del daño, comportamiento posterior de la entidad, entre las más habituales). Definida la multa como pena principal aplicable, según la estrategia de acción expuesta previamente, sería conveniente establecer pautas específi-

cas que orienten al juez sobre la necesidad en el caso concreto de imponer una o varias penas y su naturaleza, por lo demás ya existentes en el régimen administrativo aplicable a las personas jurídicas, como se aprecia en el caso mexicano en relación con algunas de las sanciones previstas. Esto resulta de especial significación tratándose de la prohibición o inhabilitación referida a la participación en procesos de licitación, adjudicación y contratación pública y la prohibición para recibir ayudas, subvenciones o beneficios públicos, en la medida que se señale bajo qué circunstancias esta pena resulta imprescindible para dar respuesta a todo el desvalor del hecho punible.

6.1.5. Valorar la introducción en el catálogo de penas de la prohibición o inhabilitación para obtener ayudas, subvenciones o beneficios públicos

Esta pena aparece como una de las grandes desconocidas en el derecho comparado, a pesar de la valoración positiva que la cancelación de estos privilegios de origen público ha merecido por parte de los organismos internacionales, en particular para “cortar” los créditos de ayuda a la exportación y evitar que sean usados en las tramas de corrupción organizada transnacional. En consecuencia, sería conveniente su incorporación al catálogo de penas aplicables a las personas jurídicas, bajo una fórmula omnicompreensiva de todo tipo de privilegio público que pueda ser solicitado por estas.

6.1.6. Valorar la conveniencia de mitigar la pena de exclusión de la persona jurídica de procesos de adjudicación, licitación y contratación pública mediante el instituto de la rehabilitación empresarial

Si bien la pena de prohibición, inhabilitación o suspensión de la persona jurídica, según sus distintas denominaciones, para contratar con organismos públicos resulta una pena de elevada rentabilidad disuasoria frente al fenómeno de la corrupción, tanto en su versión doméstica como, a mayores, en los sobornos producidos en el marco de las transacciones comerciales internacionales, las enormes con-

secuencias negativas que puede generar, a corto plazo, en el funcionamiento y, en última instancia, la pervivencia de la empresa y el impacto que de ello se deriva, *ad intra* (trabajadores de la empresa no salpicados por el delito) y *ad extra* (impacto en las inversiones que se realizan en los terceros países donde las empresas radican su actividad comercial), ha llevado a un replanteamiento de esta pena.

Las Recomendaciones Anti-Soborno de 2021 se adscriben a esta tendencia, de manera que, sin olvidar la necesidad de que las sanciones a las personas jurídicas resulten eficaces, disuasorias y proporcionales, y sin renunciar a la finalidad preventivo especial neutralizadora a la que se orienta la prohibición para contratar con los organismos del Estado, ello se acompase con la idea de la autorregulación empresarial. En consonancia con la filosofía dominante en cuanto a la necesidad político criminal de someter a las personas jurídicas a castigo penal, pero igualmente extensible al ámbito administrativo, sería conveniente una revisión del tratamiento legal de esta pena, dando la oportunidad de rehabilitarse si tras la condena esta pone de manifiesto un auténtico esfuerzo de corregir su situación para fomentar la integridad de la empresa.

6.2. Propuesta de estrategia para Colombia

Conviene recordar que la definición de una estrategia específica para Colombia en materia de régimen de penas principales y accesorias para las personas jurídicas se parte del hecho de que en este país aún no ha habido un reconocimiento legal a su responsabilidad penal, aunque han existido hasta la fecha dos infructuosos proyectos de ley en esta dirección, vía similar por la que en su momento optó Chile y Argentina y que culminó con la aprobación de las leyes 20393 y 27.401, respectivamente.

La reciente aprobación de la Ley 2195, de 18 de enero de 2020, que supone una revalorización de la vía administrativa frente a la penal para dar respuesta sancionadora a los delitos de corrupción, como lo demuestra el carpetazo dado al Proyecto 178 (2020), no cierra la puerta a un reconocimiento en el futuro de su responsabilidad penal, en sintonía con la estrategia de acción que se ha planteado con carácter general en el ámbito de América Latina. A este respec-

to, se cuenta en Colombia con un rico bagaje doctrinal nacional e internacional y con experiencias en el derecho comparado que, precisamente han tenido influencia directa en las propuestas legislativas presentadas en 2018 y 2020. Por ello, y aunque conviene recordar una vez más que la opción por una vía sancionatoria penal o administrativa no resulta determinante, *a priori*, para servir eficazmente como mecanismo para combatir la corrupción, sería aconsejable que Colombia se alinee con los países del entorno en los que coexisten ambos regímenes sancionatorios.

El archivado Proyecto 178 (2020), en el que queda claramente patente la influencia que han tenido en su redacción otras regulaciones dentro y fuera del ámbito latinoamericano, en especial, la española y la chilena, está en consonancia con el marco general que inspira y fundamenta la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la que el epicentro lo constituyen la adopción y ejecución de modelos de organización y gestión. Con esta carta de presentación, constituye un buen referente sobre el que seguir construyendo el debate sobre la punibilidad de las empresas, siempre en concordancia con los estándares internacionales en la materia.

En lo que respecta al régimen de penas, en particular las tres que han sido objeto de análisis en este capítulo, algunos aspectos deberían ser, con todo, objeto de revisión en una futura reforma penal. Por un lado, a pesar de la amplitud del catálogo de penas previsto en el art. 13 del proyecto, queda fuera de él la prohibición y/o pérdida para obtener beneficios, subvenciones o ayudas públicas, algo que, por lo demás, también es extensible a otras regulaciones penales en vigencia. Sorprende que la influencia de la regulación española en este aspecto haya dejado en el olvido, querido o no, a esta pena, recomendada desde instancias internacionales para servir de freno al fenómeno de la corrupción y que, paradójicamente sí contemplaba el previo Proyecto de Ley 117 (2018) e igualmente recoge la Ley 1474 de responsabilidad administrativa por actos de corrupción por un plazo en este caso de hasta cinco años, curiosamente superior al plazo máximo que el Proyecto 178 (2020) establece para otra prohibición muy vinculada a la supresión de privilegios públicos, esto es, la inhabilitación para contratar con el sector público. Lo que evidencia de nuevo la necesidad de compatibilizar los regímenes sancionato-

rios de cada país, en los términos anteriormente señalados. A pesar de lo anterior, Colombia es el único país que, aunque circunscrito a una propuesta legislativa archivada, ha tomado en consideración la posibilidad de que la empresa se rehabilite, bajo determinados requisitos que se vinculan con el *compliance* empresarial, como no podía ser de otra manera, cuando es condenada a la inhabilitación para contratar con el sector público, circunstancia que tampoco ha tenido reflejo hasta el momento en la normativa administrativa.

Fuera del campo de las prohibiciones e inhabilitaciones, sería conveniente una revisión general del régimen de cuantificación de la multa si en el futuro se retoma la tramitación parlamentaria para el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por un lado, porque de nuevo se está ante un aspecto en el que se ponen de manifiesto las divergencias existentes entre la vía sancionadora administrativa y penal, dado que en el primero se recurre a un sistema en el que la pena puede alcanzar un máximo de hasta doscientos mil salarios mensuales, mientras que el proyecto ha preferido optar por un régimen de cuantificación sin afinidad en el resto de países del entorno latinoamericano, en atención a los ingresos brutos anuales que la persona jurídica condenada hubiera tenido en el año inmediatamente anterior a su condena. Aquí reside el segundo aspecto a replantear. Este régimen de cuantificación parece considerar los beneficios ilegales en la medida en que se traducen en un incremento de los ingresos que la comisión delictiva le genera. No obstante, no siempre tiene que existir una correlación entre estos ingresos y los beneficios ilícitos que el delito genera, por diversos motivos, entre ellos porque lo así cuantificado puede constituir una pequeña parte del beneficio total, dado que no suele acotarse a un periodo de tiempo tan limitado y, además, una vez el proceso penal está abierto.

En conclusión, de todo lo anterior, las estrategias y medidas que se han planteado se hallan condicionadas por el panorama legislativo existente en la actualidad en Colombia, por lo que únicamente es posible referirse a ellas en el marco de un futuro replanteamiento de la opción penal como herramienta represiva y preventiva contra la corrupción.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

Argentina

- Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba. (2002). Sala B. “Cuerpo de Fotocopias en autos Región Aduanera Córdoba s/Denuncia Contrabando”-Expte. N° 5-R-01 en Indumed SRL. 17 de mayo de 2002.
- Tribunal Fiscal de la Nación. (2003). Sala E. “Peugeot Citroën Argentina S.A. c/D.G.A. s/recurso de apelación”-Expte. N° 17.599-A. 12 de mayo de 2003.

Chile

- Juzgado de Garantía de Santiago. (2013). 3° Juzgado. *Caso Ceresita*. “Ministerio Público con Reyes”. RIT 157-2012, RUC 1101272897-4. 30 de abril de 2013.
- Juzgado de Garantía de Talca. (2013). *Caso Salmones Colbún*. “Ministerio Público con Rojas”. RIT N° 9211-2012, RUC N° 1201092968-5. 12 agosto 2013.
- Juzgado de Garantía de Chillán. (2014). *Caso Maggi*. “Fisco de Chile con Eadez”. RIT N° 1104-2011, RUC N° 1000854916-3. 14 de abril 2014.
- Juzgado de Garantía de Santiago. (2015). 7° Juzgado. *Caso Pehuenche*. “Ilustre Municipalidad de Santiago con Droguett”. RIT N° 11862-2014, RUC N° 1400129785-7. 19 agosto 2015.
- Juzgado de Garantía de Santiago. (2016). 8° Juzgado. *Caso Universidad del Mar*. “Ministerio Público con Luis Eugenio Díaz”. RIT N° 4799-2012, RUC N° 1200084351-0. 2 de junio de 2016.

España

- Tribunal Supremo. (2017). Sala 2ª. Sentencia n°. 583/2017. Ponente: Antonio del Moral García. 19 de julio de 2017.
- Tribunal Supremo. (2018). Sala 2ª. Sentencia n°. 746/2018. Ponente: Antonio del Moral García. 13 de febrero de 2019.
- Tribunal Supremo. (2020). Sala 2ª. Sentencia n°. 496/2020. Ponente: Eduardo de Porres Ortiz de Urbina. 8 de octubre de 2020.
- Tribunal Supremo. (2020). Sala 2ª. Sentencia n°. 118/2020. Ponente: Antonio del Moral García. 12 de marzo de 2020.
- Tribunal Supremo. (2020). Sala 2ª. Sentencia n°. 296/2020. Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar. 10 de junio de 2020.

Tribunal Supremo. (2021). Sala 2ª. Sentencia n°. 542/2021. Ponente: Susana Polo García. 21 de junio de 2021.

Tribunal Supremo (2021). Sala 2ª. Sentencia n°. 833/2021. Ponente: Manuel Marchena Gómez. 29 de octubre de 2021.

Estados Unidos

Corte de Distrito Este de Nueva York (2016). *United States of America vs. Odebrecht S.A.* (16-cr-643). 17 de abril de 2017.

Corte de Distrito Sur de Nueva York. (2019). *United States of America vs. Telefonaktiebolaget LM Ericsson* (19-cr-00884). 20 de diciembre de 2019.

Corte de Distrito de Columbia. (2020). *United States of America vs. Airbus SE* (20-cr-00021). 31 de enero de 2020.

Corte de Distrito Este de Nueva York. (2020). *United States of America vs. The Goldman Sachs Group, INC.* (20-cr-437). 22 de octubre de 2020.

Perú

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. (2009). Acuerdo Plenario n°. 7-2009/cj-116. 13 de noviembre de 2009.

Doctrina

Barquín Sanz, J. (2021). “Responsabilidad criminal corporativa en el marco de la corrupción política. Penas aplicables: Normativa y jurisprudencia”. En: Morillas Cuevas, L. (ed.). *Respuestas jurídicas frente a la corrupción política*. Madrid: Dykinson. Pp. 323-381.

Baucells I Lladós, J. (2013). “Las penas previstas para la persona jurídica en la reforma penal de 2010: un análisis crítico. *Estudios Penales y Criminológicos*. Núm. 33. Pp. 175-218.

Blanco, H. (2015). “Art. 304. Responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Revista Pensamiento Penal*. Pp. 1-30. <https://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/41022-art-304-responsabilidad-penal-personas-juridicas>.

Cesano, J. D. (2022). “Entre modelos y compromisos: la Ley de responsabilidad penal empresaria argentina (n° 27.401). Consideraciones comparatistas y político criminales”. En: Garrido Carrillo, F. J. & Faggiani, V. (eds.). *Respuesta institucional y normativa al crimen organizado. Perfiles estratégicos para una lucha eficaz*. Pamplona: Aranzadi. Pp. 449-481.

- Dopico Gómez-Aller, J. (2018). "Tema 4. Responsabilidad penal de las personas jurídicas". En: de la Mata Barranco, N.; Dopico Gómez-Aller, J.; Lascuráin Sánchez, J.A. & Nieto Martín, A. *Derecho Penal económico y de la empresa*. Madrid: Dykinson. Pp. 129-168.
- Faraldo Cabana, P. (2017). "¿Es la multa una sanción apropiada para las personas jurídicas?". En: Neira Pena, A. & Pérez-Cruz Martín, A. (eds.) *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi. Pp. 303-332.
- Feijóo Sánchez, B. (2016). "Las consecuencias jurídicas del delito". En: Bajo Fernández, M., Feijóo Sánchez, B. & Gómez-Jara Díez, C. (eds.). *Tratado de responsabilidad penal de personas jurídicas: adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal. 2º ed.* Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi. Pp. 273-296.
- Goena Vives, B. (2017). *Responsabilidad penal y atenuantes de la persona jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- Mir Puig, S. (2014). "Las nuevas 'penas' para personas jurídicas. Una clase de penas sin culpabilidad". En: Mir Puig, S., Corcoy Bidasolo, M. & Gómez Martín, V. (eds.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Madrid: Edisofer. Pp. 3-14.
- Nieto Martín, A. (2008). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel.
- Nieto Martín, A. (2017). "Empresas, víctimas y sanciones restaurativas: ¿cómo configurar un sistema de sanciones para personas jurídicas pensando en sus víctimas?". En: de Hoyos Sancho, M. (ed.). *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi. Pp. 315-330.
- Prado, C. (2018). "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sistema Argentino de Información Jurídica". Pp. 1-10. <http://www.saij.gob.ar/carolina-prado-responsabilidad-penal-personas-juridicas-dacfl90099-2018-04-04/>.
- Roca de Agapito, L. (2014). "Sanciones aplicables a las personas jurídicas". En: Ontivero Alonso, M. (ed.). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 371-412.
- Silva Sánchez, J. M. (2021). "¿'Quia peccatum est' o 'ne peccetur'? Una modesta llamada de atención al Tribunal Supremo". *Indret*. Núm. 1. Pp. 4-9.
- Valeije Álvarez, I. (2018). "La prohibición de contratar en el sector público y otras consideraciones accesorias". *Estudios Penales y Criminológicos*. Núm. 28. Pp. 479-545.

Xavier Januário, T. F. (2020). “El modelo brasileño de responsabilidad penal para entidades jurídicas: un comentario de la Ley 9.605/98 y el nuevo Código Penal”. En: Demetrio Crespo, E., Caro Coria, D. C., Escobar Bravo, M. E. (eds.). *Problemas y retos actuales del Derecho penal económico*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2020. Pp. 15-23.

Zúñiga Rodríguez, L. (2009). *Bases de un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Cizur Menor: Navarra.

Informes, resoluciones y otros documentos

Fiscalía General del Estado. (2011). “Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010”. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2011-00001>.

OCDE. (2004.) “Grupo de Trabajo contra la Corrupción”. *Mexico. Phase 2. Report of the application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 1997 Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions*. <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/33746033.pdf>.

OCDE. (2007). “Grupo de Trabajo contra la Corrupción”. *Mexico. Phase 2. Follow-up Report on the Implementation of the Phase 2 Recommendations*. <https://www.oecd.org/mexico/38376307.pdf>.

OCDE. (2009). “Grupo de Trabajo contra la Corrupción”. *Chile. Phase 1ter. Review of Implementation of the Convention and 1997 Recommendation*. <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/43902840.pdf>.

OCDE. (2011). “Grupo de Trabajo contra la Corrupción”. *Phase 3 Report on Implementing the OECD Convention Anti-Bribery Convention in Mexico*. <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Mexicophase3reportEN.pdf>.

OCDE. (2012). “Grupo de Trabajo contra la Corrupción”. *Phase 3 Report on Implementing the OECD Convention Anti-Bribery Convention in Spain*. <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Spainphase3reportEN.pdf>.

OCDE. (2014). “Grupo de Trabajo contra la Corrupción”. *Mexico: Follow-up to the Phase 3 Report & Recommendations*. <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/MexicoPhase3WrittenFollowUpEN.pdf>.

OCDE. (2018). “Grupo de Trabajo contra la Corrupción”. *Implementing the OECD Anti-Bribery Convention. Phase 4 Report. Chile*. <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/chile-phase-4-follow-up-report.pdf>.

OCDE. (2019). “Grupo de Trabajo contra la Corrupción”. *Implementing the OECD Anti-Bribery Convention. Phase 1bis Report. Argentina*. <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Argentina-Phase-1bis-Report-ENG.pdf>.

- OEA. (2021). “Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción”. *República del Perú. Informe final. 11 de marzo de 2021*. http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/mesicic6_per_final_esp.pdf.
- ONU. (2012). “Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”. *Segunda edición revisada*. https://www.unodc.org/lpomex/uploads/documents/Publicaciones/Corrupcion/Guia_legislativa.pdf.
- ONU. (2013). “Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción”. *Guía de recursos sobre medidas estatales para reformar la integridad empresarial*. https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2014/14-04939_eBook_S.pdf.
- ONU. (2013). “Guidebook on anti-corruption in public procurement and the management of public finances”.
- Presidencia de la República. (2015). “Informe Final del Consejo Asesor Presidencial contra los conflictos de interés, el tráfico de drogas y la corrupción”. <http://archivospresidenciales.archivonacional.cl>.

4. ESPECIALIDADES DEL SISTEMA COLOMBIANO

Capítulo 7

***La responsabilidad de las personas
jurídicas por su intervención en
el delito: el caso colombiano***

DANIEL FERNANDO JIMÉNEZ JIMÉNEZ*

1. INTRODUCCIÓN

El 27 de julio de 2018, la Superintendencia de Sociedades de Colombia impuso una multa¹ por algo más de 3.900 millones de pesos colombianos a la Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A. (Inassa), por haber pagado en 2017 la suma de 11.000 dólares por medio de su sucursal en Ecuador al ingeniero que ocupaba el cargo de Subgerente de Proyectos de la Empresa Pública del Agua para que facilitara la ejecución de tres contratos². Al iniciar su indagación preliminar, la Superintendencia tuvo en cuenta que en varias noticias de prensa escrita y hablada del mes de abril de 2017 se informaba

* Profesor de derecho penal financiero y empresarial de la maestría en derecho económico de la universidad Javeriana. Autor de los libros “El delito de exportación ficticia”, publicado por la universidad Externado; “La culpa en el derecho sancionador”, publicado por la universidad de Los Andes y “Delitos económico-financieros”, publicado por la universidad Javeriana. Redactor de la “Guía de investigación en materia de delitos de blanqueo de capitales para la República de Panamá”, publicado por UNODC. Consultor experto en Sarlaft y PTEE. Abogado y especialista en socio-economía de la universidad Javeriana. Especialista en legislación financiera y magíster en derecho de la universidad de Los Andes. Magíster en derecho penal de la universidad Externado. Diplomado en Sarlaft por la universidad Iberoamericana. <https://www.danielfjimenez.com/>.

¹ Resoluciones de la Superintendencia de Sociedades n° 200-002899 del 6 de julio de 2018 y n° 100-003275 del 27 de julio de 2018.

² Resolución de la Superintendencia de Sociedades n° 200-002899 del 6 de julio de 2018. Numeral 4.2., p. 5.

acerca del presunto pago de sobornos por parte del presidente de la matriz española de Inassa para asegurar la adjudicación de contratos públicos en América Latina, hechos que determinaron su captura por parte de las autoridades españolas, como también la del gerente de expansión³.

Posteriormente, en desarrollo de la investigación la Superintendencia encontró correos electrónicos del jefe de contabilidad y finanzas, así como registros contables, sobre pagos a nombre de su destinatario real. Estos pagos se hacían aparecer, bajo la descripción ficticia de “anticipo pago a proveedores”, como pagos efectuados al funcionario por servicios prestados antes de ingresar a la Empresa Pública del Agua. Adicionalmente, la Superintendencia entrevistó a uno de los ingenieros de la sucursal de la empresa en Ecuador, quien reconoció que los pagos efectuados al citado funcionario eran exigidos por este para desbloquear la situación en la que se encontraban los aludidos contratos⁴. Ante estos elementos probatorios, la sociedad decidió aceptar el cargo, suministró información relevante y adoptó un PTEE⁵ (si bien precisó que ni las actuales directivas ni los accionistas habían participado en los hechos), lo que hizo que la Superintendencia disminuyera la cuantía de la multa, para cuya tasación tuvo en cuenta que los contratos finalmente liquidados le generaron pagos a Inassa por valor cercano a los 14.5 millones de dólares y que su patrimonio neto era para entonces cercano a los 240.000 millones de pesos colombianos⁶.

³ Resolución de la Superintendencia de Sociedades n° 200-003317 del 8 de septiembre de 2017. Numeral 10, p. 2, mediante la cual se decretó la apertura de la indagación preliminar.

⁴ Resolución de la Superintendencia de Sociedades n° 200-002899 del 6 de julio de 2018. Numeral 4.1., letra c), p. 3.

⁵ Programa de Transparencia y Ética Empresarial contra el soborno transnacional y la corrupción, que la Superintendencia de Sociedades obliga a adoptar a algunos de sus vigilados dependiendo de su volumen de activos o ingresos y/o actividad económica. (Circular 100-000011 del 9 de agosto de 2021)

⁶ Resolución de la Superintendencia de Sociedades n° 200-002899 del 6 de julio de 2018, p. 13.

Cuatro años más tarde, el 11 de marzo de 2022, la Superintendencia de Sociedades impuso una nueva multa por soborno transnacional, en esta oportunidad a Carpenter Marsh Fac Colombia Corredores de Reaseguros S.A. o CMF (antes JLT RE Colombia Corredores Colombianos de Reaseguros S.A.)⁷. En desarrollo de la indagación preliminar, se estableció que, entre 2014 y 2017, el representante legal de JLT entregó sobornos a dos altos directivos de la aseguradora estatal ecuatoriana Seguros Sucre S.A. con el fin de retener y mantener la relación comercial de reaseguros. Los sobornos fueron pagados tanto en dinero (a través de una cuenta bancaria registrada en Panamá, con la intervención de dos compañías intermediarias y con destino a cuentas bancarias abiertas en el *Bank of America* en Estados Unidos (EE.UU.) y Suiza por valor superior a 4.200.000 dólares), como en especie (como boletos de ingreso al torneo de Wimbledon con los correspondientes tiquetes aéreos y hospedaje para el funcionario y su esposa, amén de viajes a Londres, Miami y Madrid, boletos de teatro y cenas valoradas en algo más de cien mil dólares)⁸.

En diferentes oportunidades, empleados de JLT, incluida la Jefe de Finanzas y la auditoría interna, cuestionaron la viabilidad de realizar dichos pagos, a pesar de lo cual el citado representante legal no ofreció mayores explicaciones y se amparó en la autoridad de su cargo para continuar con esta práctica, llegando incluso a suscribirse, a estos efectos, un contrato prefechado con una compañía asociada. Posteriormente, la representante legal de CMF reportó al Departamento de Justicia de EE.UU. que había identificado pagos que contrariaban sus políticas y procesos de aprobación. Como consecuencia de ello, en febrero y marzo de 2020, se presentaron cargos de conspiración para cometer lavado de dinero en los EE.UU. en contra del representante legal de Seguros Sucre, quien en el 4 de agosto de 2020, se declaró culpable de un cargo de conspiración para lavar activos, siendo sentenciado el 27 de febrero de 2021 a 72 meses en prisión

⁷ Resoluciones de la Superintendencia de Sociedades n° 200-003834 del 11 de marzo de 2022 y n° 200-010118 del 31 de mayo de 2022.

⁸ Resolución de la Superintendencia de Sociedades n° 200-003834 del 11 de marzo de 2022. Tabla 5, p. 19.

y tres años de libertad condicional, ante lo cual decidió entregarse voluntariamente el 26 de abril de 2021⁹.

Fue a raíz de lo anterior que la Superintendencia de Sociedades abrió un procedimiento sancionatorio que culminó con la mencionada resolución de 11 de marzo de 2022, en la que se declara a Carpenter Marsh Fac Colombia Corredores de Reaseguros S.A., responsable administrativamente por la conducta de soborno transnacional, pese a que esta fue cometida cuando operaba bajo la razón social JLT Re Colombia Corredores de Reaseguro S.A., y antes de la operación internacional de compra del Grupo JLT por parte de Marsh & Mcleennan Companies, toda vez que el despacho advirtió que se trataba de la misma persona jurídica, aun cuando existió un cambio de propiedad y de administración. Así mismo, para la dosificación de la multa, la Superintendencia tuvo en cuenta: (a) la capacidad patrimonial de la sociedad al 31 de diciembre 2021 (53.490 millones de pesos colombianos); (b) el valor de los sobornos (4.274.286 dólares); (c) los beneficios obtenidos de las pólizas colocadas por JLT Re Colombia a nombre de Seguros Sucre (6.295 millones de pesos colombianos); (d) la inexistencia de un PTEE en la empresa; (e) la aportación por parte de CMF de información relevante que permitió el esclarecimiento de los hechos y particularmente (f) que dicha información fue entregada de manera posterior a la iniciación de la actuación administrativa. A la luz de lo anterior, la Superintendencia rebajó la multa de 16.000 millones de pesos colombianos originalmente impuesta a poco más de la mitad¹⁰.

Estos casos constituyen algunos de los ejemplos de aplicación del régimen colombiano de responsabilidad de las personas jurídicas (RPJ) por su intervención en delitos de soborno, al tiempo que reflejan el tipo de contribuciones empresariales que caracterizan, con frecuencia, su comisión.

A la luz de lo anterior, el presente capítulo tiene por objeto analizar cómo se ha desarrollado legislativa y jurisprudencialmente dicho

⁹ Resolución de la Superintendencia de Sociedades n° 200-003834 del 11 de marzo de 2022, p. 32.

¹⁰ Resolución de la Superintendencia de Sociedades n° 200-003834 del 11 de marzo de 2022. Numeral 8.2.1., p. 45.

régimen, con particular atención a la evolución de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y a los distintos intentos, sin éxito hasta el momento, por introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ) en la normativa colombiana.

Para ello, el texto presenta la siguiente estructura. En la sección 2 se analiza el marco jurídico internacional sobre la RPJ aplicable en Colombia, para, a continuación, analizar en la sección 3 la evolución normativa y jurisprudencial del ordenamiento jurídico colombiano sobre la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por su intervención en delitos. Posteriormente, en la sección 4 se abordan los repetidos fracasos por incorporar la RPPJ en la legislación colombiana, ya sea como consecuencia de las declaraciones de inconstitucionalidad de las disposiciones relevantes, o por la no aprobación de los proyectos de ley presentados ante el Senado o la Cámara a este respecto. Finalmente, en la sección 5 se recogen brevemente las principales conclusiones alcanzadas en el capítulo y una serie de recomendaciones dirigidas al legislador colombiano.

2. EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL APLICABLE EN COLOMBIA

En cuanto al marco jurídico internacional aplicable en Colombia, destaca la Convención de las Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo (1999)¹¹ (CNURFT), en cuyo art. 5(1) se insta a los Estados Parte a que establezcan la responsabilidad de las personas jurídicas cuando una persona natural responsable de su dirección o control cometa, en esa calidad, un delito relacionado con la financiación del terrorismo. Esa responsabilidad puede ser penal, civil¹² o administrativa y debe aplicarse sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas naturales que hayan cometido los delitos.

¹¹ Aprobada en Colombia mediante la Ley 808 de 2003.

¹² Más adelante respecto de la responsabilidad civil se cita la sentencia CSJ SP, 11 abril 2012, Rad. 33085, citada en la sentencia Corte Suprema de Justicia Sala Penal. Sentencia No. 39070 de 2014. Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández.

Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000)¹³ (CNUDOT o Convención de Palermo) insta en su art. 10 a los Estados Parte para que establezcan la RPJ por su “participación” en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado. Para los propósitos de la Convención, delito grave es aquel que genera una privación de libertad de al menos cuatro años. En este ámbito, la RPJ también puede ser de índole penal, civil o administrativa y debe aplicarse sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos.

Además, en el art. 31 se promueve la prevención de la utilización indebida de personas jurídicas por parte de grupos delictivos organizados, para lo cual los países deben incluir medidas como las siguientes: (a) la inhabilitación para actuar como directores de personas jurídicas a las personas condenadas por delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado; y (b) el establecimiento de registros nacionales de personas inhabilitadas para actuar como directores de personas jurídicas.

El art. 26 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003)¹⁴ (CNUCC o Convención de Mérida) reitera lo señalado en las dos anteriores, promoviendo la RPJ por su participación en los delitos de soborno a empresarios y a funcionarios públicos nacionales y extranjeros, peculado, tráfico de influencias, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, malversación de recursos privados y lavado del producto del delito. Así mismo, según la CNUCC, la responsabilidad puede ser de índole penal, civil o administrativa y procede sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan cometido los delitos.

El art. 2 de la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros (1997)¹⁵ (Convención OCDE) propugna específicamente la consagración de la RPPJ, si bien exclusivamente en relación con el hecho de ofrecer, prometer o conceder

¹³ Aprobada en Colombia mediante la Ley 800 de 2003.

¹⁴ Aprobada en Colombia mediante Ley 970 de 2005.

¹⁵ Aprobada mediante Ley 1573 de 2012.

cualquier ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero y subsidiariamente por sanciones de carácter no penal, incluidas las sanciones monetarias.

Finalmente, el apartado 7(c) de la Nota Interpretativa a la Recomendación 3 del Grupo de Acción Financiera Internacional para América Latina (GAFILAT)¹⁶ establece que los países deben asegurarse de que se apliquen sanciones penales a las personas jurídicas, y, cuando ello no sea posible, que se les impongan sanciones civiles o administrativas, en relación con las actividades de lavado de activos, financiación del terrorismo y proliferación de armas de destrucción masiva.

3. LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR SU INTERVENCIÓN EN EL DELITO: EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA

3.1. La Ley 365 (1997) contra la delincuencia organizada

En el art. 2 de la Ley 365 (1997) se ordenó adicionar un art. 61-A al Decreto 2700 de 1991 correspondiente al entonces vigente Código de Procedimiento Penal, con el siguiente texto:

¹⁶ “El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) es el organismo de vigilancia mundial del lavado de dinero y la financiación del terrorismo. El organismo de 39 miembros establece estándares internacionales para garantizar que las autoridades nacionales puedan perseguir eficazmente los fondos ilícitos vinculados al tráfico de drogas, el comercio ilícito de armas, el fraude cibernético y otros delitos graves. En total, más de 200 países y jurisdicciones se han comprometido a implementar los Estándares del GAFI como parte de una respuesta global coordinada para prevenir el crimen organizado, la corrupción y el terrorismo. El GAFI se creó en 1989 y tiene su sede en París.”. <https://www.fatf-gafi.org/en/the-fatf/who-we-are.html> Colombia hace parte del Gafilat, esto es el capítulo Latinoamericano del Gafi, desde el 8 de diciembre de 2000 cuando el Ministro de Justicia suscribió el correspondiente Memorando de Entendimiento Constitutivo, el cual fue aprobado mediante Ley 1186 de 2008.

Cancelación de personería jurídica de sociedades u organizaciones dedicadas al desarrollo de actividades delictivas o cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público. Cuando en cualquier momento del proceso el funcionario judicial encuentre demostrado que se han dedicado total o parcialmente personas jurídicas, sociedades u organizaciones al desarrollo de actividades delictivas, ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la cancelación de su personería jurídica o al cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público.

En el año 1996, el Ministerio de Justicia hizo llegar a la Superintendencia Bancaria el proyecto de lo que luego sería la Ley 365. En la versión preliminar de este artículo no aparecía la frase “previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello”. Sin esta frase, la decisión de suspender y de cancelar la personería jurídica de una entidad financiera, por ejemplo, quedaba al arbitrio del juez penal, quien para hacerlo tan solo tendría que tener en cuenta su dedicación incluso parcial al desarrollo de actividades delictivas, sin considerar la protección del ahorro del público, ni la estabilidad del sistema financiero que podrían verse sensible y nocivamente afectados con la suspensión y con mayor razón con extinción de la personería de una entidad financiera.

Por fortuna, el Ministerio acogió la propuesta de inclusión de esta frase que hicimos desde la Superintendencia Bancaria¹⁷ y el Congreso de la República en el decurso legislativo la mantuvo incólume.

Por consiguiente, cuando el intérprete se pregunte cuáles son “los requisitos legales establecidos”, deberá indagar en la Circular Básica Jurídica de la correspondiente superintendencia cuáles son los requisitos que debe cumplir el superintendente de marras para proceder a la cancelación de la personería de alguna de sus entidades vigiladas. De lo que se trata es de que la cancelación de la personería jurídica no proceda automática e inmediatamente por virtud de la orden judicial, sino que previamente actúe la autoridad administrativa competente, para asegurarse de que se amparan derechos de terceros de buena fe, como los de los citados ahorradores, o bien los de sus contrapartes.

¹⁷ En aquel momento me encontraba a cargo de la dirección de la Unidad de Prevención de Lavado de Activos de la entonces Superintendencia Bancaria.

Valga mencionar, como se denota en la evolución normativa subsiguiente, que esta disposición veinticinco años después se mantiene vigente en lo esencial, pero también que no existe rastro preciso que permita evidenciar su aplicación efectiva. Tan solo consta lo siguiente en el Informe de Evaluación Mutua de Cuarta Ronda de la República de Colombia que hiciera en 2018 el Fondo Monetario Internacional (FMI) para el GAFILAT: “En las condenas analizadas, estas sanciones rara vez se han impuesto, excepto en algunos casos complejos en los que el juez ordenó la extinción de la persona jurídica”¹⁸. Lamentablemente, el FMI no dejó consignado en su informe datos sobre aquellos casos complejos que cita. Si existiera registro de estos casos se podría acudir a ellos para iluminar con las experiencias allí contenidas las cuestiones relativas al ejercicio de las facultades y deberes que ha discernido la ley a las diversas superintendencias.

Seguramente la escasa aplicación de la norma deriva de la dificultad que para el juez penal entraña el determinar cuándo una persona jurídica se ha dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas¹⁹. En efecto, ¿qué quiere decir “se ha dedicado”? ¿Significa que fue utilizada como un instrumento criminal por sus administradores, accionistas o por un tercero, o que la persona jurídica cumplió un papel propio en la comisión del delito? Y el “parcialmente”, ¿se refiere a que la actividad criminal no se realizó todo el tiempo, o acaso que el delito pudo haber involucrado apenas algunas de sus operaciones transacciones y contratos? O ¿Que el delito se cometió únicamente en alguna sucursal o seccional?

La falta de descripción legal, o bien de parámetros sustantivos o procesales que sirvieran para definir el contenido abstracto de la norma, evidentemente dificultan la tarea del juez penal en punto de de-

¹⁸ Pantoja Ruíz et al. (2021: 285, nota 69) relatan lo siguiente: “En el mes de noviembre de 2021 los ciudadanos María Camila Romero Varón y Juan Pablo Pantoja radicaron peticiones ante los principales Centros Judiciales y Tribunales Superiores del Distrito Judicial, sin lograr obtener un solo ejemplo de aplicación de la figura por parte de jueces colombianos”.

¹⁹ Pantoja Ruíz et al. (2021: 285), señalan lo siguiente: “Tan extraña resultaría su aplicación que inclusive esta diligencia no ha sido incluida en la “Guía Judicial para audiencias de Control de Garantías”, que publica la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla del Consejo Superior de la Judicatura”.

terminar cuándo y cómo procede declarar la responsabilidad penal de la persona jurídica, al propósito de aplicar esta medida en particular.

3.2. La Ley 600 (2000) relativa al Código de Procedimiento Penal

El art. 65 del CPP repite en lo esencial lo establecido en la anterior norma de la Ley 365 (1997):

Cancelación de personería jurídica de sociedades u organizaciones dedicadas al desarrollo de actividades delictivas, o cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público. Cuando en cualquier momento del proceso el funcionario judicial encuentre demostrado que se han dedicado total o parcialmente personas jurídicas, sociedades u organizaciones al desarrollo de actividades delictivas, ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la cancelación de su personería jurídica o al cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público.

Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-558-04, de 1 de junio de 2004 (Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández), en la que se afirma que “[...] en el entendido que los efectos definitivos de la cancelación se deben determinar en la sentencia, y mientras tanto, esta orden tiene efectos de suspensión [...]”.

3.3. La Ley 906 (2004) relativa al nuevo Código de Procedimiento Penal

El art. 91 de la Ley 906 expresa de manera similar a lo previsto en las leyes 365 (1997) y 600 (2000) lo siguiente:

Suspensión y cancelación de la personería jurídica. En cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía, el juez de control de garantías ordenará a la autoridad competente que, previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello, proceda a la suspensión de la personería jurídica o al cierre temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, de personas jurídicas o naturales, cuando existan motivos fundados que permitan inferir que se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas. Las anteriores medidas se dispondrán con carácter

definitivo en la sentencia condenatoria cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron.

El aparte que dice “[e]n cualquier momento y antes de presentarse la acusación, a petición de la Fiscalía” fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-603-16 (Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa), en el entendido de que las víctimas pueden solicitar directamente las medidas provisionales allí consignadas cuando acrediten ante el juez un interés específico para obrar, después de la formulación de la imputación. Esta decisión fue ratificada en la Sentencia C-096-17 (Magistrado Ponente Alejandro Linares Cantillo).

El siguiente párrafo fue adicionado al art. 91 en cita por el art. 4 de la Ley 2111 (2021):

Cuando se hubiese suspendido o cancelado la personería jurídica de que trata este artículo, la persona natural o jurídica estará inhabilitada para constituir nuevas personerías jurídicas, locales o establecimientos abiertos al público, con el mismo objeto o actividad económica a desarrollar, hasta que el Juez de Conocimiento tome una decisión definitiva en la sentencia correspondiente.

Esta medida, si bien es loable, en la práctica resulta inaplicable, comoquiera que no existe una base de datos unificada a nivel nacional de personerías suspendidas o canceladas a la que puedan acceder las notarías y las cámaras de comercio para enervar la nueva constitución de personerías jurídicas por parte de los mismos socios de la suspendida o cancelada²⁰. Adicionalmente, en la medida en que

²⁰ Mediante Decreto 1358 (2020) se asignó a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) el deber de pedir al Ministerio de Relaciones Exteriores que solicite a través de canal diplomático las sanciones proferidas en contra de personas naturales y/o jurídicas por autoridades extranjeras, como también que obtenga mediante interacción con el Sistema de Información de la Rama Judicial las sentencias condenatorias contra personas naturales que hayan cometido delitos contra la Administración (posteriormente mediante ley se le amplió la lista de delitos como se verá adelante). En este decreto no se le atribuyen funciones para solicitar las decisiones judiciales sobre personerías suspendidas o canceladas. Debería asignársele también este deber.

consagra una forma de responsabilidad objetiva es contraria al art. 29 de la Constitución Política de Colombia²¹, conforme al cual las garantías del debido proceso deben aplicarse en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado culpable, y quien sea acusado tiene derecho a la defensa, a un debido proceso, a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra y a impugnar la sanción. Baste pensar, por ejemplo, en la situación del socio inocente, que no ha participado en modo alguno en la actividad delictiva de la empresa y que injustamente se vería imposibilitado de salvar su negocio.

Por otra parte, la redacción de este nuevo párrafo no es buena, en cuanto no precisa con claridad quienes son sus destinatarios: ¿acaso incluye administradores y socios? ¿A todos? ¿Únicamente a los declarados culpables? ¿Cómo es que se impide constituir una nueva sociedad a aquella que ya está suspendida o cancelada y por ende carece de capacidad para actuar en derecho? ¿Y la frase “hasta que el Juez de Conocimiento tome una decisión definitiva”, sugiere de manera errada que después de la sentencia podría cesar la inhabilidad de esas personas para constituir nuevas sociedades? Esta ausencia de claridad también tiene relevancia constitucional, puesto que afecta el principio de legalidad penal, como dijera la Corte en la Sentencia C-559 de 1999 en un caso similar como se verá adelante.

3.4. La Ley 1474 (2011) por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción

En la Ley 1474 (2011) se establecían²² tres regímenes paralelos: (a) la aparente ampliación de la potestad judicial para cancelar las personerías jurídicas; (b) la atribución de potestades a la Superintendencia de Sociedades para sancionar empresas que han intervenido

²¹ En sentido similar Pantoja Ruíz y Hernández Jiménez (2023)

²² Se hace referencia aquí a lo preceptuado sobre esta materia en la Ley 1474, aunque este régimen ya no está vigente, como quiera que para los fines del presente artículo es indispensable, para efecto de conocer y comprender el decurso legislativo sobre la materia en Colombia.

en delitos; y (c) la inhabilidad “automática” para contratar impuesta a las empresas cuyos accionistas son condenados por determinados delitos.

3.4.1. La aparente ampliación de la potestad judicial para cancelar las personerías jurídicas

De una parte, en art. 34.1 de esta ley se consagraba el siguiente mandato a cargo del juez penal:

Independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar, las medidas contempladas en el art. 91 de la Ley 906 de 2004 se aplicarán a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración Pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente.

En realidad, este inciso no agregaba nada al régimen de la RPJ, comoquiera que el art. 91 de la Ley 906 (2004) implícitamente ya abarca los delitos contra la administración pública en la medida en que determina la suspensión de su personería jurídica, cuando se encuentra que la correspondiente sociedad se ha “dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas”, entendidas estas como cualquiera de las consagradas en el CP.

Adicionalmente, en el art. 34.2 se consagró erradamente la siguiente forma de responsabilidad civil:

En los delitos contra la Administración Pública o que afecten el patrimonio público, las entidades estatales posiblemente perjudicadas podrán pedir la vinculación como tercero civilmente responsable de las personas jurídicas que hayan participado en la comisión de aquellas.

Lamentablemente este texto se reprodujo prácticamente con idéntico contenido en la Ley 2195 de 2022, como se verá adelante.

Para poner de relieve la magnitud del error legislativo, bastará traer a colación lo que sobre la materia la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

[...] que los terceros civilmente responsables dentro del proceso penal, son aquellas personas naturales o jurídicas que no han participado en la ejecución del delito, pero que de acuerdo con la ley deben responder patrimonialmente por los daños causados con el delito por tener algún tipo de vinculación con los penalmente responsables. Como la ley presume la responsabilidad por los hechos ajenos basada en la culpa predicable de quien tiene a otro bajo su dependencia al presumir que el daño ocurre por la negligencia del guardián obligado a vigilar al autor del daño, se ha de acreditar además del compromiso penal del dependiente, la relación de éste con el responsable indirecto... por incurrir en la llamada culpa “in eligendo” o “in vigilando”, esto es, por falencias en la selección de sus subordinados; o en la adopción de medios destinados a evitar accidentes [...].

Y con precisión agrega la Corte:

Pero también, es dable citar a las personas jurídicas a las cuales están vinculados los comprometidos penales, siempre y cuando ese comportamiento punible se haya producido en el cumplimiento o con ocasión de sus funciones dadas por su nexos con aquellas, evento en el cual [...] su responsabilidad se enmarca en las previsiones del art. 2341 del Código Civil²³ [...] ante el daño causado por la persona jurídica a través de uno de sus agentes o representantes [...] es claro que, de acuerdo con la teoría del órgano, quien tiene la obligación de indemnizar el daño causado y contra quien se debe dirigir la acción, no sería un tercero civilmente responsable, sino un verdadero autor de la conducta lesiva de bienes jurídicos [...]²⁴.

Con respecto a la facultad en cita, consagrada en el art. 34 de la Ley 1474 (2011), que le permite al juez penal ordenar la cancelación de la personería de una persona jurídica, Ramírez (2021: 112) señala que “[...] deja un vacío frente a la falta de garantías procesales para la defensa de la empresa”. Sobre el particular es necesario poner de presente que, en efecto, la eventual decisión del juez penal en modo alguno puede proceder “*in limine*”, esto es “desde el comienzo”, o sin dar lugar a debate probatorio, sino que precisamente procede,

²³ “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

²⁴ CSJ SP, 11 abril 2012, Rad. 33085, citada en la sentencia Corte Suprema de Justicia Sala Penal. Sentencia No. 39070 de 2014. Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández.

como la propia norma matriz lo exige, esto es, el art. 91 de la Ley 906 (2004), cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable acerca de que la empresa se ha dedicado al desarrollo de actividades delictivas.

Evidentemente, en este escenario surge un nuevo problema: a las personas jurídicas se les deberá procesar conforme a las reglas establecidas en el CPP, el cual tiene como destinatarios a personas naturales, lo cual obliga a pensar que, si se persiste en consagrar la RPPJ por su participación en delitos, sería necesario redactar una parte general, un catálogo de infracciones y un estatuto procedimental específicos.

3.4.2. La atribución de potestades a la Superintendencia de Sociedades para sancionar empresas que han intervenido en delitos

De otra parte, en el art. 34.3 se consagraba el siguiente mandato a cargo de la Superintendencia de Sociedades:

[...] la Superintendencia de Sociedades podrá imponer multas de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando con el consentimiento de su representante legal o de alguno de sus administradores o con la tolerancia de los mismos, la sociedad haya participado en la comisión de un delito contra la Administración Pública o contra el patrimonio público.

La pregunta que procede aquí es la siguiente: ¿cuándo nacía esta competencia de la Superintendencia de Sociedades? Si derivaba de la decisión del juez penal, se presentaría una intromisión indebida en las funciones de una rama del poder público por parte de un órgano de otra rama, lo que haría más complejo, cuando no imposible en algunos casos, el cumplimiento de los fines de ambas.

Pero si el inicio de la actuación administrativa dependía de la decisión penal, se corría el riesgo de que por el paso del tiempo se hubiera borrado definitivamente la prueba de los hechos.

En efecto, si el inicio de la actuación administrativa dependía de la decisión penal, la caducidad de la potestad sancionatoria de la Superintendencia, que es apenas de cinco (5) años (contados a partir de la fecha de ocurrencia de los hechos o de la cesación de los mis-

mos, conforme señala el art. 235 de la Ley 222 (1995), con seguridad ya habría operado cuando finalmente recibía la actuación.

Y se presentaba otro problema: si la actuación administrativa derivaba de la decisión del juez penal lo que este debía ordenar, pues así se lo exige, incluso en la actualidad el art. 91 de la Ley 906 (2004), es que la autoridad competente procediera a la cancelación de su personería jurídica. Y entonces, la imposición de multa por parte de la Superintendencia de Sociedades debía efectuarse dejando en vilo la orden judicial de cancelación, toda vez que multar a una empresa que ya no existe sería una medida ilusoria, toda vez que la experiencia enseña que para entonces sus activos ya no estarán disponibles para garantizar su pago.

Y si esta competencia de la Superintendencia de Sociedades no derivaba de la decisión penal, entonces a la Superintendencia de Sociedades le correspondía asumir los siguientes retos: (a) probar oficiosamente la participación de una persona jurídica en la comisión de un delito contra la administración pública o contra el patrimonio público; y (b) probar que esa participación derivaba del consentimiento o de la tolerancia de alguno de sus administradores.

Ahora bien, nótese que probar el consentimiento o la tolerancia de alguno de los administradores con respecto al delito tiene un claro contenido penal. Consentir que otro cometa un delito, particularmente cuando ese otro es un subordinado y el resultado le beneficia, necesariamente convierte en copartícipe doloso a quien: (a) imparte el consentimiento; (b) conoce y quiere el resultado; o (c) tolera, permite y deja hacer algo que sabe está mal. Y el que consiente también puede ser en este último caso, también se es copartícipe por dolo eventual porque, si bien, aunque no aprueba expresamente la infracción penal, la prevé como probable y su eventual acaecimiento le resulta indiferente. En consecuencia, la defensa del que consiente o tolera, orientaría su alegato a demostrar la ausencia de dolo, llevando a alegar que sin decisión previa de la justicia penal la Superintendencia no puede emitir su fallo. En este evento la actuación de la Superintendencia es un terreno argumentativo que habría de resultarle farragoso.

Si bien la Ley 1474 entró a regir el 12 de julio de 2011 y el art. 34.3 estuvo vigente hasta el 2 de febrero de 2016 cuando fue modificado

por la Ley 1778, durante esos casi cinco años no se conoció ninguna resolución sancionatoria de la Superintendencia de Sociedades con la cual se hubiera podido dilucidar la forma en que asumió estos retos.

Nótese que la potestad sancionatoria de la Superintendencia llega hasta la imposición de multa y que, por consiguiente, no le es permitido ordenar por sí misma la extinción de la personería jurídica. Esta limitación será transversal a toda la normativa que regula la acción de las superintendencias.

3.4.3. La inhabilidad “automática” para contratar impuesta a las empresas cuyos accionistas son condenados por determinados delitos

En su art. 1, la Ley 1474 (2011) ordena que las empresas de las que sean socias las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad o por soborno transnacional, con excepción de delitos culposos, como también sus matrices y sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas abiertas, queden inhabilitadas para contratar por un término de veinte años.

A su turno, el art. 2 de la Ley 2014 (2019) amplía la inhabilidad a las empresas de las que sean socias, administradores o directores las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de conductas delictivas contempladas por las convenciones o tratados de lucha contra la corrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas que hayan sido declaradas responsables administrativamente por la conducta de soborno transnacional. Asimismo, la inhabilidad se extiende a las matrices y a sus subordinadas, a los grupos empresariales a los que estas pertenezcan cuando la conducta delictiva haya sido parte de una política del grupo y a las sucursales de sociedades extranjeras, con excepción de las sociedades anónimas abiertas²⁵.

²⁵ Como se ha señalado, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) debe recabar información sobre las sanciones proferidas en con-

Si bien es destacable el propósito del legislador de castigar estas conductas, de igual forma es de lamentar que las medidas adoptadas no tengan en cuenta los preceptos constitucionales y que no sean armónicas con otras disposiciones legales.

Al respecto valga mencionar que, en tanto el art. 34.3 de la Ley 1474 (2011) consagraba la RPJ cuando con el consentimiento de su representante legal o de alguno de sus administradores o con la tolerancia de los mismos, la sociedad hubiera participado en la comisión de un delito, el art. 1° de la misma Ley 1474 traslada “automáticamente” a las empresas la consecuencia penal del comportamiento de sus socios, administradores o directores, comoquiera que en este ya no se exige la participación de la sociedad en la comisión de delito, sino que basta que aquellos hayan cometido un delito de forma aún ajena a la sociedad, para que se le castigue a esta con la imposición de una inhabilidad. Además de esta incongruencia, ese traslado automático de responsabilidad, como ya se ha dejado consignado, es inconstitucional en la medida en que corresponde a una responsabilidad objetiva, o sin culpa, repudiada por el art. 29 de la Constitución. Con mayor razón en la medida en que el traslado se hace a las matrices, a las subordinadas y a los grupos empresariales y, peor aún, sin que haya sido objeto de desarrollo normativo, el concepto de “conducta delictiva como política de grupo”.

3.5. La Ley 1778 (2016) por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional

El art. 35 de la Ley 1778 (2016) modifica el citado art. 34 de la Ley 1474 (2011) con base en tres elementos principales: (a) el mantenimiento de la competencia de los jueces penales; (b) la ampliación de

tra de personas naturales y/o jurídicas por autoridades extranjeras, como también sobre las sentencias condenatorias contra personas naturales que hayan cometido delitos contra la Administración. En este decreto no se le atribuyen funciones para solicitar las decisiones proferidas por la Superintendencia de Sociedades por soborno transnacional. Debería asignársele también este deber.

la capacidad sancionatoria y la reducción del margen de acción de la Superintendencia de Sociedades; y (c) la asignación de otras atribuciones a la Superintendencia de Sociedades.

3.5.1. El mantenimiento de la competencia de los jueces penales

El art. 35.1 de la Ley 1778 (2016) se caracteriza por conservar el régimen a cargo de los jueces penales, al establecer lo siguiente:

Independientemente de las responsabilidades penales individuales a que hubiere lugar, las medidas contempladas en el art. 91 de la Ley 906 de 2004 se aplicarán a las personas jurídicas que se hayan buscado beneficiar de la comisión de delitos contra la Administración Pública, o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público, realizados por su representante legal o sus administradores, directa o indirectamente.

No obstante, obsérvese que la Ley 1778 (2016) no se limita a imponer la aplicación del art. 91 de la Ley 906 (2004) en determinados casos, sino que también introduce sendas adiciones relevantes. Así, en tanto el art. 91 de la Ley 906 (2004) deriva la RPJ del hecho, ciertamente abstracto como se ha dicho, de que esta se haya dedicado al desarrollo de actividades delictivas, la nueva norma, cuando se trata de delitos contra la administración pública, le impone al juez penal probar que la persona jurídica se ha buscado beneficiar de la comisión de alguno de estos delitos y también le impone el deber de probar que el correspondiente delito fue realizado por sus administradores.

Esto quiere decir que el art. 91 debe aplicarse en dos formas diferentes frente a dos eventos distintos: (a) si se trata de delitos contra administración pública se debe probar que la persona jurídica se ha buscado beneficiar con ello y que el correspondiente delito fue realizado por sus administradores; y (b) respecto de los demás delitos al juez penal le basta probar que la persona jurídica se ha dedicado total o parcialmente al desarrollo de actividades delictivas.

Debería unificarse este régimen. El trato distinto para dos personas jurídicas cuando ambas han incurrido en un delito resulta violatorio del principio de igualdad consagrado en el art. 13 de la

Constitución Política. Que una incurra en un delito contra la administración pública y la otra en uno distinto no justifica el trato diferenciado. Además, contrario a lo que sería de esperar, son más exigentes los requisitos para que se pueda proceder contra aquella que participa en un delito contra la administración pública. Y la existencia de dos regímenes paralelos, que no se justifican, genera confusión en el operador y en el destinatario de la norma.

Otros dos defectos se evidencian en esta norma: (a) no incluye la RPJ cuando se ha beneficiado de delitos realizados por alguno de sus socios, pues alude únicamente a sus administradores (el representante legal también es administrador); y (b) se refiere a los delitos relacionados con el patrimonio público olvidando que estos justamente están incorporados dentro de los delitos contra la administración pública.

Además, la errada responsabilidad civil derivada de la penal se mantiene, en cuanto aún se ordena convocar como tercero civilmente responsable a las personas jurídicas que hayan participado en la comisión del delito.

3.5.2. La ampliación de la capacidad sancionatoria y la reducción del margen de acción de la Superintendencia de Sociedades

El art. 35.3 de la Ley 1778 (2016) deroga el aparte de la Ley 1474 (2011) que decía que:

[...] la Superintendencia de Sociedades podrá imponer multas de quinientos (500) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando con el consentimiento de su representante legal o de alguno de sus administradores o con la tolerancia de los mismos, la sociedad haya participado en la comisión de un delito contra la Administración Pública o contra el patrimonio público.

Y lo reemplaza por el siguiente texto, con lo cual, si bien amplía la capacidad sancionatoria de la Superintendencia, inopinadamente reduce su margen de acción al pasar de generarle competencia por todos los delitos contra la administración pública, a atribuirle capacidad únicamente por una de sus modalidades, esto es, el delito de cohecho por dar u ofrecer:

Cuando exista sentencia penal condenatoria debidamente ejecutoriada contra el representante legal o los administradores de una sociedad domiciliada en Colombia o de una sucursal de sociedad extranjera, por el delito de cohecho por dar u ofrecer, la Superintendencia de Sociedades podrá imponer multas de hasta doscientos mil (200.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes si, con el consentimiento de la persona condenada o con la tolerancia de la misma, dicha sociedad domiciliada en Colombia o sucursal de sociedad extranjera se benefició de la comisión de ese delito [...].

Adicionalmente, como puede advertirse, condiciona la competencia de la Superintendencia de Sociedades al cumplimiento del factor de prejudicialidad, en la medida en que le exige: (a) contar con sentencia penal previa contra alguno de los administradores; y (b) probar el beneficio de la persona jurídica y la relación entre este beneficio y el consentimiento o tolerancia del condenado.

Lamentablemente, en este caso el inicio, impulso y finalización de la investigación administrativa está condicionada a la culminación del proceso penal y a la decisión que haya de adaptarse en el mismo. Conforme se ha indicado, esto no es adecuado, comoquiera que, como es bien sabido, el paso del tiempo tiende a borrar eficientemente la prueba de los hechos. Aunque no precisamente de la mejor manera, con esta nueva redacción, se resolvió el problema planteado atrás, en el sentido de que a la luz del art. 34 de la Ley 1474 (2011) no estaba claro si la competencia de la Superintendencia de Sociedades derivaba o no de la decisión del juez penal.

Es pertinente destacar en este punto que en el artículo 8 de la Ley 2195 de 2022 si bien atinadamente se dispuso que “[1]a facultad sancionatoria administrativa prevista en el artículo 34 de la Ley 1474 de 2011 podrá ejercerse por las autoridades competentes en el término de diez (10) años, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia judicial [...]”, no se previó la forma de resolver el conflicto que emana de imponer sanciones administrativas derivadas de sentencias penales proferidas después de la entrada en vigencia de la Ley 1474, pero que necesariamente corresponderán a hechos punibles y beneficios derivados de esos hechos, acaecidos y percibidos mucho antes de esa vigencia.

Lamentablemente, en este caso el inicio, impulso y finalización de la investigación administrativa está condicionada a la culminación del proceso penal y a la decisión que haya de adaptarse en el mismo. Como se ha indicado, esto no es adecuado, comoquiera que la caducidad de la potestad sancionatoria de la Superintendencia, con seguridad ya habrá operado cuando finalmente reciba la actuación. Aunque no precisamente de la mejor manera, con esta nueva redacción, se resolvió el problema planteado atrás, en el sentido de que a la luz del art. 34 de la Ley 1474 (2011) no estaba claro si la competencia de la Superintendencia de Sociedades derivaba o no de la decisión del juez penal.

Es destacable que la ley no haya previsto la RPJ derivada de la actuación criminal de alguno de sus socios, o de un tercero. Y persiste otro problema: comoquiera que se ha mantenido la vigencia del art. 91 de la Ley 906 (2004), el juez penal mantiene sobre sus hombros el deber de ordenar a la autoridad competente que “previo el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ello” proceda a la cancelación de la personería de aquellas sociedades que haya probado estaban dedicadas al desarrollo de actividades delictivas. De esta manera, persiste la ilusoria imposición de multa por parte de la Superintendencia de Sociedades sobre una empresa que ya no existe, salvo que como se ha dicho la Superintendencia deje en vilo la orden judicial.

Esto indica que es improcedente mantener la vigencia del art. 91 de la Ley 906 (2004), que conduce a la muerte legal de la persona jurídica que estuvo dedicada al desarrollo de actividades delictivas, al tiempo que se le concede competencia a la Superintendencia de Sociedades para imponer multas a estas mismas empresas.

A la luz del régimen consagrado en la Ley 1778 (2016) lo más adecuado habría sido modificar el art. 91 de la Ley 906 (2004) para que el juez en lugar de ordenar la cancelación de la personería quedase obligado a remitir la actuación a la Superintendencia, ampliando la competencia de la Superintendencia de Sociedades para que estuviera facultada para sancionar a las personas jurídicas que hayan estado dedicadas al desarrollo de cualquier clase de actividades delictivas y fortalecer su potestad sancionatoria para que además de multas pu-

diera decretar la extinción de la personería en los casos más graves. Si bien la Ley 1778 entró a regir el 2 de febrero de 2016 y el art. 34.3 estuvo vigente hasta el 18 de enero de 2022 cuando fue modificado por la Ley 2195, durante esos casi seis años no se conoció ninguna resolución sancionatoria de la Superintendencia de Sociedades con la cual se hubiera podido dilucidar la forma en que asumió estos retos.

3.5.3. La asignación de otras atribuciones a la Superintendencia de Sociedades

El art. 3 de la Ley 1778 (2016) atribuye a la Superintendencia de Sociedades la competencia para sancionar a las personas jurídicas que den, ofrezcan, o prometan un soborno a un servidor público extranjero, conducta descrita en su art. 2 como una falta administrativa, cuando es realizada por medio de sus empleados, contratistas, administradores, o asociados, propios o de cualquier persona jurídica subordinada.

La frase “por medio” denota que la actuación —esto es el pago del soborno— del empleado, contratista, administrador, o asociado debe generar algún interés o beneficio para la empresa. De hecho el beneficio económico obtenido o pretendido por la persona jurídica está incorporado como uno de los criterios de graduación de la sanción; aunque para mayor claridad interpretativa debió incorporarse como uno de los elementos constitutivos de la conducta.

Por fortuna en este caso en la ley se ha expresado claramente que el inicio, impulso y finalización de la investigación administrativa no depende ni está condicionado a la iniciación de otro proceso, ni a la decisión que haya de adaptarse en el mismo.

Complementariamente, en el art. 5 se le atribuye a la Superintendencia de Sociedades potestad sancionatoria para imponer multa de hasta doscientos mil salarios mínimos mensuales legales vigentes a estas personas jurídicas, teniendo en cuenta su capacidad económica²⁶, pero no para extinguir su personería²⁷.

²⁶ En aplicación del art. 34 de la Constitución, que prohíbe la confiscación, entendida como el apoderamiento arbitrario de todos o parte considerable

En los arts. 2, 3, 4 y 6 de la Ley 1778 adicionalmente se consagran reglas relevantes con respecto al soborno transnacional, entre las cuales destaca la relativa a que “[I]o previsto en el presente art. (2º) no se aplica cuando la conducta haya sido realizada por un asociado que no detente el control de la persona jurídica”. Esta regla es desafortunada, comoquiera que si es válido que la conducta en su componente material sea realizada por empleados, contratistas, o administradores, no es razonable que no sea admitida cuando es realizada por un asociado no controlante, comoquiera que un asociado no controlante en efecto bien puede, por ejemplo, dar a un servidor público extranjero una suma de dinero a cambio de que el servidor público extranjero omita un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio internacional de interés para la empresa de la que es socio. Inexplicablemente en este caso el soborno transnacional quedará impune²⁸.

Otra regla que, en principio, parece adecuada es la que consagra que la potestad sancionatoria frente al soborno transnacional de la Superintendencia de Sociedades no está limitada ante eventos de fusión o escisión, comoquiera que si la sobornante se extingue por efecto de una fusión, la sociedad absorbente o de nueva creación se

de los bienes de una persona por el Estado, sin compensación alguna y bajo la apariencia de una sanción (sobre la materia ver la Sentencia C-459/11).

²⁷ Otras sanciones son las siguientes: “2. Inhabilidad para contratar con el Estado colombiano por un término de hasta veinte (20) años [...] 3. Publicación en medios de amplia circulación y en la página web de la persona jurídica sancionada de un extracto de la decisión administrativa sancionatoria por un tiempo máximo de un (1) año. La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación. 4. Prohibición de recibir cualquier tipo de incentivo o subsidios del Gobierno, en un plazo de 5 año [...] Una vez ejecutoriado el acto administrativo por medio del cual se impongan las sanciones de que trata esta ley, este deberá inscribirse en el registro mercantil de la persona jurídica sancionada. La Superintendencia de Sociedades remitirá el acto administrativo a la Cámara de Comercio del domicilio de la persona jurídica o a la Superintendencia Financiera de Colombia, según sea el caso, para su inscripción en el registro correspondiente a fin de que esta información se refleje en el correspondiente certificado de existencia y representación legal”.

²⁸ Lamentablemente la Ley 2195 mantuvo vigente esta norma.

hará acreedora de la sanción señalada en la ley. Y si se escinde, todas las sociedades que hayan participado en el proceso de escisión, bien como escidente o beneficiaria, de igual forma estarán sujetas solidariamente a las correspondientes sanciones.

La norma luce adecuada porque es útil para impedir que se utilicen los mecanismos legales de la fusión la absorción o la escisión para evadir la multa, como habría podido suceder en el caso visto al inicio de Carpenter Marsh Fac Colombia Corredores de Reaseguros S.A. o CME, antes JLT RE Colombia Corredores Colombianos de Reaseguros S.A. Sin embargo, no hace bien en trasladar “automáticamente” la sanción a las sociedades absorbentes, escidente o beneficiaria, comoquiera que este traslado “automático” es contrario al art. 29 de la Constitución. Por fortuna, en el citado caso la absorbente compareció y pudo ejercer plenamente sus derechos.

Cosa distinta sería si se consagrara en la ley la responsabilidad civil solidaria de las sociedades absorbentes, escidentes o beneficiarias por el pago de la multa impuesta a la fusionada o escindida. De una parte, toda sociedad absorbente, escidente o beneficiaria en el contexto de sus deberes de *due diligence* está en la obligación de conocer las contingencias de la fusionada o escindida, y de otra, las absorbentes, escidentes o beneficiarias tendrían la oportunidad al interior del correspondiente proceso civil o de cobro coactivo de ejercer su derecho de defensa, interponer las excepciones de mérito a las que eventualmente haya lugar e impugnar el fallo.

Nada de esto último aplica en los casos de transferencia de control comoquiera que, a diferencia de la escisión y la fusión, el cambio en la toma de control no modifica la naturaleza de la sociedad, que por consiguiente conserva su personalidad y patrimonio propios para pagar la multa a su cargo (el adquirente del control solo sentirá el peso de la multa al momento del pago de sus dividendos, comoquiera que ésta siempre impacta la cuenta de pérdidas y ganancias).

Y si bien inicialmente se traza la regla general consistente en que lo previsto en la ley se extenderá a las sucursales de las sociedades que operen en el exterior, a renglón seguido se condiciona la competencia de la Superintendencia a que la persona jurídica responsable o beneficiaria de la conducta esté domiciliada en Co-

lombia. Esto quiere decir que si, por ejemplo, se encuentra prueba preliminar de que la sucursal en el exterior de una empresa colombiana incurre en soborno y ese soborno le beneficia únicamente a la misma sucursal y no a su matriz domiciliada en Colombia, la Superintendencia de Sociedades no puede actuar. No existe razón válida que justifique esta regla. Por ello, la norma debería prever que la competencia de la Superintendencia se extiende a las sucursales de sociedades que operan en el exterior, aunque la conducta no beneficie directamente a su matriz domiciliada en Colombia.

Al respecto debe recordarse que la ley penal colombiana (art. 16) se aplica a aquella persona que comete en el extranjero, entre otros, algún delito contra la administración pública, y que el soborno transnacional es precisamente un delito contra la administración pública. No existe razón para que la ley penal se aplique extraterritorialmente, por ejemplo, con respecto a los administradores colombianos que pagaron el soborno en el extranjero en beneficio de su empresa constituida en el exterior, pero que no se aplique extraterritorialmente con respecto a la misma empresa beneficiaria del soborno por el hecho de estar domiciliada en el exterior, sobre todo si esa empresa beneficiaria está constituida mayoritariamente con capital colombiano.

Así mismo, el inicio de la correspondiente investigación administrativa no depende de la iniciación de otro proceso, ni de la decisión que haya de adoptarse en el mismo, se advierte en el artículo 4.

Finalmente, es de destacar que en la Ley se asigna a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) el deber de informar a la Superintendencia de Sociedades “[...] todo reporte de actividad sospechosa que indique la presunta realización de conductas típicas establecidas como soborno transnacional”. No obstante, no es posible que la DIAN cumpla con este deber, comoquiera que sus entidades vigiladas no se encuentran obligadas a reportarle las citadas actividades sospechosas. De acuerdo con lo señalado en la Circular Externa 170, de 10 de Octubre de 2002, sus entidades vigiladas²⁹ se encuentran obligadas a reportar algo distinto y a otra

²⁹ Los Depósitos Públicos y Privados, Sociedades de Intermediación Aduanera, Sociedades Portuarias, Usuarios Operadores Industriales y Comerciales

autoridad: deben informar a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) “todas aquellas operaciones que en desarrollo del objeto social de la empresa se detectan como sospechosas de estar vinculadas al lavado de activos”.

3.6. Ley 2195 (2022) por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción

La Ley 2195 (2022) modifica la legislación anterior con base en tres elementos principales: (a) la conservación de la competencia de los jueces penales; (b) la reforma sustancial del régimen de responsabilidad administrativa sancionatoria para las personas jurídicas por su participación en delitos; y (c) la relación entre la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y la responsabilidad penal de los representantes legales.

3.6.1. La conservación de la competencia de los jueces penales

En primer lugar, el art. 2.1 conservó la potestad de los jueces penales que se había consagrado inicialmente en la Ley 365 (1997) y reiterado en las leyes 600 (2000), 906 (2004) y 1474 (2011).

En este punto cabe reiterar lo dicho: es improcedente mantener la vigencia del art. 91 de la Ley 906 (2004) que conduce a la muerte legal de la persona jurídica ordenada por el juez penal y ejecutada por la autoridad administrativa, al tiempo que se le concede competencia a las Superintendencia para imponer multas a estas mismas empresas. A la luz del régimen consagrado en la Ley 2195 (2022), lo más adecuado habría sido modificar dicho art. 91 para que: (a) el juez penal no quede obligado a ordenar la cancelación de la personería jurídica para activar la competencia de la correspondiente superintendencia; y (b) ampliar la competencia de las superintendencias para que además de multas puedan decretar la extinción de la personería en los casos más graves.

de Zonas Francas, Agentes de Carga Internacional, Intermediarios de Tráfico Postal y Envíos Urgentes, Empresas de Mensajería, Usuarios Aduaneros Permanentes, Usuarios Altamente Exportadores y los demás Auxiliares de la Función Aduanera.

3.6.2. La reforma sustancial del régimen de responsabilidad administrativa sancionatoria para las personas jurídicas por su intervención en el delito

En segundo lugar, el régimen de responsabilidad administrativa sancionatoria para las personas jurídicas por su participación en delitos, que había sido consagrado en las señaladas leyes 1474 y 1778 es objeto de una reforma sustancial: ya no es de competencia exclusiva de la Superintendencia de Sociedades, sino que ahora queda a cargo de cada superintendencia³⁰ imponer las sanciones correspondientes a sus propios vigilados.

Si bien, con el defecto ya señalado, se mantiene la exigencia de sentencia penal condenatoria ejecutoriada previa contra alguno de sus empleados y los requisitos del beneficio en favor de la persona jurídica y del consentimiento o la tolerancia, los cuales ya no se predicán respecto de sus administradores condenados, sino de la propia persona jurídica, “por acción u omisión, considerando la aplicación de sus respectivos controles de riesgo”. Si no se dan los tres requisitos (sentencia previa, beneficio y consentimiento o tolerancia) no emergerá facultad sancionatoria alguna para las superintendencias.

En lo que hace a los delitos por los cuales se exige sentencia condenatoria previa para que emerja la competencia de las superintendencias, el zigzag que había empezado con la Ley 1474 con los delitos contra la Administración Pública, y que continuó con el cohecho por dar u ofrecer en la Ley 1778, parece culminar en la Ley 2195 con una amplia lista: delitos contra la administración pública; contra el medio ambiente; contra el orden económico y social; financiación del te-

³⁰ Superintendencia de la Economía Solidaria; Superintendencia de Notariado y Registro; Superintendencia de Puertos y Transporte; Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; Superintendencia de Sociedades; Superintendencia de Subsidio Familiar; Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada; Superintendencia Financiera y Superintendencia Nacional de Salud. A las que se deben agregar otras autoridades de inspección, vigilancia y control como Coljuegos; Consejo Nacional de Juegos de Suerte y Azar; Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la DIAN. Está exceptuada la Superintendencia de Industria y Comercio por disposición de la misma ley.

rorismo y de grupos de delincuencia organizada; administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada y los consagrados en la Ley 1474 de 2011 (estafa sobre recursos públicos y en el sistema de seguridad social integral; corrupción privada; administración desleal; utilización indebida de información privilegiada; especulación de medicamentos y dispositivos médico; agiotaje con medicamentos y dispositivos médicos; evasión fiscal; omisión de control en el sector de la salud; peculado por aplicación oficial diferente frente a recursos de la seguridad social; peculado culposo frente a recursos de la seguridad social integral; fraude de subvenciones; acuerdos restrictivos de la competencia; tráfico de influencias de particular; enriquecimiento ilícito; soborno transnacional; soborno; soborno en la actuación penal) o cualquier conducta punible relacionada con el patrimonio público.

Entre las sanciones que pueden imponer las superintendencias a sus vigilados destaca la de multa de hasta doscientos mil salarios mínimos, teniendo en cuenta la capacidad patrimonial de la persona jurídica, a la que se le sumará el mayor valor entre el beneficio obtenido o pretendido (esto significa que la multa puede exceder los 200.000 salarios mínimos y que este plus debería servir como instrumento disuasorio). Además, la autoridad puede: (a) “[...] ordenar que hasta el 10% de la multa impuesta sea destinada a la adopción, fortalecimiento o actualización del programa de transparencia y ética empresarial de la persona jurídica responsable”³¹; (b) imponer inhabilidad para contratar conforme a la Ley 80 (1993); (c) prohibir el recibo de subsidios del Gobierno por un plazo de diez años; (d) remover a los empleados que hayan sido condenados penalmente

³¹ En opinión de Sepúlveda Ramírez (2021: 49), “(l)os programas de cumplimiento y la puesta en práctica de estos sirven como indicadores de la voluntad de la organización de instaurar una cultura de legalidad y prevención de aquellas conductas delictivas realizadas por personas que conforman la estructura de estas que podrían eventualmente originar una responsabilidad penal para la organización... los programas de cumplimiento pueden servir como indicadores de que la organización no tolera esta clase de comportamientos, por lo cual dispone de toda una estructura sistematizada y operativa que busca mitigar y eliminar de su entorno prácticas que vulneren la legislación y las normas aplicables [...]”.

“salvo que dicha remoción la haya dispuesto el juez en la parte resolutive de la sentencia”; y (e) remover a los empleados que hubieren tolerado o consentido la conducta de la persona natural condenada. No está consagrada, sin embargo, la extinción de la persona jurídica.

Complementariamente, la ley dispone divulgar la sanción mediante las siguientes medidas: (a) publicación en medios de amplia circulación hasta por cinco veces del extracto de la decisión sancionatoria; (b) publicación del extracto de la decisión sancionatoria en la página web de la persona jurídica sancionada por un tiempo máximo de un año; y (c) inscripción en el registro de la Cámara de Comercio del domicilio de la persona jurídica. Tanto las sanciones como su divulgación, particularmente si son oportunas y se ejecutan sin falta con respecto a todos aquellos eventos que hayan causado especial daño social, contribuirán a disuadir a los administradores de la misma sociedad sancionada, así como a los administradores de otras sociedades, de incurrir en el futuro en nuevas conductas ilícitas.

Dentro de las circunstancias agravantes se destacan el beneficio económico obtenido y la obstrucción a la acción investigadora, en tanto que dentro de las circunstancias atenuantes se destacan: (a) la aceptación de la infracción antes del decreto de pruebas; (b) la entrega de pruebas; (c) poner la infracción en conocimiento de las autoridades; (d) adoptar medidas³² que permitan prevenir futuros actos de corrupción; y (e) abstenerse de ejecutar los negocios o ejercer los derechos obtenidos mediante la ejecución de los actos de corrupción. Al haberse sumado por disposición de la ley el beneficio económico a la multa, no hay lugar a que la correspondiente superin-

³² Para Ramírez (2021: 110): “En este contexto, un programa de Compliance podría servir como instrumento de defensa de los directivos, garantes e individuos que integran los órganos de administración. La razón de ello es simple: si el fundamento de responsabilidad radica en una posible omisión en la aplicación de cautelas como el control en la selección y vigilancia del subalterno que cometió el ilícito atribuido a los primeros, un programa de cumplimiento efectivamente implementado, podría servir como prueba de descargo para revertir tal presunción legal. Lo anterior, en virtud de que dichos programas constituyen precisamente el mecanismo de gestión más pertinente para demostrar una debida diligencia en el control y supervisión de los riesgos penales que enfrenta una organización”.

tendencia adicionalmente aumente la multa por razón del beneficio, pues violaría el principio *non bis in ídem*.

Como se ha señalado, corresponde a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) recaudar la información sobre las sentencias condenatorias impuestas por los delitos mencionados y requerir a la Cámara de Comercio para que le informe de las sociedades en las que las personas condenadas actúan como empleados. Recibida la información, la ANDJE debe remitirla a la correspondiente autoridad administrativa “[...] a fin de que se inicie el proceso administrativo sancionatorio [...]”.

Esta medida debe contribuir a garantizar que las sanciones sean oportunas y se ejecuten sin falta con respecto a todos aquellos eventos que hayan causado especial daño social y de igual forma obligar a las empresas a estar atentas al acaecimiento de toda sentencia penal condenatoria contra alguno de sus empleados, a efectos de evaluar si sus actos generaron beneficio en favor de la persona jurídica y si con respecto a ello la propia empresa ha actuado con tolerancia o brindando consentimiento. En caso afirmativo, es conveniente que la empresa ponga los hechos en conocimiento de su órgano de control administrativo, entregando pruebas de ello y una vez iniciada la actuación aceptar la infracción antes del decreto de pruebas. Al mismo tiempo, debe adoptar medidas que le permitan prevenir futuros actos de corrupción, y, en caso de que todavía sea posible, evitar ejercer los derechos obtenidos mediante la ejecución de los actos de corrupción de su administrador.

En este escenario no debe olvidarse que si los actos del empleado le fueron completamente ajenos a la empresa en cuanto no estuvieron orientados a generarle beneficio, la mejor defensa de la sociedad debe estar orientada a probar tal ajenidad, pues de ser acreditada, la Superintendencia tiene que archivar la investigación contra la persona jurídica.

Respecto de lo consagrado en la Ley 2195, es también necesario destacar que atribuir competencia a las superintendencias para que sancionen a sus vigiladas cuando por su consentimiento o tolerancia se han beneficiado del delito cometido por uno de sus empleados, conlleva un reto monumental, en la medida en que deben

asumirlo con su actual estructura y sin incrementar su planta de personal, comoquiera que la ley no confiere facultades para modificar la primera, ni para incrementar la segunda. Además, en la medida en que su personal está preparado en las materias propias de sus funciones, esto es, inspeccionar la forma en que realizan sus actividades, por ejemplo, las compañías de vigilancia, las Entidades Promotoras de Salud, o los casinos, no tienen, sin embargo, experticia sobre materias tan novedosas y complejas como la forma en que se deben hacer valoraciones orientadas a determinar si algunas de sus vigiladas se ha beneficiado del delito de uno de sus empleados y si ello ha sucedido por el consentimiento o la tolerancia de la propia persona jurídica³³.

La experiencia cuando menos tangencial de la Superintendencia Financiera con el Sistema de Administración de Riesgo derivados del Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo (SARLAFT), y de la Superintendencia de Sociedades con el Programa de Transparencia y Ética Empresarial (PTEE) y las sanciones que ha impuesto por soborno transnacional, ha de ser útil para las demás superintendencias y es de esperar que mediante convenios interadministrativos hagan la correspondiente transferencia de conocimientos.

Como se ha mencionado, si existiera registro de los casos en que se ha aplicado la norma que ordena al juez penal trasladar la actuación a la autoridad administrativa correspondiente cuando encuentre probado que la persona jurídica se ha dedicado al desarrollo de actividades delictivas para que esta cancele su personería jurídica, se podría acudir a ellos para iluminar con las experiencias allí contenidas el ejercicio de las facultades y deberes que la Ley 2195 ha discernido a las diversas superintendencias.

³³ En el mismo sentido, Mantilla (2021:145), cuando no se había expedido aún la ley 2195, anticipó premonitoriamente su criterio al respecto. Así: “[...] para poder allí iniciar una distribución de competencias conforme la legitimidad de múltiples entidades: Superintendencia de Industria y Comercio, Superintendencia Financiera, Superintendencia de Vigilancia y Seguridad, entre otras. Casi que una distribución por competencias en relación con su interés en la tutela de los bienes jurídicos vulnerados. Esto impediría institucionalizar un verdadero régimen sustancial y procesal de la responsabilidad administrativa derivada de conductas penales [...]”.

De otro lado, la correspondiente Superintendencia debe tener particularmente en cuenta, pues así se lo ordena la ley, la forma en que la empresa ha dado aplicación a sus respectivos controles de riesgo. Véase un ejemplo ilustrativo: la Superintendencia de Salud ha impuesto a sus vigiladas la obligación de adoptar un Subsistema de Administración del Riesgo de Corrupción, Opacidad y Fraude (SICOOF) que, en armonía con la Ley 1474 (2011), les exige, entre otros, el deber de establecer controles para identificar el sobreprecio en la venta de medicamentos³⁴. Pues bien, esta práctica es constitutiva del delito de especulación con medicamentos, que hace parte de aquellos que activarían, en este caso, la competencia de la Superintendencia de Salud.

Podría suceder entonces que se profiera sentencia penal condenatoria contra alguno de los empleados de una Caja de Compensación Familiar por el delito de especulación con medicamentos y que esta especulación se haya realizado en favor de la persona jurídica. A la Superintendencia de Salud le correspondería verificar la forma en que la Caja de Compensación Familiar de marras ha aplicado los controles establecidos al interior de su SICOOF para identificar el sobreprecio en la venta de medicamentos. Si la Superintendencia de Salud concluye que la Caja de Compensación Familiar ha adoptado un SICOOF, que este es efectivo, que ha reportado oportunamente los hechos a la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos y que ha formulado la correspondiente denuncia penal, debe archivar la investigación.

Corolario de lo anterior es que las superintendencias también deben archivar la investigación si la sentencia penal que se exige como requisito para activar su competencia no es proferida contra un empleado (recuérdese que los administradores también son empleados), sino contra un accionista. Los accionistas, particularmente si son controlantes, bien pueden cometer delitos que benefician a la persona jurídica. Debe, por tanto, corregirse esta omisión.

³⁴ A la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos y Dispositivos Médicos-CNPMDM, corresponde la regulación de la política de precios de medicamentos y dispositivos médicos.

Comentario especial merece la disposición que autoriza a las superintendencias para disponer que hasta el 10% de la multa impuesta sea destinada a la adopción, fortalecimiento o actualización del PTEE de la persona jurídica responsable. Esta disposición parece estar en línea con lo que dispone el art. 211.3 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, adicionado por el art. 22 de la Ley 365 (1997), en el sentido que cuando la violación hace referencia al régimen de prevención del lavado de activos, el superintendente financiero puede “[a]dicionalmente” ordenar al establecimiento multado que destine una suma (actualmente superior a los cuatro mil millones de pesos) a la implementación de mecanismos correctivos de carácter interno que debe acordar con el mismo organismo de control.

Esto parece estar en línea, comoquiera que, conforme puede observarse, en tanto el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero por un lado ordena imponer la multa y por otro faculta al superintendente para que “[a]dicionalmente” ordene destinar una suma a la implementación de mecanismos correctivos, la Ley 2195 dispone que sea una parte de la multa la que se destine a los correctivos.

Sutil, pero trascendental diferencia, comoquiera que, como hemos visto, en el año 1996, el Ministerio de Justicia hizo llegar el proyecto de lo que luego sería la Ley 365 a la entonces Superintendencia Bancaria, la cual subrayó, entre otras cosas, que lo que se tenía que buscar con la redacción del citado art. 22 que entonces propuso adicionar este órgano de control, no era suavizar la situación de las entidades vigiladas sancionadas por infringir las normas orientadas a prevenir el lavado de activos permitiendo que destinaran una parte de la multa para hacer su correctivos internos (esto es, para ahorrarse ese costo), sino hacer más gravosa su situación, imponiéndoles una multa y obligándolas “[a]dicionalmente” a afectar aún más su cuenta de pérdidas y ganancias mediante la adopción de mecanismos correctivos de carácter interno orientados a paliar las causas de su infracción.

Al respecto es necesario tener en cuenta que el Estatuto Orgánico de Presupuesto considera las multas como ingresos no tributarios del Presupuesto General de la Nación y que el Estatuto Orgánico de Presupuesto es una ley orgánica, que por consiguiente no puede ser

objeto de modificación por medio de una ley ordinaria como la Ley 2195. Y en todo caso, tampoco en una ley orgánica podría incluirse una disposición que autorice destinar ingresos tributarios del Presupuesto General de la Nación a solventar gastos de personas jurídicas de derecho privado como, inexplicablemente, se ha hecho en la Ley 2195, no solo porque fractura la unidad de los ingresos de la Nación, sino también porque contraviene el art. 355 de la Constitución, que impide decretar por cualquiera de las ramas del poder público, auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

En conclusión, la disposición que autoriza a las superintendencias para disponer que hasta el 10% de la multa impuesta sea destinada a la adopción, fortalecimiento o actualización del PTEE de la persona jurídica responsable no puede aplicarse y debe ser suprimida del ordenamiento jurídico, por desatender normas orgánicas y constitucionales.

Finalmente, la Ley 2195 (2022) conserva también, desafortunadamente, la siguiente forma de responsabilidad civil derivada de la penal:

En la etapa de investigación de los delitos establecidos en el literal i) las entidades estatales posiblemente perjudicadas, podrán pedir la vinculación como tercero civilmente responsable a las personas jurídicas y las sucursales de sociedades extranjeras domiciliadas en Colombia que hayan participado presuntamente en la comisión de los delitos.

Esta regulación, que viene de la Ley 1474 (2011), es errada, como se ha dicho, comoquiera que en contra del declarado como penalmente responsable (y la persona jurídica lo sería) lo que procede no es su convocatoria como tercero civilmente responsable, sino la declaratoria de directo responsable de la reparación integral de los daños causados por su conducta criminal.

Resta poner de presente que la Ley 2195 entró en vigencia el 18 de enero de 2022 y que hasta el 30 de septiembre de 2023, esto es transcurridos veintiún meses, no se había conocido que alguna de las superintendencias hubiera ejercido la potestad sancionatoria objeto del presente análisis, como tampoco la ejerció, conforme lo visto, la Superintendencia de Sociedades a la luz de las potestades similares

que en su momento le confirieron las leyes 1474 de 2011 y 1778 de 2016, negativo balance que lleva a concluir que el precepto continuará siendo letra muerta y que se impone la necesidad de su ajuste en sede legislativa³⁵.

3.6.3. La relación entre la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y la responsabilidad penal de los representantes legales

En tercer lugar, el art. 19 de la Ley 2195 (2022) adiciona el art. 2 de la Ley 1778 (2016), para poner de presente que la sanción admi-

³⁵ En el mes de octubre de 2023 en vísperas de entrar a imprenta el presente artículo, la Superintendencia de Sociedades al formularle pliego de cargos a una empresa dedicada a la construcción de obras civiles, aparece estrenando las facultades que le había conferido la Ley 1474 de 2011 y que le ratificó la Ley 2195 de 2022, leyes que como se ha visto, ahora la facultan para imponer entre otras sanciones, multa de hasta 200 mil salarios mínimos mensuales (aproximadamente 46 y medio millones de dólares de 2023); generarle inhabilidad para contratar con el Estado y remover a los administradores condenados y los administradores de la misma empresa que hubieran consentido o tolerado la conducta del condenado. En este caso estarían cumplidos dos de los requisitos esenciales para que se active la competencia de la Superintendencia según exige la Ley 2195, esto es, que exista sentencia penal condenatoria ejecutoriada contra alguno de los administradores por la comisión de delitos contra la Administración Pública y que la persona jurídica se haya beneficiado por el delito de su administrador. Le resta a la Superintendencia probar en este caso un tercer relevante requisito: que la persona jurídica haya consentido o tolerado aquel delito. Los hechos precedentes son los siguientes: en 2010/2011 el entonces presidente de la citada empresa dedicada a la construcción de obras civiles, entregó a título de soborno (cohecho) para la adjudicación irregular de un contrato para el parcheo de la malla vial de Bogotá, 150 millones de pesos (aproximadamente 35 mil dólares de hoy) al entonces Director de la Unidad de Mantenimiento Vial del Distrito Especial de Bogotá y otros 300 millones de pesos a un integrante del Concejo Distrital. Por estos hechos el 10 de mayo de 2023 la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá confirmó la sentencia condenatoria que había sido proferida por el Juzgado 2° Penal del Circuito de Bogotá el 23 de julio de 2021. <https://n9.cl/t2170>.

nistrativa contra la persona jurídica por soborno transnacional procede “sin perjuicio de la responsabilidad penal a la que haya lugar para el representante legal de la persona jurídica.”.

Esta afirmación incurre en un error en cuanto supone que siempre que se determine responsabilidad administrativa de la persona jurídica habrá lugar a generar responsabilidad penal “automáticamente” para su representante legal, ignorando que en los actos de la empresa consistentes en dar, ofrecer o prometer a un servidor público extranjero algún beneficio, bien puede suceder no haya participado en modo alguno su representante legal. Al respecto bien pueden invocarse argumentos como los que esboza la Corte Constitucional en la sentencia C-616 de 2002 al examinar una disposición similar. Esto es, que atribuirle responsabilidad al representante legal como una consecuencia “automática” de la acción u omisión de una persona jurídica obedece a un sistema de responsabilidad objetiva que contraviene el art. 29 de la Constitución, por lo cual debe excluirse del ordenamiento jurídico.

La frase habría quedado bien si, en armonía con la norma que describe la conducta, dijera: “[...] sin perjuicio de la responsabilidad penal a la que haya lugar para los empleados, contratistas, administradores, o asociados de la persona jurídica”.

Además, no existe razón para que se haya aludido apenas a uno de los actores. De hecho, da la impresión de que el propósito radica en que la sanción administrativa contra la persona jurídica por soborno transnacional proceda sin perjuicio de la responsabilidad penal a la que haya lugar “únicamente” con respecto al representante legal de la persona jurídica. De esta manera, la nueva disposición tal como quedó redactada en la ley podría interpretarse en el sentido que la sanción administrativa contra la persona jurídica por soborno transnacional libraría de responsabilidad penal a los otros empleados de la empresa.

Por fortuna, para enervar esta interpretación, se mantiene vigente el art. 4 de la Ley 1778, en el que se expresa que “[l]a decisión de la actuación administrativa de que trata esta ley, tampoco constituirá prejudicialidad”. Esto significa, de una parte, que los empleados, contratistas, administradores, o asociados de la persona

jurídica no podrán pedir la suspensión del eventual proceso penal en su contra argumentando que sería necesario esperar la decisión administrativa. Y de otra, que esos empleados, contratistas, administradores, o asociados tampoco están legitimados para solicitarle a la autoridad judicial que excluya el fallo en su contra si ya se ha producido decisión administrativa en cualquier sentido contra la persona jurídica.

Por otra parte, en la Ley 1778 ya se señalaba que las entidades que tengan la calidad de matrices, son responsables y han de ser sancionadas, en el evento de que una de sus subordinadas incurra en soborno transnacional “con el consentimiento o la tolerancia de la matriz”. La Ley 2195 a renglón seguido ha agregado que también son responsables las subordinadas cuando cualquier otra persona jurídica que sea parte del mismo grupo incurra en soborno transnacional “en beneficio de las subordinadas”. Esta regla en algunos casos podría conducir a la aplicación de una forma de responsabilidad objetiva, que está proscrita por el art. 29 de la Constitución. Al legislador le habría bastado agregar que también son responsables las subordinadas cuando cualquier otra persona jurídica que sea parte del mismo grupo incurra en soborno transnacional en beneficio de las subordinadas “con el consentimiento o la tolerancia de la correspondiente subordinada”. En consecuencia, la Superintendencia de Sociedades obrando en justicia debe abstenerse de sancionar a una subordinada aunque el soborno cometido por alguna empresa del mismo grupo le haya beneficiado, si no le es posible probar que ese soborno ha contado además con el consentimiento o tolerancia de la misma subordinada (la sanción debe imponerse solamente a la empresa del grupo que incurrió directamente en el soborno). Para ello le basta invocar la excepción de inconstitucionalidad del art. 4 de la Constitución.

En lo que hace al régimen sancionatorio, se mantiene la multa de hasta doscientos mil salarios mínimos, a la que ahora, de manera idéntica al régimen sancionatorio establecido para las empresas que hayan tolerado determinados delitos de sus empleados, se le debe sumar el mayor valor entre el beneficio obtenido o pretendido, teniendo en cuenta la capacidad patrimonial del infractor. Esto significa que también respecto del soborno transnacional la

multa puede exceder los 200.000 salarios mínimos y deber servir como instrumento disuasorio³⁶.

Comoquiera que con respecto a la sanción por soborno transnacional se dispone idéntica medida, caben aquí las críticas ya formuladas con respecto a la disposición que autoriza a las superintendencias para disponer que hasta el 10% de la multa impuesta a las empresas que hayan tolerado determinados delitos de sus empleados sea destinada a la adopción del PTEE.

De otro lado, es incomprensible que el régimen sancionatorio para las personas jurídicas por soborno transnacional no incluya la remoción de los administradores de la persona jurídica que hayan sido condenados penalmente, a diferencia del régimen sancionatorio para las personas jurídicas consagrado para otros delitos, en el que si se incluyen esta condena y esta remoción.

Similares apreciaciones caben predicarse respecto de la facultad para remover a los administradores de la persona jurídica que hubieren tolerado o consentido la conducta de la persona natural condenada penalmente, que no tiene la Superintendencia de Sociedades en punto del soborno transnacional, pero que si tienen todas las superintendencias, incluyendo la de sociedades, frente a otros delitos de su competencia. Es verdad que frente al soborno transnacional la Superintendencia de Sociedades no debe examinar si la persona jurídica ha tolerado o consentido la conducta criminal de su administrador, pero ello no debería ser obstáculo para que la Superintendencia

³⁶ Las siguientes sanciones consagradas en la Ley 1778 no han sido objeto de modificaciones en la Ley 2195: “2. Inhabilidad para contratar con el Estado colombiano por un término de hasta veinte (20) años. La inhabilidad para contratar con el Estado iniciará a partir de la fecha en que la resolución sancionatoria se encuentre ejecutoriada. Esta inhabilidad será impuesta a las personas jurídicas, de acuerdo con lo previsto en el art. 8º de la Ley 80 de 1993 o la norma que la modifique o derogue. 3. Publicación en medios de amplia circulación y en la página web de la persona jurídica sancionada de un extracto de la decisión administrativa sancionatoria por un tiempo máximo de un (1) año. La persona jurídica sancionada asumirá los costos de esa publicación. 4. Prohibición de recibir cualquier tipo de incentivo o subsidios del Gobierno, en un plazo de diez (10) años”.

ordene la remoción del administrador que con su acción u omisión haya determinado la tolerancia o el consentimiento.

Como se ha mencionado, si bien en el régimen actualmente vigente la ejecución del acto de soborno transnacional se predica también de la propia persona jurídica, y no exclusivamente de sus administradores como otrora, es menester tener en cuenta que la persona jurídica no tiene forma de expresarse directamente, pues es un ser que se manifiesta únicamente mediante la acción u omisión de sus propios actores, que no son otros que aquellas personas naturales que ejercen su administración, o bien sus accionistas controlantes. Y esa acción u omisión se realiza mediante los contratos, pagos, transferencias, órdenes, actas, correos electrónicos, mensajes de WhatsApp y similares en los que esos administradores y accionistas participan, intervienen y se manifiestan. Por ende, habría sido adecuado que a la sanción de multa impuesta a la persona jurídica se agregara la remoción, como acto sancionatorio imbuido de debido proceso, del administrador responsable.

4. LOS REPETIDOS FRACASOS EN LA INCORPORACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

4.1. Normativa declarada inconstitucional

4.1.1. Los artículos 68 (1) y (5) de la Ley 488 (1998) sobre responsabilidad penal de las sociedades de intermediación aduanera y almacenes generales de depósito

En los incisos (1) y (5) del art. 68 de la Ley 488 (1998) se expresaba lo siguiente:

Quando las Sociedades de Intermediación Aduanera o Almacenes Generales de Depósito reconocidos y autorizados por la DIAN intervengan como declarantes en las importaciones o exportaciones que realicen terceros, estas sociedades responderán penalmente por las conductas previstas en el art. 15 de la Ley 383 de 1997 (contrabando) que se relacionen con naturaleza, cantidad, posición arancelaria y gravámenes correspondientes a la respectiva mercancía. [] Para los efec-

tos previstos en este art., la responsabilidad penal de las Sociedades de Intermediación Aduanera y los Almacenes Generales de Depósito recaerá sobre el representante legal o la persona natural autorizada formalmente por éste que haya realizado el reconocimiento de la mercancía previamente a la declaración respectiva.

Los incisos fueron declarados inconstitucionales mediante Sentencia C-559 de 1999 con base en el siguiente argumento:

[...] la Corte concluye que la mala redacción de una norma que define un hecho punible no es un asunto de poca monta sino que tiene relevancia constitucional, puesto que puede afectar el principio de legalidad penal estricta, ya que no queda clara cuál es la conducta que debe ser sancionada. [...] Así, las cosas, una conclusión parece imponerse: en la medida en que, conforme al análisis adelantado por esta sentencia, la norma acusada es confusa, y no resulta posible precisar con claridad cuál es la conducta que ha sido penalizada, entonces es necesario declarar su inconstitucionalidad, por violación del principio de estricta legalidad penal.

La inconstitucionalidad se debió haber extendido también a la atribución de responsabilidad penal al representante legal de la Sociedad de Intermediación Aduanera o del Almacén General de Depósito. En efecto, al respecto bien pueden invocarse argumentos como los que, conforme ya se ha señalado, habría de poner de presente pocos años después la misma Corte Constitucional en la Sentencia C-616 de 2002 al examinar una disposición similar. Esto es, que atribuirle responsabilidad al representante legal como una consecuencia “automática” de la acción u omisión de una persona jurídica obedece a un sistema de responsabilidad objetiva que contraviene el art. 29 de la Constitución, por lo cual debe excluirse del ordenamiento jurídico.

4.1.2. El artículo 26 de la Ley 491 (1999) sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos contra el medio ambiente

El art. 26 de la Ley 491 (1999) preveía lo siguiente:

Para los delitos previstos en los arts. 189 (incendio), 190 (daño), 191 (inundación) y 197 (desecho) y en el capítulo anterior (aprovechamiento, invasión, explotación, contaminación, etc.), en los eventos en que el hecho punible sea imputable a la actividad de una persona jurídica o

una sociedad de hecho, el juez competente, además de las sanciones de multa, cancelación de registro mercantil, suspensión temporal o definitiva de la obra o actividad, o cierre temporal o definitivo del establecimiento o de sus instalaciones podrá imponer sanciones privativas de la libertad tanto a los representantes legales, directivos o funcionarios involucrados, por acción o por omisión, en la conducta delictiva. Si la conducta punible se ha realizado en forma clandestina o sin haber obtenido el correspondiente permiso, autorización o licencia de la autoridad competente se presumirá la responsabilidad de la persona jurídica.

Este artículo fue declarado inconstitucional mediante Sentencia C-843 de 1999, con el siguiente argumento esencial: “[...] la Corte se cuestiona en qué eventos puede imputarse a una persona jurídica un hecho punible, pues esa conducta no se deduce de la norma”. Además, según la Corte Constitucional:

[...] no se entiende muy bien cómo puede privarse de su libertad a una persona jurídica, o prohibírsele salir del país. Por ende, algunos intérpretes podrían concluir que en estos casos no procede definir la situación jurídica, y que esta fase es innecesaria, por no ser posible aplicarle a la persona jurídica ninguna medida de aseguramiento; sin embargo, conforme al estatuto procesal, la definición de la situación jurídica es un paso necesario del procedimiento, cuya pretermisión podría entonces ocasionar nulidad de lo actuado. Además, otros intérpretes podrían concluir que a una persona jurídica podrían imponérseles algunas formas de conminación y caución, con lo cual no queda claro si esa fase procesal es o no necesaria (...) Por ende, para que puedan sancionarse penalmente a las personas jurídicas, no es suficiente que el Congreso defina los delitos y las penas imponibles sino que debe existir en el ordenamiento un procedimiento aplicable.

Es necesario poner de presente que el inciso final del art. 26 en cita rezaba así en el correspondiente proyecto de ley: “Si la conducta punible se ha realizado en forma clandestina o sin haber obtenido el correspondiente permiso, autorización o licencia de la autoridad competente, se presumirá la responsabilidad objetiva de la persona jurídica”. Este párrafo, entre otros, fue objetado por razones de inconstitucionalidad por el Presidente de la República, quien por ello devolvió el proyecto sin sanción. En el trámite que se surtió a continuación ante la Corte Constitucional, la palabra “objetiva” del art. 26 del proyecto fue declarada inconstitucional mediante sentencia C-320 de 1998, con base en el siguiente argumento, que bien resulta

aplicable en respaldo de varias de las críticas que a la legislación sucesivamente vigente se formulan en el presente capítulo:

Dado que a la persona jurídica y a la sociedad de hecho, sujetas a una sanción penal, se les debe garantizar el debido proceso [...] la Corte considera que la expresión “objetiva” que aparece en el último inciso del art. 26 del proyecto es inexecutable. No se puede exponer a un sujeto de derechos a soportar una condena por la mera causación material de resultados externos, sin que pueda presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, incluidas las que podrían derivar en la exoneración de su responsabilidad.

4.2. *Proyectos de ley archivados*

4.2.1. **El Proyecto de Ley del Senado 117/2018**

Como señalé en 2018³⁷, de haberse convertido en ley el proyecto radicado el 28 de agosto de 2018 en el Senado bajo el número 117 (Gaceta del Congreso No. 631 del 31 de agosto de 2018), las personas jurídicas particulares habrían debido responder, entre otros, por los delitos de lavado de activos, los delitos contra la administración pública y todos aquellos que afectasen al patrimonio público. Las sanciones que se estimaban como procedentes habrían sido las de multa, remoción de administradores, prohibición de ejercer su actividad y pena capital, esto es, la cancelación de la personería jurídica.

Para discernir esa responsabilidad penal, era necesario el cumplimiento de tres requisitos: (a) que el delito hubiera sido cometido en su provecho; (b) que su revisor fiscal, contador, representantes, administradores, directivos o accionistas hubieran actuado como autores o partícipes; y (c) que fuera consecuencia del incumplimiento de determinados deberes.

El primer requisito era tan importante que en el proyecto se precisaba que “[...] no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas [...] hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero”. Sin embargo, excluir la RPPJ cuando el delito ha sido cometido en favor de un tercero (y no

³⁷ Vid. “¿Pena de muerte para las empresas que laven activos?”. *Ámbito Jurídico*. 22 de Noviembre de 2018.

en beneficio propio), parece un error, porque puede haber situaciones en que una empresa es creada con el propósito de ayudar a lavar activos a un tercero, de manera que todos sus actos corporativos, sus políticas, los comportamientos de sus empleados, administradores y directores, y todas sus operaciones y transacciones están orientadas exclusivamente al éxito del propósito criminal de aquella persona. Esta empresa también debe ser excluida del tráfico comercial³⁸.

El segundo requisito exigía la participación, pero no suponía que fuera necesaria la condena previa de la persona natural para que procediera la RPPJ. Esto es un acierto. La mejor manera de garantizar la impunidad en favor de la persona jurídica radicaría en exigir la condena previa de su empleado o administrador. Baste pensar en aquellos casos en que la responsabilidad penal de la persona natural se debate con agotamiento de los recursos. Para cuando finalmente se resuelva la casación, se habrá diluido la prueba en su contra requerida en el escenario administrativo. Y si de la ausencia de condena contra la persona natural por prescripción o muerte, se sigue la absolución de una persona jurídica, claramente utilizada y cuantiosamente beneficiada, se estará ante una injusticia evidente.

³⁸ Algunos ordenamientos jurídicos nacionales, han resuelto situaciones como la planteada en el ejemplo afirmando que el beneficio propio se podría manifestar de manera indirecta y aún no buscada por el agente. Así se ha considerado en España, porque el art. 31 bis del Código Penal requiere un beneficio propio directo o indirecto. Vid., por ejemplo, la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado en la que se expresa lo siguiente: “Incluso cuando la persona física haya actuado en su exclusivo beneficio o interés o en el de terceros ajenos a la persona jurídica también se cumplirá la exigencia típica, siempre que el beneficio pueda alcanzar a esta, debiendo valorarse la idoneidad de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella. Piénsese que, de ordinario, la persona física actuará motivada por el deseo de obtener un beneficio personal y no tanto, o en absoluto, con el ánimo de beneficiar a la sociedad. Valga el ejemplo del portero de una discoteca que, defectuosamente controlado por sus superiores, vende droga a los clientes en su propio beneficio económico lo que, indirectamente, puede redundar en beneficio de la sociedad a la que podría generar una mayor afluencia de clientes”, y, en similar sentido, la sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero.

El tercer requisito se refería al inadecuado cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión, los que, de haberse adoptado en la empresa, debían examinarse en el ámbito de los programas de protección contra el lavado de activos y el soborno transnacional, denominados SAGRILAF³⁹ y PTEE respectivamente. Con relación a este tercer requisito, es necesario decir que también se equivocaba el proyecto cuando señalaba en su exposición de motivos que es dable discernir la RPPJ aun en aquellos casos en que se advierta que el modelo de control fue cumplido “correctamente y de buena fe”. Si el delito generó ganancias para la empresa y, por ejemplo, uno de sus empleados actuó como autor del delito, pero el modelo de control fue cumplido “correctamente y de buena fe”, esto es, si se cumplió con los deberes de dirección y supervisión, debería excluirse la RPPJ.

Además, en el proyecto se limitaba la RPPJ a la intervención en la comisión de alguno de los delitos recogidos en una lista, que incluía los siguientes:

[...] delitos contra la administración pública, contra el medio ambiente, contra el orden económico y social, financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada y por todos aquellos delitos que afecten el patrimonio público.

En consecuencia, la utilización de sociedades para cometer los delitos de secuestro, hurto, extorsión, estafa, falsificación de moneda, interceptación de datos informáticos y narcotráfico, por citar solo algunos ejemplos, dejarían de tener consecuencias penales sobre la estructura corporativa. El proyecto no explicaba las razones de esta exclusión.

A esto hay que unir que, según el proyecto, la intervención de la autoridad administrativa competente y el previo cumplimiento de los requisitos legales a su cargo (que por fortuna aún se consagran en el estatuto procesal) desaparecerían, con lo cual la decisión sobre la RPJ

³⁹ Sistema de autocontrol y gestión del riesgo integral de LA/FT/FPADM, que la Superintendencia de Sociedades obliga a adoptar a algunos de sus vigilados dependiendo de su volumen de activos o ingresos y/o actividad económica. (Circular 100-000016 del 24 de diciembre de 2020).

(que ya no sería de naturaleza administrativa, sino penal) habría de quedar en manos del juez penal, sin tener en cuenta el criterio de la correspondiente autoridad administrativa.

El proyecto reiteraba además, si bien con ciertas adiciones relevantes, como la supresión de la participación de la autoridad administrativa, un precepto repetido cinco veces a lo largo de 20 años y que todo parece indicar que poco se ha aplicado. Esta situación es perfectamente ilustrada en el siguiente ejemplo: mediante sentencia n° 42722, emitida el 9 de abril de 2014, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia condenó por el delito de lavado de activos a una secretaria que había sido contratada para trabajar en las empresas Aso G. y Aso T., las cuales ocupaban una misma oficina y contaban con el mismo gerente. Esta empleada trabajó allí entre enero de 2001 y agosto de 2003. La primera empresa había sido creada para brindar asesoría contable, y la segunda para comprar y vender ganado. Por sus cuentas bancarias circularon más de 5.000 millones de pesos sin respaldo en las actividades económicas enunciadas. Por estos hechos, el gerente, el contador y los mensajeros también fueron hallados culpables del delito de lavado de activos, así como de falsedad en documento privado. A pesar de que todo ello aconteció durante un lapso superior a 30 meses, no se evidencia que en el fallo se haya adoptado medida alguna contra las empresas utilizadas.

Es por ello que, en el artículo de 2018 arriba referido, destaqué que si la justicia penal durante 20 años no había afrontado el reto que supone la utilización de la persona jurídica como instrumento para delinquir⁴⁰, no había nada que nos hiciera pensar que sí habría de hacerlo en el futuro inmediato. La razón principal de ello radica en que para el juez penal resulta extraño tomar decisiones con respecto a sociedades, ámbito que sí es propio de las autoridades administrativas. En consecuencia, sugería entonces que: (a) lo mejor sería dejar la de-

⁴⁰ Conforme se señaló atrás, tan solo consta lo siguiente en el Informe de Evaluación Mutua de Cuarta Ronda de la República de Colombia que hiciera en 2018 el Fondo Monetario Internacional —FMI para el Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica— Gafilat: “En las condenas analizadas, estas sanciones rara vez se han impuesto, excepto en algunos casos complejos en los que el juez ordenó la extinción de la persona jurídica”.

cisión en manos de las Superintendencias Financiera, de Sociedades o de la Economía Solidaria; y que a estos efectos: (b) debería consagrarse una norma que ordenara al fiscal o juez el traslado del expediente a la autoridad encargada de la vigilancia de la correspondiente sociedad, incluyendo las pruebas relativas a la posible participación criminal del revisor, el contador, el representante legal, el administrador, el directivo o el accionista, para que fueran dicha autoridad la que dentro de su competencia decidieran la procedencia de la extinción de su personalidad jurídica. Esto en cuanto que la evaluación del cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión por parte de sus vigiladas es tarea diaria de estos órganos de control.

Finalmente, el proyecto fue objeto de ponencia negativa, conforme consta en la Gaceta del Congreso No. 1024, de 26 de noviembre de 2018, por razones que no estuvieron relacionadas con las disposiciones relativas a la RPPJ.

4.2.2. El Proyecto de Ley del Senado 178/2020

El Proyecto de Ley del Senado 178 (2020) apareció publicado en la Gaceta 616, de 31 de julio de 2020, y estaba orientado a establecer la RPPJ por los delitos de lavado de activos, financiación del terrorismo, soborno transnacional y delitos contra los recursos naturales. En particular, establecía que las personas jurídicas serían penalmente responsables por los delitos cometidos por sus representantes legales o por aquellos empleados que, actuando individualmente, o como integrantes de uno de sus órganos, estuvieren autorizados para tomar decisiones en su nombre o por su cuenta, o tuvieran facultades de organización y control dentro de las mismas. También se establecía la RPPJ por los delitos cometidos por los subordinados de dichas personas físicas, siempre que estuviera de por medio el control indebido por parte de la persona jurídica. En todo caso, requisito esencial para la RPPJ era, según el proyecto, que el delito fuera cometido en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica.

Como puede observarse, también en este proyecto la RPPJ derivaba de tres factores: (a) la actuación de uno de sus agentes; (b) que la actuación fuera penalmente reprochable; y (c) que la actuación penalmente reprochable del agente estuviera orientada a beneficiar

a la persona jurídica. Además, se agregaba que la RPPJ derivaba también de la actuación de subalternos sin dirección, representación o administración (si bien se adicionaba un requisito que consideramos que habría podido omitirse y que es el relativo al indebido control empresarial sobre dichos subalternos)⁴¹.

⁴¹ Sobre esta cuestión, conviene señalar que en el caso del delito que comete el subordinado la exigencia legal del incumplimiento del debido control, de los deberes de vigilancia o control, u otras fórmulas similares, está presente en derecho comparado y en instrumentos internacionales que exhortan a responsabilizar a la persona jurídica. Este requisito expresa que para castigar a la persona jurídica su control para evitar/detectar el delito del subordinado debe haber fallado. Esto está en conexión con el hecho de que un programa de integridad o cumplimiento eficaz puede tener efectos exigentes para la persona jurídica. Sin embargo, al mismo tiempo, consideramos que para derivar la responsabilidad de una persona jurídica de la actuación de una persona natural, debería bastar que la actuación de esta beneficie a aquella. Y el vínculo entre una y otra podría derivarse de su capacidad de dirección, representación o administración, o simplemente del contrato laboral. Agregar el requisito del indebido control le generaría una carga operativa al operador judicial en tanto le determinaría inversión de tiempo, actividades y debate que habrían podido obviarse si se dejara el único requisito del beneficio para la empresa. Así por ejemplo, si el empleado no actúa criminalmente “a espaldas” de la empresa, sino que actúa criminalmente motivado o estimulado por la propia empresa, en lugar de actos u omisiones que demuestren indebido control empresarial, se evidenciarán actos u omisiones que demuestran indebido patrocinio del acto criminal por parte de la empresa. La defensa técnica de la persona jurídica se transaría con el juez penal en un debate probatorio y argumentativo orientado a probar que ese indebido control no está probado, y a argumentar que el indebido control es requisito sine qua non para la condena y que el indebido control no se puede suplir con otra circunstancia, a la sazón la motivación, o el estímulo por más grave que sea esta. Esto obedece a que al erigirse un nuevo requisito que de por sí ya es innecesario e inconveniente, se ha olvidado o dejado de lado que el empleado no solamente actúa a espaldas de la empresa, en un escenario de indebido control, sino que bien puede actuar estimulado por la empresa, como viene de verse, sino también bajo otras circunstancias, como puede ser bajo amenaza de despido, o traslado. También en estos eventos habrá carga operativa para la actividad judicial y debate probatorio y argumentativo. En estos casos, el indebido control ya no se evidenciaría en la acción u omisión de los administradores, sino que estaría a hombros de los socios. Ahora bien, atribuirle falta de control a los socios conlleva varios problemas porque, al menos en Colombia, por

Examen especial merece la responsabilidad penal de las entidades públicas. Dado que en el proyecto se les excluía, cabe preguntarse si las entidades públicas pueden responder penalmente por delitos. Y para responder esta pregunta basta empezar por revisar noticias de prensa en las que se relata, por ejemplo, que un alcalde de Bogotá⁴² aprovechó su posición para cometer toda suerte de delitos contra la Administración Pública, como también lo hiciera un Director Nacional de Estupefacientes⁴³. Valga anotar que las dos entidades tomadas como ejemplo tienen personería jurídica propia. Ahora, los delitos los cometen esos servidores actuando en representación de la entidad en la que trabajan, es verdad. No obstante, esos delitos no fueron cometidos en beneficio de la entidad pública, sino en su perjuicio patrimonial y en beneficio egoísta de los citados alcalde y director. Por consiguiente, el requisito del beneficio en favor del ente abstracto exigido en el proyecto ahora estudiado, está ausente en los ejemplos aludidos y, como su nombre lo indica, este será siempre el caso que se presenten delitos contra la administración pública. El ente jurídico no es, por tanto, copartícipe en el delito de su representante, sino su víctima.

Además, si se mira desde el ángulo de las sanciones, también se encuentran argumentos para descartar la responsabilidad penal de los entes públicos. En efecto, la multa terminaría pagándola el erario, multa que como se ha dicho debe adjudicarse al mismo erario. Y qué decir de la extinción de la personería jurídica, que en el caso de la Alcaldía sería inviable toda vez que se trata de un ente creado en el art. 322 de la Constitución, como también lo sería la extinción de la

regla general (vid. en qué casos el Sarlaft, el Sagrilaft y los PTEE pueden ser adoptados por las asambleas cuando no hay junta directiva), las asambleas de accionistas no tienen responsabilidades en materia de adopción de modelos de administración de riesgos derivadas de actividades criminales; muchas empresas no tienen obligación de adoptarlos y si no hay un accionista controlante, sino que la titularidad de las acciones está difuminada, de igual forma se difuminará la responsabilidad.

⁴² Vid. <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2022/11/16/corte-ratifica-una-de-las-condenas-y-reduce-pena-contr-exalcalde-de-bogota-samuel-moreno-rojas/>.

⁴³ Vid. <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/exjefe-de-la-direccion-nacional-de-estupefacientes-fue-condenado-a-19-anos-de-prision-3118441>.

Dirección de Estupefacientes creada mediante el Decreto Legislativo 494 de 1990. Por consiguiente, estas entidades no podrían ser suprimidas por la decisión de un juez penal. En consecuencia, parece razonable la medida de excluir a las entidades públicas del régimen de RPPJ. Sin embargo, hay que tener en cuenta que a pesar de la obviedad de los precedentes argumentos, la Ley 2195 art. 2 incluye a las empresas industriales y comerciales del Estado y empresas de economía mixta como potenciales sujetos de la acción de responsabilidad administrativa sancionatoria a cargo de las superintendencias, por su participación en delitos derivada de la condena de alguno de sus administradores o funcionarios.

De otro lado, corresponde a una acertada decisión de política (anti)criminal del Estado seleccionar de la inmensa gama de delitos contemplados en el CP un cierto grupo que son los únicos que generarían responsabilidad de las personas jurídicas, pues de otra manera se crearía una inmanejable carga operativa para la justicia. Y para este propósito, lo más adecuado sería escoger aquellos que mayor afectación al orden económico y social generan. Es desde esta perspectiva que cabe preguntarse las razones por las cuales se seleccionaron en este proyecto los delitos de lavado de activos, financiación del terrorismo, soborno transnacional y contra los recursos naturales.

Adviértase en todo caso cómo el legislador de manera paulatina ha definido ya cuáles son los delitos que mayor daño causan, al definir las actividades delictivas fuente del delito de lavado de activos, incluyendo las siguientes: tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, tráfico de menores de edad, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, delitos contra el sistema financiero, delitos contra la administración pública, contrabando, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero o favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, en cualquiera de sus formas, o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir. Sería conveniente que esta lista contemplada en el art. 323 el CP se tomara como referente en proyectos como el de marras.

En este proyecto de igual forma se contemplaba, con buen criterio, como se mencionó atrás, que la RPPJ habría de recaer sobre la persona jurídica resultante en caso de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

En lo que hace a las penas es destacable lo siguiente: comoquiera que en este proyecto la sanción está a cargo del juez penal, sí se prevé la disolución de la persona jurídica. Como ya se ha señalado, es transversal a las leyes y proyectos de ley analizados establecer esta pena cuando interviene la autoridad judicial y excluirla cuando quien sanciona es una autoridad administrativa.

Por otra parte, llama la atención que el proyecto preveía la resurrección de la persona jurídica disuelta transcurridos veinte años. Entonces, podría entenderse que esta medida realmente corresponde a la imposición de una cesación de actividades, de no ser porque a renglón seguido se propone como sanción distinta la suspensión, esta vez por un plazo que no podría exceder de ocho años y la clausura de locales por el mismo término, penas estas que parecerían ser alternativas y no conjuntas (si bien el proyecto no lo explica).

Todas estas sanciones tienen un término determinado por los conceptos de resocialización y de segunda oportunidad; por ello la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se ha cometido, favorecido o encubierto el delito —que también estaba consagrada en el proyecto— sería incongruente.

En cuanto a la pena de multa, el proyecto la tasaba acertadamente entre el 5% y el 20% de los ingresos brutos anuales de la persona jurídica condenada, parámetro que es conveniente para evitar que la pena llegue a convertirse en confiscatoria.

La sanción de inhabilitación para contratar con el sector público, hasta por cuatro años, podía condonarse si la empresa se comprometía a implementar un programa de *compliance* penal eficaz. Y si este programa había sido adoptado con anterioridad, la persona jurídica podía quedar exenta de responsabilidad. Como puede observarse a lo largo del decurso normativo aquí expuesto, la adopción de un programa de *compliance* aparece sucesivamente como eximente de responsabilidad, atenuante de la pena o como factor excluyente de la

sanción⁴⁴. Acerca de la relevancia del *compliance* en la exposición de motivos del presente proyecto se expresa que en la medida en que el origen y causa de la corrupción está en la desorganización y descontrol de la empresa, la manera de cambiar ese origen y causa radica en la autorregulación, materializada en un programa de *compliance*.

Razón tiene la exposición de motivos, comoquiera que evidentemente los señalados sistemas y programas, que deben ser adoptados por las juntas directivas de las empresas, contribuyen a que estas caminen con seguridad y tranquilidad por una senda de prevención de los riesgos derivados de las actividades criminales a las que están expuestas, toda vez que les imponen los siguientes deberes para cuyo cumplimiento deben estar comprometidos sus directivos, jefes y empleados, conforme procedimientos precisamente establecidos, funciones claramente definidas y estrictos parámetros éticos: (a) conocer adecuadamente a sus contrapartes antes de su vinculación; (b) aplicarles controles preventivos en función de su nivel de riesgo; (c) monitorear sus operaciones; (d) detectar comportamientos sospechosos o eventualmente delictivos; y (e) reportar los primeros a la UIAF o denunciar los segundos ante la fiscalía.

En consecuencia, una empresa que haya adoptado un programa como estos evidentemente estará demostrando que tiene un comportamiento institucional de colaboración con las autoridades, de repudio al delito y proclive al cumplimiento de la ley y por ese buen comportamiento bien merece que se le exima de responsabilidad, se

⁴⁴ En Colombia, existen, entre otros, los siguientes programas de compliance: (a) el Subsistema de Administración del Riesgo de Corrupción, Opacidad y Fraude (SICOF) determinado por la Superintendencia de Salud; (b) los PTEE establecidos contra el soborno transnacional y la corrupción por la Superintendencia de Sociedades; (c) el sistema de autocontrol y gestión del riesgo integral de Lavado de Activos, Financiamiento del Terrorismo y Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva (LA/FT/FPADM-SAGRILAF), previsto por la Superintendencia de Sociedades; (d) el Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo (SARLAF), determinado por las superintendencias Financiera, de la Economía Solidaria y de Salud; y (e) el Sistema Integral para la Prevención del Lavado de Activos (SIPLA), establecido por la DIAN.

le atenúe la pena o se le excluya la sanción, por supuesto en función de la oportunidad de su adopción y de la eficacia de su funcionamiento.

La intervención judicial para proteger, reparar y remediar los derechos de los trabajadores y/o acreedores, contrario a lo que señala el proyecto, no puede ser considerada como una sanción, sino como una medida preventiva, que por lo mismo no debería adoptarse al momento de la terminación del proceso, sino con ocasión de su inicio. Y esa intervención no debería ser decretada por jueces de otras ramas, sino por el mismo juez penal, que ya tiene potestades para adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y que las cosas vuelvan a su estado anterior⁴⁵.

De otro lado si bien se preveía que en lo no regulado serían aplicables las disposiciones previstas en el CPP, también se ordenaba entender modificados el CP y el CPP “siempre que [...] resulten (in) compatibles con la especial naturaleza de las personas jurídicas [...]”, y se autorizaba la realización de preacuerdos y la aplicación del principio de oportunidad “siguiendo las reglas de la Ley 906 de 2004”, para lo cual la persona jurídica sería representada por su abogado de confianza, o en caso de no tenerlo, por un defensor público. Evidentemente esta regla era un salto al vacío en la medida en que la reforma de un estatuto procesal en modo alguno puede hacerse mediante la expedición de una norma en blanco, para que cada fiscal y cada juez determinen su contenido conforme su criterio y las circunstancias del caso. Así, la investigación y juzgamiento de las personas jurídicas en ámbito penal exige la expedición de un CPP propio, porque el régimen actual está exclusivamente orientado a personas naturales y, por ello, sus disposiciones no calzan apropiadamente las más de las veces en este nuevo escenario.

Finalmente, el proyecto apenas tuvo una ponencia en comisión primera del Senado y fue archivado, considerando que ningún proyecto puede ser considerado en más de dos legislaturas.

⁴⁵ Art. 22 CPP (Ley 906 de 2004).

4.2.3. El Proyecto de Ley de Cámara 149/2020

El Proyecto de Ley de Cámara 149/2020 proponía la adición de un nuevo libro al Código Penal, y apareció publicado en la Gaceta del Congreso 676 del 11 de agosto de 2020. En el mismo se preveía que las personas jurídicas debían responder penalmente por los delitos contra la administración pública, contra el medio ambiente, contra el orden económico y social, la financiación de grupos de delincuencia organizada y del terrorismo, y la administración de recursos relacionados con estos últimos, como también por todos aquellos delitos que afectasen el patrimonio público.

Si bien en este proyecto la RPPJ derivaba del comportamiento de su representante legal, revisor fiscal, contador o auditor, o de alguno de sus administradores o accionistas, se requería, como *conditio sine qua non*, que estos cometieran el delito en nombre de la persona jurídica, o por cuenta de ella y en su beneficio. Así mismo, el proyecto también advertía, con acierto, que la RPPJ sería independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales. Por las razones expuestas en la sección anterior, esta autonomía es, sin duda, loable.

El proyecto consagraba también una causal de exclusión de la RPPJ: la eficaz adopción, con anterioridad a la comisión del delito, de un PTEE. Y adicionaba un par de condiciones: (a) que los autores hubieran cometido el delito eludiendo fraudulentamente el programa; y (b) que hubieran ejecutado la conducta en ventaja propia o a favor de un tercero. A este respecto, cabe advertir que si los autores ejecutan la conducta en ventaja propia o a favor de un tercero, aunque la empresa no hubiera adoptado un PTEE, también sería necesario que el juez descartara la RPPJ, aunque el proyecto no lo señalaba expresamente, comoquiera que en este evento no se cumpliría la señalada *conditio sine qua non*.

El proyecto recogía las siguientes sanciones aplicables a las personas jurídicas: (a) multa⁴⁶; (b) remoción de administradores, directo-

⁴⁶ En los delitos de cohecho, el valor de la multa sería equivalente al doble de lo ofrecido y en los delitos en que la persona jurídica hubiere obtenido un incremento patrimonial, la multa sería equivalente al doble del incremento patrimonial percibido.

res y representantes legales; (c) prohibición de ejercer determinada actividad económica o de celebrar determinada clase de actos o negocios jurídicos; (d) prohibición de celebrar actos y contratos con el Estado; (e) pérdida de beneficios fiscales y cancelación de la persona jurídica (la cancelación se repite en este proyecto como atribución del juez penal pero nunca como atribución de la autoridad administrativa).

Si bien el proyecto atribuía potestades a la fiscalía y a los jueces penales para determinar la RPPJ, también preveía la intervención de la autoridad administrativa en dos momentos: (a) una vez formulada la imputación, la fiscalía podría solicitar como medida cautelar la intervención de la persona jurídica por parte de la autoridad que ejerciese la supervisión, para evitar que se hiciera insolvente, que sus bienes fueran distraídos o que siguiese siendo utilizada para la comisión de delitos, así como para salvaguardar los derechos de los trabajadores, de los acreedores o de terceros de buena fe; y (b) una vez proferida la sentencia penal que declarara la disolución de la personería jurídica, debía ordenarse a la autoridad encargada de la supervisión que procediera a la liquidación de la persona jurídica.

Adviértase que es innecesaria la intervención de la autoridad supervisora para evitar que la empresa se haga insolvente, distraiga sus bienes o siga siendo utilizada para la comisión de delitos, comoquiera que fiscales y jueces ya están obligados a adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito, decomisar y ordenar la ocupación de los bienes instrumento y producto del delito, y decretar sobre bienes del imputado las medidas cautelares necesarias para la indemnización de los perjuicios⁴⁷.

En lo que hace a la intervención de la autoridad supervisora para que procediera a la liquidación de la persona jurídica habría sido lamentable que se revocara la regla consagrada en el art. 91 del CPP, en cuya virtud la autoridad administrativa no se limita a cumplir el orden de liquidación del juez penal, sino que antes debe cumplir “los requisitos legales establecidos para ello” de acuerdo con su competencia. Como ya se ha señalado, sin esta frase la decisión de cancelar

⁴⁷ Vid. arts. 22, 82, 83 y 92 CPP (Ley 906 de 2004).

la personería jurídica de una entidad financiera, por ejemplo, quedaría al arbitrio del juez penal, quien para hacerlo tan solo tendría que tener en cuenta su dedicación incluso parcial al desarrollo de actividades delictivas, sin salvaguardar los derechos de los trabajadores, los acreedores o terceros de buena fe, y sin considerar la protección del ahorro del público, ni la estabilidad del sistema financiero, que podrían verse sensible y nocivamente afectados con la extinción de la personería de una entidad financiera.

En caso de fusión, absorción, escisión o liquidación en el proyecto se establecía que la responsabilidad se transmitiría a la persona jurídica resultante, la cual en consecuencia quedaba obligada al pago de la correspondiente multa. En los casos de disolución, el monto de la multa habría de transferirse a los socios de forma solidaria, agregando además que:

Subsiste la responsabilidad de la persona jurídica por la comisión de delitos cuando, de manera encubierta o meramente aparente, continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

El proyecto debería haber consagrado también la responsabilidad de las entidades subordinadas cuando las personas naturales de cualquier otra persona jurídica que sea parte del mismo grupo incurrieran en el delito en beneficio de las subordinadas y con su consentimiento o tolerancia. En este sentido, ya se ha mencionado, que es adecuado consagrar en la ley la responsabilidad civil solidaria de las sociedades absorbentes, escindentes o beneficiarias por el pago de la multa impuesta a la fusionada o escindida, comoquiera que toda sociedad absorbente, escindente o beneficiaria tiene, como parte de sus deberes de *due diligence*, la obligación de conocer las contingencias de la fusionada o escindida. Además, las absorbentes, escindentes o beneficiarias siempre tienen, en todo caso, la oportunidad al interior del correspondiente proceso civil o de cobro coactivo de ejercer su derecho de defensa, interponer las excepciones de mérito a las que eventualmente haya lugar e impugnar el fallo.

Lamentablemente disposiciones similares a las que estuvieron contempladas en el proyecto en estudio aparecen consagradas únicamente con respecto a la potestad sancionatoria atribuida en la Ley

1778 (2016) a la Superintendencia de Sociedades por soborno transnacional. Deberían ser regla general, en todo escenario penal o administrativo en el que se examine la responsabilidad de una persona jurídica.

Por otra parte, el proyecto preveía que al representante legal de la persona jurídica le correspondía su representación en las diligencias de indagación, investigación y juzgamiento, salvo que este estuviera siendo procesado por los mismos hechos, evento en el cual la empresa podría designar otra persona para ese propósito. Huelga señalar que este representante a su turno debería contar con el servicio de un abogado defensor.

El proyecto proponía además que a las personas jurídicas se les procesara conforme a las reglas establecidas en la Ley 906 (2004), esto es en el CPP. No obstante, esta despreocupada disposición olvida que tanto el estatuto sustantivo como el procesal tienen como destinatarios a las personas naturales.

En definitiva, según el proyecto, al juez o fiscal le habría correspondido resolver problemas tan trascendentales como los siguientes, sin contar para ello con parámetros adecuados: ¿La persona jurídica actuó con dolo, con culpa, o acaso de manera preterintencional? ¿Obró en grado de tentativa? ¿El reproche se configura bajo modalidad de acción o de omisión? ¿Se presentó coparticipación? ¿Cabe aplicar eximentes de responsabilidad como el caso fortuito y la fuerza mayor? ¿Se le deben aplicar circunstancias de menor punibilidad como la carencia de antecedentes penales? ¿Debería haber causales de impedimento del funcionario judicial? ¿Cabe aplicar el principio de oportunidad?

Y en cuanto a la pena, tendría que resolver la situación del accionista inocente que por la vía contable de la cuenta de pérdidas y ganancias resulta económicamente afectado por la multa impuesta a la empresa, como también por el embargo de los activos sociales orientado al pago de los daños materiales y morales.

El planteamiento de estos problemas obliga a pensar que, si se persiste en consagrar la RPPJ por su participación en delitos, sería necesario redactar una parte general, un catálogo de infracciones y un estatuto procedimental específicos.

En cualquier caso, y como ha sucedido con los demás proyectos que han propuesto la introducción en Colombia de la RPPJ, también este proyecto fue finalmente archivado, debido a que no fue posible agotar su trámite en dos legislaturas, de conformidad con el art. 190 de la Ley 5 (1992) y en concordancia con lo previsto en el art. 375 de la Constitución.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La primera conclusión relevante que emana de este capítulo es algo que no se evidencia en su lectura, si bien estuvo presente a lo largo a largo de la investigación previa y de su redacción: constituye una tarea innecesariamente demandante en materia de tiempo, análisis e interpretación, lograr desentrañar el contenido y sentido final de las normas y mandatos finalmente contenidos en las disposiciones legales, en particular en lo que deriva del decurso y sucesivas derogatorias y ratificaciones de las leyes 1474 de 2011, 1778 de 2016 y 2195 de 2022.

Es por ello que resulta recomendable que el legislador acometa la regulación organizada y actualizada de estas disposiciones, idealmente en un cuerpo normativo único, esto es un estatuto o código sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por su intervención en delitos, que le permita a estudiosos, intérpretes y operadores conocer y aplicar sin incertidumbre sobre su sentido, alcance y vigencia, los diferentes deberes y derechos aplicables en esta materia. Incluso no es de descartar que dado su profundo contenido técnico-jurídico el Congreso de la República acuda a una comisión redactora especial que previamente realice el trabajo de compilación, redacción y actualización requerido, como se ha hecho en oportunidades pretéritas con otros códigos como el de comercio y algunos penales.

Ahora, el mayor éxito relativo que emerge de este recuento, es el que corresponde a las dos sanciones por soborno transnacional que a sendas personas jurídicas hasta ahora ha impuesto la Superintendencia de Sociedades. Es un éxito en la medida en que atiende recomendaciones de la OCDE, como también en cuanto abre un relevante espacio a la opción de la responsabilidad administrativa estipulada

por las convenciones de las Naciones Unidas, menos compleja que la penal y más expedita, cuando menos en nuestro medio, que la civil.

Y es relativo el éxito, precisamente porque apenas son dos las sanciones que se han proferido en ocho años, contados desde el 2 de febrero de 2016 cuando le fue atribuida a esta superintendencia tan potente potestad por la Ley 1778. Estos escasos frutos derivan de las siguientes hipotéticas razones: (a) No ha incurrido en soborno transnacional ninguna otra empresa colombiana en estos ocho años; o (b) no han sido descubiertos, a pesar de haber acecido, otros eventos de soborno transnacional por parte de empresas colombianas. Lo primero es potencialmente imposible dado los altos niveles de corrupción que imperan en la actualidad en nuestro medio⁴⁸. Y lo segundo, puede obedecer a que la capacidad operativa de la superintendencia no le permite conceder prioridad a esta clase de eventos.

Por tanto, es recomendable, por ejemplo, que se retome la línea de acción señalada en el documento CONPES 4042 del 9 de agosto de 2021, correspondiente a la Política Nacional Antilavado de Activos, en la cual se propone realizar “un diagnóstico para determinar la necesidad de crear un supervisor único que tenga funciones sobre (APN-FD⁴⁹) [...] el cual será desarrollado articuladamente por el Ministerio de Justicia y del Derecho, la UIAF, la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia de la Economía Solidaria”. De crearse este nuevo supervisor, podría aligerarse sustancialmente la carga operativa de la Superintendencia de Sociedades con respecto a los señalados actores y podría enfocar sus esfuerzos en acciones prioritarias, como la detección de otros eventos de soborno transnacional.

Y la mayor decepción normativa es la que tiene que ver con la inexistencia de eventos registrados, durante más de veinticinco años,

⁴⁸ Al respecto baste decir que según el índice de percepción de la corrupción de Transparencia Internacional para 2022, Colombia obtuvo un bajo puntaje de 39 sobre un máximo de 100, donde cero es insuficiente o muy corrupto, cuarenta deficiente, sesenta aceptable y cien óptimo o muy limpio y que ocupó el lugar 91 entre 180 países <https://www.transparency.org/en/cpi/2022/index/col>.

⁴⁹ a) Casinos; b) agentes inmobiliarios; c) comerciantes de metales preciosos; d) comerciantes de piedras preciosas; e) abogados, notarios, y contadores.

respecto del ejercicio de la facultad discernida a los jueces penales para que ordenen a las autoridades administrativas que procedan a la cancelación de la personería de las empresas que han intervenido en delitos, lo cual como se ha destacado, claramente obedece a que el juez penal carece de parámetros idóneos al interior de los códigos penal y procesal penal para determinar cuándo y cómo se establece esa intervención en delitos en cabeza de entidades jurídicas. La inexistencia de tan necesarios parámetros ha sido en el fondo la causa del naufragio de los proyectos de ley que buscaban establecer la responsabilidad propiamente penal de las personas jurídicas en Colombia.

Por ello, lo recomendable es darle un relevante giro a esta potestad, a efecto de que el “convencimiento más allá de toda duda razonable” respecto de la intervención de la persona jurídica en el delito, que actualmente se le exige al juez en la sentencia condenatoria, se torne apenas en la identificación de indicios de intervención de la persona jurídica en el delito, advertibles por el juez en cualquier momento al inicio del proceso y cuya consecuencia sea el traslado de esos indicios a las superintendencias (preferiblemente a la de Sociedades), para que estas libremente den inicio al procedimiento administrativo sancionatorio contra la correspondiente empresa, sin la carga de imponer, obligada por el juez y de entrada, la sanción de cancelación de la personería jurídica.

Resulta aconsejable la adopción de esta responsabilidad administrativa, comoquiera que en nuestro entorno jurídico y judicial no existe aún terreno abonado para la construcción de un código penal y un código procesal penal propio para la investigación, juzgamiento y condena de las personas jurídicas; en efecto, sin la emisión de estos estatutos, la opción penal seguirá siendo localmente letra muerta, como tozudos hechos, o mejor omisiones de larga data, lo demuestran.

En línea con lo anterior, también ha resultado prácticamente estéril⁵⁰ la norma que atribuye potestad a las superintendencias para

⁵⁰ Hasta el mes de diciembre de 2023 solo se conocía un caso, como se pone de presente en la nota al pie 36.

imponer multas a aquellas sociedades cuyos empleados resultan penalmente condenados por determinados delitos con el consentimiento o tolerancia de la misma sociedad, atribución que les fue discernida, en primer lugar, a la Superintendencia de Sociedades, desde hace doce años. Esto obedece, de una parte, a que la ANDJE al parecer carece de una fuente de información completa, actualizada, accesible y confiable que le permita recaudar información sobre las sentencias condenatorias impuestas por los correspondientes delitos y trasladarla a la autoridad administrativa y de otra a que, como se ha destacado, esas autoridades administrativas también carecen de capacidad operativa, experiencia y personal preparado para asumir esta tarea, que está por supuesto muy lejos de su función misional. En consecuencia, resulta imperativo que se establezca un registro nacional completo, actualizado, accesible y confiable sobre sentencias condenatorias, que le genere oportunos insumos a las autoridades administrativas, como también que a estas autoridades se les fortalezca su capacidad operativa, para lo cual como se ha destacado, sería recomendable la creación del supervisor único con funciones sobre las APNFD, la cual —además— podría asumir privativamente la función en cita de imponer multa a las sociedades cuyos allegados han delinquido, de manera similar a como la ejerce la Superintendencia de Sociedades respecto del soborno transnacional. La competencia exclusiva potencializa las capacidades.

De otro lado, resulta llamativo que en las leyes y proyectos de ley analizados nunca se ha establecido la extinción de la persona jurídica como sanción a imponer por parte de la autoridad administrativa a la persona jurídica, teniendo en cuenta que no existe talanquera constitucional para ello y que en aquellos eventos en que la empresa ha sido utilizada íntegramente para delinquir se hace imperativo ordenar su salida definitiva del tráfico comercial. Para este propósito resulta recomendable que dentro de la lista de posibles sanciones a imponer por las superintendencias se incluya esta, como también que, para evitar caer en la repudiada responsabilidad objetiva, se impongan deberes a los accionistas para que exijan a sus juntas directivas que adopten PTEE y que su agente idóneo, esto es, el revisor fiscal, les rinda informe a esos accionistas cuando menos una vez al año sobre su efectividad. El incumplimiento por parte de la asamblea de accionistas del deber de exigirle a la administración que adopte

un PTEE y el incumplimiento del deber de reaccionar a ello cuando el revisor fiscal reporte falta de efectividad, podría ser un indicio de que la entidad está siendo instrumentalizada para la comisión de delitos, supuesto que puede resultar en la extinción, por sanción, de la personería jurídica.

Finalmente, resta hacer un llamado categórico orientado a prevenir que la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, se convierta en un medio eficaz para distraer cuando no eludir la responsabilidad penal de aquellas personas naturales que actuando como sus empleados, o accionistas incurrir en delitos en su nombre, para su beneficio y/o gracias a su consentimiento o tolerancia. Adviértase que detrás de cada servidor público extranjero sobornado, necesariamente hay un empresario colombiano sobornado y que la multa sobre la persona jurídica no lo afecta en lo personal, sino que a quien impacta es a los accionistas, en cuanto disminuye sus dividendos, razón potísima para insistir en que se incluya dentro del catálogo de sanciones la extinción administrativa de la personería jurídica, a la que debe agregarse la remoción del administrador involucrado y de la prohibición largamente temporal del ejercicio de su profesión u oficio. De otra manera, si esto es sancionando únicamente a la empresa, se le garantizaría la impunidad al empresario y haría carrera la utilización de sociedades como mamparo para delinquir.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia

Corte Constitucional. (1997). Sentencia C-510. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. 9 de octubre de 1997.

Corte Constitucional. (1998). Sentencia C-320. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. 30 de junio de 1998.

Corte Constitucional. (1999). Sentencia C-559. Magistrado Ponente: Juan Manuel Camargo González. 4 de agosto de 1999.

Corte Constitucional. (1999). Sentencia C-843. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. 27 de octubre de 1999.

- Corte Constitucional. (2002). Sentencia C-616. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. 6 de agosto de 2002.
- Corte Constitucional. (2004). Sentencia C-558. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. 1 de junio de 2004.
- Corte Suprema de Justicia (2012). Sala de Casación Penal. Sentencia n° 33085. Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca. 11 de abril de 2012.
- Corte Constitucional. (2016). Sentencia C-603. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. 2 de noviembre de 2016.
- Corte Constitucional. (2017). Sentencia C-096. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo. 15 de febrero de 2017.
- Corte Constitucional. (2019). Sentencia C-165. Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo. 10 de abril de 2019.

Corte Suprema de Justicia de Colombia

- Corte Suprema de Justicia (2014). Sala de Casación Penal. Sentencia n° 42722. Magistrada Ponente: Patricia Salazar. 9 de abril de 2014.
- Corte Suprema de Justicia (2014). Sala de Casación Penal. Sentencia n° 39070. Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández. 20 de noviembre de 2014.

Doctrina

- Mantilla, A. (2021). “Personas jurídicas: ¿responsabilidad administrativa por delitos o infracciones, o responsabilidad penal? Algunas consideraciones sobre la ley 1778 de 2016”. *UNA Rev. Derecho*. línea). Vol. 6 (2). Pp. 125-150.
- Pantoja, Juan Pablo & Hernández, Norberto. (2023). “Inhabilidad derivada para contratar con el Estado: ¿Una forma de responsabilidad penal corporativa en Colombia?”. *Novum Jus*. Vol. 17 (3).
- Pantoja, Juan Pablo., Chaparro, A., Restrepo, A., Fajardo, F., Garavito, J., Cubides, L., Hartmann, M., Bravo, M., Pearl, N & Solorza, S. (2021). “Algunas tensiones entre un derecho penal expansivo y la negación de la responsabilidad penal de personas jurídicas en Colombia”. *UNA Rev. Derecho*. Vol. 6 (2). Pp. 262-299.
- Ramírez, A. (2021). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance en Colombia: realidades y desafíos”. *UNA Rev. Derecho*. Vol. 6 (2). Pp. 97-124.

Sepúlveda, C. (2021). “Programas de cumplimiento y responsabilidad penal”. *UNA Revista de Derecho*. Volumen 6 (2). Pp. 42-73.

Informes, resoluciones y otros documentos

Grupo de Acción Financiera Internacional-GAFI (2012). “Las cuarenta recomendaciones”. <https://www.cfatf-gafic.org/index.php/es/documentos/gafi40-recomendaciones>.

Jiménez, D. (2018). “¿Pena de muerte para las empresas que laven activos?”. *Ámbito Jurídico. Legis Editores*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/penal/pena-de-muerte-para-las-empresas-que-laven-activos>.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos-OECD (s.f.). “La Responsabilidad de las Personas Jurídicas para los Delitos de Corrupción en América Latina”. https://www.oas.org/juridico/PDFs/enc_compilacion.pdf.

República de Colombia. (2018). *Gaceta del Congreso* (2018). N° 631. <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/>.

República de Colombia. (2018). *Gaceta del Congreso*. N° 1024. <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/>.

República de Colombia. (2018). Senado de La República (2018). “Proyecto de ley”. http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2018/gaceta_631.pdf 117.

República de Colombia. (2020). *Gaceta del Congreso*. N° 616. <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/>.

República de Colombia. (2020). *Gaceta del Congreso*. N° 676.11. <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/>.

República de Colombia. Consejo Nacional de Política Económica y Social-CONPES (2021). “*Política Nacional Antilavado de Activos, Contra la Financiación del Terrorismo y Contra la Financiación de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva*”. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/4042.pdf>.

Superintendencia de Sociedades (2020). “Circular 100-000016”. *República de Colombia*. <http://www.supersociedades.gov.co>.

Superintendencia de Sociedades. (2017). “Resolución n° 200-003317”. 8 de septiembre de 2017. *República de Colombia*.

Superintendencia de Sociedades. (2018). “Resolución n° 200-002899”. 6 de julio de 2018. *República de Colombia*.

Superintendencia de Sociedades. (2021). “Circular 100-000011”. *República de Colombia*. <http://www.supersociedades.gov.co>.

Superintendencia de Sociedades. (2022). “Resolución n° 200-003834”. 11 de marzo de 2022. *República de Colombia*.

Superintendencia de Sociedades. (2022). “Resolución n° 200-010118”. 31 de mayo de 2022. *República de Colombia*.

Superintendencia de Sociedades. (2018). “Resolución n° 100-003275”. 27 de julio de 2018. *República de Colombia*.

Transparencia Internacional. (2022). “Índice de percepción de la corrupción”. <https://www.transparency.org/en/cpi/2022/index/col>.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Capítulo 8

Conclusiones

MARÍA SOLEDAD GIL NOBAJAS*
HÉCTOR OLASOLO**
NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ***

* Profesora contratada doctora en derecho penal de la Universidad de Deusto. Licenciada con Diploma de especialidad económica y doctora en Derecho en la misma universidad. Sus principales líneas de investigación se centran en la criminalidad empresarial, corrupción privada y pobreza y Derecho penal. Ha realizado estancias de investigación en el Centro de Derecho Penal de la Universidad de Nanterre-París X (Francia) y en el Instituto de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Friburgo de Brisgovia (Alemania). ORCID: 0000-0001-5333-1127.

** Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Profesor Titular de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR). Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.

*** Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Abogado, especialista y magister en derecho penal de la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en derecho constitucional y en derecho administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá). Máster en criminología y ejecución penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá). Coinvestigador Principal del Proyecto 71848 perteneciente al Programa de Investigación 70893 sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional de MinCiencias.

La presente obra colectiva ha tenido como objeto examinar si la atribución de responsabilidad a las personas jurídicas puede contribuir a la lucha contra la corrupción asociada al crimen organizado transnacional (COT) en la región latinoamericana y, especialmente, en Colombia. Para ello se ha analizado esta cuestión desde una perspectiva comparada que contrasta los principales estándares internacionales que le son aplicables, y su actual regulación en: (a) aquellos países latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Perú), que por su tamaño, población y peso político y económico tienen una particular relevancia en la región; y (b) ciertos países no latinoamericanos que ejercen una especial influencia en América Latina (principalmente, Estados Unidos y España). Realizado este análisis en los capítulos precedentes, el presente capítulo expone las principales conclusiones alcanzadas por sus autores.

1. INTRODUCCIÓN: LA CONTRIBUCIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS A LA CORRUPCIÓN ASOCIADA AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

La necesidad de responsabilizar a las persona jurídicas por los delitos de corrupción cometidos en el marco de su actividad encuentra su principal causa en que ellas son, precisamente, las principales artífices de la dimensión estructural y sistemática que caracteriza a la corrupción, lo que es expresión, como señala Gil (capítulo 4), de su hegemonía en las actividades económicas y comerciales, especialmente transnacionales, lo que se traduce en la frecuencia con la que están involucradas en tramas corruptas. En este sentido, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) (2003) alerta de la estrecha vinculación entre la corrupción y otras formas de delincuencia, particularmente la delincuencia organizada y la delincuencia económica, puesto que no hay que olvidar que cuando se trata de personas jurídicas y criminalidad, la motivación principal que las mueve es de naturaleza económica.

La corrupción ni puede concebirse como un hecho aislado, ni se puede reconducir únicamente a autores individuales, pues el complejo entramado corrupto, como apuntan Ballesteros, Santos y Naval (ca-

pítulo 5), desborda la esfera de la conducta personal, al encontrarse involucradas entidades públicas y privadas, que, también, son, con frecuencia, utilizadas por organizaciones criminales para la realización de sus actividades delictivas, particularmente para blanquear el dinero producto del ilícito. Son a la vez, como expresan Valdez y Cancio (capítulo 3), agentes económicos trascendentes a la vida económica, y potenciales contextos de interacción delictiva de manera independiente a las decisiones de las personas físicas que las conforman. Así lo han tenido presente igualmente los textos normativos internacionales universales y regionales sobre la materia, en los que, como señalan Pantoja y Ramírez (capítulo 2), a pesar de no pronunciarse sobre la naturaleza de la sanción para las personas jurídicas, se las considera con potencial criminógeno, por lo que demandan regulación.

En consecuencia, una estrategia político-criminal que aborde el fenómeno de la corrupción vinculado al COT no puede sustentarse únicamente en el castigo de las personas físicas que materialmente llevan a cabo los diversos hechos delictivos en que este pernicioso fenómeno se manifiesta, sino que debe también ofrecer mecanismos sancionatorios frente a las organizaciones y empresas en cuyo marco se cometen.

La manera en que esta responsabilidad puede contribuir a combatir eficazmente la corrupción asociada al COT plantea diversas cuestiones que han sido objeto de tratamiento en este volumen, puesto que su eficacia dependerá del modo en que la responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ) se articule en atención a los diferentes extremos que la condicionan.

De entrada, surge la cuestión, de corte dogmático, de cómo hacer responsable a un ente que no es un ser humano, lo que ha conllevado tradicionalmente el rechazo de su capacidad para ser sujeto de imputación penal, en la medida en que todas las categorías penales se han desarrollado bajo el paradigma de las personas físicas. Aquí se encuentra la raíz de que en el plano internacional, aun considerándose necesario ofrecer una respuesta sancionatoria a las personas jurídicas, se deje en libertad a los Estados para definir su naturaleza, lo que ha traído como consecuencia, la convivencia de regímenes de responsabilidad tanto penales como administrativos en esta cuestión, en función de la tradición jurídica de cada Estado.

Pero, además, surge también la cuestión relativa a las condiciones bajo las que es posible sancionar a las personas jurídicas, con independencia de la naturaleza de la sanción; esto es, cuál es el fundamento que permite responsabilizarlas.

A estas cuestiones nucleares, que han copado el debate, en general, sobre el *sí* y el *cómo* de la sanción a estas entidades y, en particular, en el marco de la lucha contra la corrupción, como expresión de una delincuencia económica y, fundamentalmente, organizada, hay que sumar, como antes se ha avanzado, determinados aspectos específicos del régimen de RPPJ. De esta manera, el llamado internacional a someterlas a un régimen sancionador por actos de corrupción no puede desconocer que para que cumpla eficazmente con su función debe configurarse idóneamente.

Ante esta situación, en el presente capítulo se exponen las principales conclusiones a las que se ha llegado en atención a los distintos elementos que configuran la RPPJ y se ofrece una lista de recomendaciones al respecto en la región latinoamericana en general, y en Colombia en particular, de cara a una lucha más eficaz contra la corrupción, principalmente asociada al COT. Para ello se sigue el siguiente orden temático:

1. El debate sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad de las personas jurídicas para abordar la corrupción asociada al COT (sección 2).
2. La tensión entre los modelos de auto y hetero-responsabilidad a la hora de articular la RPPJ (sección 3).
3. La cuestión relativa a la posibilidad o no de castigar a las personas jurídicas por tentativa en el modelo de auto-responsabilidad (sección 4).
4. Las especialidades en el régimen penal de las personas jurídicas en torno a las circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes (sección 5).
5. El régimen de penas, con énfasis en la multa, la inhabilitación para contratar con el sector público y la inhabilitación para recibir ayudas públicas (sección 6).

6. El régimen de cumplimiento, específicamente en relación con los estándares vinculados a los programas de cumplimiento corporativo o de integridad (sección 7).

7. La legislación colombiana relativa a la responsabilidad de las personas jurídicas para hacer frente a delitos de corrupción vinculados al COT, tanto en lo que se refiere a la regulación administrativa, como en atención a los distintos proyectos que, todavía sin éxito, han pretendido consagrar la RPPJ (sección 8).

8. Reflexiones finales (sección 9).

2. EL DEBATE SOBRE LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Como se adelantó en la introducción a este capítulo, todos los instrumentos internacionales en materia de corrupción y de crimen organizado coinciden en requerir a los Estados la adopción de medidas necesarias para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por su participación en los delitos cuya tipificación se solicita, en consonancia con los principios de cada ordenamiento jurídico. La finalidad pretendida por las distintas instancias internacionales es asegurar que estas entidades (principales promotoras y benefactoras de la corrupción) no pongan su organización y estructura al servicio de la comisión delictiva, facilitando o coadyuvando a la impunidad de estos hechos.

Esta obligación se recoge en los principales instrumentos internacionales sobre esta materia de ámbito universal (art. 26 de la CNUCC; art. 10 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT); art. 5 del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo; art. 2 de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE (Convención OCDE)) y regional (art. VIII de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC); art. 18 del Convenio Penal del Consejo de Europa sobre la Corrupción (CPCEC); art. 4 de la Decisión Marco 2002/629/JAI; art. 5 de la Directiva 2011/26/UE).

Sin embargo, es significativo que en todos ellos se da libertad a cada Estado para definir la naturaleza de dicha responsabilidad conforme a su tradición jurídica, de manera que, como recoge el art. 26 de la CNUCC, la responsabilidad de las personas jurídicas “podrá ser de índole penal, civil o administrativa”. Además, tampoco se condiciona a un modelo de fundamentación específico.

El debate sobre la naturaleza (penal, administrativa o incluso civil) de la responsabilidad de las personas jurídicas es unas de las cuestiones más espinosas en la lucha contra la corrupción asociada al COT. De hecho, el debate se enmarca en un problema más amplio relativo a la adaptación de los principios y categorías del derecho penal económico, en el que ha tenido especial influencia el fenómeno de la corrupción en el sentido de que reducir el castigo meramente a los autores individuales, bajo la comprensión de concebirse como un hecho aislado, resulta a todas luces insuficiente.

En consecuencia, el potencial delictivo de las personas jurídicas, sobre todo en este ámbito de criminalidad, debido a la facilidad de su instrumentalización para la comisión delictiva, ha conducido a un replanteamiento global de su tradicional mantenimiento extramuros del derecho penal. Según Pantoja y Ramírez, prueba de ello es que la mayor parte de la legislación internacional sobre la RPPJ, que ha determinado los sistemas jurídicos nacionales, ha evolucionado en torno a la lucha contra la corrupción, especialmente transnacional.

En este contexto, lo cierto es que los distintos países (especialmente, los latinoamericanos) han seguido los requerimientos internacionales de hacer responsables a las personas jurídicas por actos de corrupción vinculados al COT, ya sea por vía administrativa o por vía penal. Como resultado, como señalan Pantoja y Ramírez, la evolución normativa que ha promovido la incorporación de la responsabilidad de las personas jurídicas, con independencia de la vía adoptada a estos efectos, ha sido rápida, al tratarse de un fenómeno reciente que se ha desarrollado en apenas algo más de dos décadas.

Sin embargo, como señala Zúñiga (capítulo 1), la situación no ha sido la misma en lo que se refiere a la incorporación de la RPPJ en los sistemas nacionales. Así, por una parte, se ha recorrido un importante camino desde los primeros desarrollos dogmáticos que buscaban

fundamentar la RPPJ frente a la doctrina dominante que negaba, entre otras cuestiones, la capacidad de acción y de culpabilidad de las personas jurídicas. Como resultado, se han ido incrementando los sistemas jurídicos latinoamericanos que han incorporado la RPPJ, a pesar de que, en el plano internacional, no es obligatorio que la responsabilidad de las personas jurídicas tenga una naturaleza penal.

Sin embargo, esto no quiere decir que hayan perdido completamente su peso determinados planteamientos dogmáticos en cuanto al entendimiento de las categorías del delito pensadas para los seres humanos, bajo el paradigma de la responsabilidad individual. Por el contrario, debido a que la tensión dogmática en relación con la RPPJ se ha mantenido con más fuerza en unos países que en otros, se advierten diversas velocidades en su consagración legislativa.

Todo esto a pesar de que, a juicio de Zúñiga, nos encontramos, en realidad, ante un auténtico “baile de etiquetas” por dos razones principales. Por un lado, si los bienes jurídicos afectados por la dispar tipología delictiva en la que se materializa el fenómeno de la corrupción y el COT son los mismos en cada caso, parece contrario a la lógica jurídica diferenciar la naturaleza de la sanción por la condición de los sujetos sometidos a la misma: personas físicas o jurídicas. Por otro lado, la opción por la respuesta administrativa tampoco resuelve realmente los problemas dogmáticos con los que se enfrenta la responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal.

Ante esta situación, el TEDH ha definido ampliamente la materia penal en atención al art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), con el fin de evitar que la calificación como administrativa o penal de las sanciones punitivas puedan ser utilizadas para evadir o limitar las garantías fundamentales del proceso penal. Esta posición está en línea con la acogida por países como España, Alemania o Italia que, debido a una tradición jurídica basada en un concepto amplio del *ius puniendi* del Estado (que incluye las infracciones administrativas y penales), prevén las mismas garantías para los presuntos infractores.

En todo caso, y a pesar de que desde instancias internacionales no se toma partido en la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la responsabilidad de las personas jurídicas, no es menos cierto que

la mayoría de los países latinoamericanos ha implementado en sus ordenamientos la RPPJ. Esto se debe, en buena medida, al cambio en la percepción de la ciudadanía en relación con el grave daño social que implica la corrupción, percibida cada vez más negativamente sobre todo tras la crisis financiera de 2008, lo que habría afectado a las empresas y al papel que juegan en las tramas de corrupción, provocando con ello un desplazamiento de la respuesta desde su mero compromiso voluntario en el marco de la responsabilidad social corporativa (o de las buenas prácticas), hacia la relevancia penal de sus conductas, dado el poder significativo de este tipo de sanciones.

Así, si las personas jurídicas son sujetos de obligaciones jurídicas, también deberían responder con una pena, como cualquier ciudadano, cuando de su actuación se produzca un daño social tipificado como delito, al margen de las actuaciones particulares de sus miembros (es importante no crear diferenciaciones entre los sujetos sometidos a sanción). Ahora bien, al mismo tiempo, el reto de tratar de prevenir de esta manera con mayor eficacia las conductas generadoras de riesgos para bienes jurídicos que se producen en el seno de organizaciones complejas, exige tomar en consideración igualmente su derecho a que se les castigue conforme a las garantías sustantivas y procesales que conlleva la sanción penal.

3. LOS MODELOS QUE FUNDAMENTAN LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

En cuanto a los modelos de articulación de la responsabilidad de las personas jurídicas, la normativa internacional deja libertad a los Estados sobre esta cuestión. En este sentido, como analizan Pantoja y Ramírez, tradicionalmente se han contrapuesto dos modelos de responsabilidad: aquellos que implican una responsabilidad vicarial, transferida o derivada para las personas jurídicas (hetero-responsabilidad), y los que propugnan una responsabilidad propia (auto-responsabilidad), existiendo fórmulas mixtas en ambos modelos, como las teorías del *respondeat superior*, el *alter ego*, la agregación y la identidad propia, entre otras.

A pesar de las diferentes aproximaciones teóricas existentes, los sistemas nacionales objeto de estudio comparado son expresión del papel central que paulatinamente los programas de cumplimiento han asumido al objeto de fomentar las buenas prácticas empresariales. Esto se aprecia claramente en la legislación de referencia para combatir el soborno transnacional, la *Foreign Corruption Protection Act* (FCPA) estadounidense (1977), en la medida en que por vía procesal habría atemperado el modelo de hetero-responsabilidad sobre el que se sustenta.

Por su parte, mientras la regulación española, de más reciente factura (2010), habría desplazado jurisprudencialmente la comprensión del art. 31 bis del Código Penal (CP) hacia un modelo de auto-responsabilidad, la legislación italiana, con larga tradición en la lucha contra el COT, habría optado por un régimen administrativo vía Decreto Legislativo (DL) 231/2001, con un régimen de raíz vicarial pero que no renuncia a fundamentar la culpabilidad de las personas jurídicas cuando consintieron la comisión delictiva.

Común a estas tres regulaciones es la necesidad de que el delito genere un beneficio para aquellas (expresión de la motivación económica que determina la delincuencia empresarial cuyo principal exponente es la corrupción).

Tendencia paralela a la que se acaba de exponer ocurre respecto de los sistemas latinoamericanos. En atención a su diferente desarrollo legislativo, se advierte que, si bien en las regulaciones analizadas los programas de cumplimiento o de integridad han tomado carta de naturaleza, no es posible reconducir a un único modelo la forma en que se atribuye responsabilidad a las personas jurídicas. Así, la Ley 27.401 (2017) instaura en Argentina un modelo mixto, de corte vicarial, pero, en definitiva, en el que se hace responsable a las personas jurídicas por las fallas en el control o supervisión de sus agentes.

En Brasil, por su parte, se reconoce la RPPJ en delitos medioambientales conforme a la Ley 9.605/98, configurándose como un sistema de naturaleza vicarial en el que no se tienen en cuenta elementos de auto-responsabilidad. En consecuencia, las personas jurídicas son responsables cuando la infracción se comete, en su interés o beneficio, por decisión de sus representantes legales o contractuales, o de sus órganos colegiados.

En el caso chileno, la Ley 20.393 (2009) es una de las pioneras en consagrar en América Latina la RPPJ por determinados delitos de corrupción. Mayoritariamente se concibe, de nuevo, como un modelo mixto, pero con un fuerte sesgo de auto-responsabilidad, puesto que, por un lado, resulta necesario que ciertas personas físicas (enumeradas en el art. 3) lleven a cabo el hecho delictivo en interés o provecho de las personas jurídicas para que se las pueda castigar. Pero, por otro lado, se condiciona la RPPJ a que los delitos cometidos por las personas físicas sean consecuencia del incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión. Para valorar el cumplimiento de estos deberes, cobra relevancia la adopción e implementación de los modelos de organización, administración y supervisión para prevenir la comisión de delitos como los que se hayan podido cometer (art. 4).

La regulación federal mexicana complementa el tradicional régimen sustantivo de sanciones penales para las personas jurídicas recogido en el art. 11 del CP federal con el más reciente art. 422 del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) (2014), lo que evidencia la estrecha conexión entre el derecho penal sustantivo y el procesal. En esencia, consagra la autonomía de la RPPJ al no supeditarse a la previa condena de las personas físicas la posterior transferencia a las personas jurídicas de la responsabilidad penal, alejándose así de un régimen vicarial estricto.

En Perú, se ha apostado por un modelo de auto-responsabilidad a través de la Ley 30.424 (2016), si bien conforme a un régimen de naturaleza administrativa que es cuestionado por una parte de la doctrina, al atribuirle carácter penal.

Finalmente, Colombia ha optado también, hasta la fecha, por la vía administrativa, expresada fundamentalmente por las leyes 1474 (2011), 1778 (2016) y 2195 (2022). También en ellas se toman en consideración los programas de ética empresarial, consagrando un modelo de auto-responsabilidad moderado que parte de una transferencia de la responsabilidad de las personas físicas a las jurídicas, pero en el que también se exige acreditar el consentimiento o tolerancia de estas últimas de las conductas punibles. Además, son varios los proyectos frustrados que han intentado reconocer la RPPJ por delitos de corrupción (proyectos de ley 117 (2018) y 178 (2020)).

A la luz de lo anterior, Pantoja y Ramírez alcanzan las siguientes conclusiones en relación con los sistemas latinoamericanos:

1. Todos los países han tomado medidas legislativas para regular la imposición de consecuencias jurídicas a las personas jurídicas por la comisión de delitos (si bien algunos como Colombia han optado por la vía administrativa), fuertemente condicionados por la normativa internacional en materia de corrupción y COT, en la medida en que la lucha anticorrupción ha dejado de ser una cuestión doméstica para afectar al ámbito internacional, siendo los móviles y efectos económicos relacionados con esta clase de criminalidad de especial trascendencia.

2. También es una tendencia común de estas regulaciones restringir la RRPJ a un régimen cerrado de delitos que encuentra su epicentro en la respuesta al soborno transnacional, la corrupción en sentido amplio (incluyendo la asociada al COT) y el orden económico internacional (Argentina, Chile y Perú). Brasil lo extiende también al medio ambiente, mientras que México se separa de esta tendencia, en la medida en que su legislación procesal establece un régimen abierto de RPPJ.

3. Las legislaciones latinoamericanas presentan una clara tendencia a la autorregulación empresarial, con el significado y alcance que se atribuye a los programas de cumplimiento, según la adscripción más o menos estricta a un modelo de responsabilidad u otro por la normativa de turno. En todo caso, es común el dotarle de contenido y valor probatorio a fin de que operen como instrumentos para la prevención tanto de la comisión de delitos como de la instrumentalización de los vehículos corporativos para su desarrollo.

Esto significa en última instancia que en el desarrollo de una estrategia eficaz para la lucha contra la corrupción asociada al COT, los programas de cumplimiento o de integridad se han convertido en herramienta de primer orden para su detección y prevención, constituyéndose en una barrera de contención frente a la expansión de los delitos empresariales, al promover la toma de conciencia de la participación de las personas jurídicas, con carácter general, tanto en la comisión de delitos (que no se limitan a la corrupción), como en el fomento de su impunidad.

4. En la misma medida, y con independencia de la consagración originaria del modelo de responsabilidad, se han incorporado paulatinamente, por vía normativa o por vía jurisprudencial, criterios dirigidos a valorar la cultura organizacional que han desplazado el centro de atención de un modelo de hetero-responsabilidad a un modelo de auto-responsabilidad. Este cambio de paradigma supone que los Estados han delegado a las organizaciones la obligación de evitar ser instrumentalizadas (en sentido amplio) para la comisión de delitos.

En este proceso han pesado dos factores en particular: (a) la trayectoria seguida por el derecho comparado, especialmente en Europa, con los casos español e italiano; y (b) el hecho de que los modelos de hetero-responsabilidad, a pesar de su rédito probatorio, son los que presentan mayores problemas dogmáticos, puesto que no pueden evitar construir la responsabilidad de la persona jurídica como una suerte de responsabilidad objetiva, castigándola por el hecho de un tercero con violación del principio de legalidad y de culpabilidad.

4. EL CASTIGO DE LA TENTATIVA EN RELACIÓN CON LAS PERSONAS JURÍDICAS

En el ámbito específico de la RPPJ, el cambio de paradigma para abordar la responsabilidad de las personas jurídicas que, como se ha visto en el apartado anterior, ha situado en el epicentro del debate el desarrollo de una cultura organizacional de cumplimiento de la legalidad, es considerado por Valdez y Cancio como un cambio de estrategia estatal, que se sustenta en que las personas jurídicas desarrollen, de manera libre, el cumplimiento de su deber de diligencia.

Para estos autores, los programas de cumplimiento no se reducen a cumplir los estándares nacionales o internacionales para evitar la comisión de delitos mediante la elaboración de políticas, protocolos o procedimientos, sino que implican igualmente la reestructuración de la capacidad para cumplir las normas penales en el marco de los contornos definidos por la autoridad estatal. Todo ello, en la medida en que existen diversos factores que contribuyen a dificultar la determinación de la RPPJ, incluyendo los siguientes: (a) las dificultades

probatorias para averiguar la realidad de los procesos informales de toma de decisiones, que son donde verdaderamente se adoptan las mismas (también cuando son delictivas); y (b) la complejidad en el ámbito de la delincuencia económica empresarial de subsumir los elementos fácticos en la norma penal, debido a los múltiples escalones, estructuras y cadenas de delegaciones que dificultan identificar al concreto responsable, y favorecen diluir dentro de la organización el proceso de toma de decisiones delictivas, lo que puede conducir a una situación de “irresponsabilidad organizada”.

Ahora bien, hablar de RPPJ exige determinar en qué momento aparece esta con un contenido jurídico penalmente relevante, lo que depende del modelo de fundamentación que se comparta. Para un modelo en el que el castigo de las personas jurídicas se basa en el traslado de las actuaciones antijurídicas y culpables de las personas físicas, la tentativa será idéntica para ambos tipos de personas. Por el contrario, si se defiende la existencia de un delito corporativo, como proponen los modelos que atribuyen a las personas jurídicas y físicas una responsabilidad autónoma basada en la antijuricidad y la culpabilidad de cada una, deben diferenciarse ambos sistemas de imputación y, en consecuencia, la delimitación de la tentativa en cada caso.

Conforme a este último planteamiento, Valdez y Cancio parten de que el sistema de imputación de las personas jurídicas se determina en la identidad cultural, mientras que el de las personas físicas pivota sobre la libertad. Pero, aunque son sistemas de imputación diferenciados, resultan complementarios, en la medida en que los delitos de las personas físicas, si bien hacen referencia a los delitos corporativos, no permiten fundamentar por sí mismos las sanciones penales de las personas jurídicas. Así, aunque el bien jurídico afectado sea único, no es lo mismo que una persona física cometa una conducta antijurídica frente a aquel, a que una persona jurídica genere la conducta antijurídica por una deficiencia estructural en la gestión y organización de sus riesgos, provocando también, a su manera, una puesta en peligro o lesión de dicho bien jurídico.

En conclusión, la tentativa se diferencia en ambos sistemas de imputación, puesto que difiere igualmente el objeto de referencia (libertad frente a identidad cultural), del que se deriva la competencia por organización de las personas físicas y la competencia por estruc-

turación de las personas jurídicas (en ambos casos con la pretensión de prevenir la comisión delictiva).

Consecuentemente con lo anterior, la tentativa de las personas jurídicas desarrollada sobre la base de la identidad cultural se construye a partir de que las mismas configuran su ámbito de estructuración de forma que crean o inician un riesgo jurídico penalmente relevante. Así, por ejemplo, cuando se elabora un mapa de riesgos defectuoso para evitar un lavado de activos y, posteriormente, la empresa comienza a negociar con terceros en un determinado sector de mercado sin poder verificar si se trata de clientes “adecuados” (concluyendo en última instancia la operación de compraventa), surgiría en el momento de la elaboración del mapa de riesgos defectuoso la RPPJ por tentativa de blanqueo de activos de procedencia ilícita. De esta manera, según el modelo de auto-responsabilidad, la tentativa supone un fallo corporativo por haber definido la identidad cultural de manera defectuosa.

De lo anterior se desprenden las siguientes claves en la formulación de un sistema de imputación en grado de tentativa para las personas jurídicas:

1. Conforme a una dimensión organizativa, el relajamiento de los programas de cumplimiento para la prevención, control, vigilancia y supervisión de los riesgos definidos en las organizaciones empresariales (como, por ejemplo, la contratación de una persona incompetente para una determinada función preventiva o la ausencia de un canal de denuncias) produce el fallo organizativo de las entidades, que, al obedecer a un déficit de cultura de cumplimiento de la legalidad y poner en entredicho las normas penales, deriva en su sanción por el delito corporativo.

2. Lo anterior se sustenta en la existencia de un funcionamiento inadecuado del sistema de control de riesgos empresariales, lo que genera a su vez un riesgo que afecta a la configuración estructural de las personas jurídicas, y que a nivel global determina el injusto sistémico por defecto de organización.

3. Para ser castigado, debe existir, en todo caso, una correlación con una disposición corporativa defectuosa, esto es, un fallo institucional de carácter estructural o una cultura de cumplimiento de la legalidad insuficiente.

Es decir, la inidoneidad del programa de cumplimiento acaba generando espacios criminógenos al favorecer (o, al menos, no dificultar), la realización de conductas lesivas de sus miembros individuales. Sin embargo, dicho defecto organizativo solo será punible como injusto sistémico que ha incrementado el riesgo cuando esté complementado por la comisión de hechos punibles por las personas físicas.

Según Valdez y Cancio, sólo así el injusto sistémico de las personas jurídicas es penalmente relevante, al corresponderse con una identidad cultural insuficiente para la prevención de las conductas punibles. Sin embargo, al no poderse afirmar la total ausencia del programa de cumplimiento normativo, su absoluta ineficacia o su implementación con efectos puramente cosméticos, se justifica la imposición de una sanción gradual menor por el delito corporativo.

Aunque corresponde a cada ordenamiento jurídico delimitar en qué momento se considera mínimamente necesario responsabilizar a las personas jurídicas por el delito corporativo, deben responder en todo caso de forma atenuada por el funcionamiento solamente parcial de su sistema de control de riesgos empresariales (o defecto organizativo), lo que refleja una identidad cultural lo suficientemente defectuosa (si bien débil e incompleta) como para crear un contexto de posibilitación delictiva contra el orden jurídico.

Esto, por contraposición, con una identidad cultural defectuosa fuerte y completa, que genera un claro contexto de posibilitación delictiva ante la total ausencia, inoperancia o implementación cosmética con fines utilitaristas del programa de cumplimiento.

En consecuencia, se podría considerar, por ejemplo, la posibilidad de atenuar la RPPJ cuando se acrediten parcialmente las condiciones para su exoneración (art. 31 bis (2) del CP español), o se podrían aplicar los criterios de graduación de las sanciones, al prevverse como circunstancia atenuante el grado de cumplimiento de las medidas de control existentes para evitar los delitos de corrupción (Ley 2195 (2022) de Colombia, si bien adoptada en el ámbito de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas).

5. LAS CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES, ATENUANTES Y AGRAVANTES APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS

El desarrollo de una estrategia que combata eficazmente la corrupción vinculada al COT no se agota con reconocer la necesidad de hacer responsable, en grado de consumación o tentativa, a las empresas, en la medida en que la dimensión estructural de la corrupción encuentra su causa principal en su actuación. Por el contrario, se deben tener también en consideración medidas que ataquen esta naturaleza estructural y, por ende, sistemática. Por ello, un régimen de responsabilidad que aspire a prevenir con eficacia y, en su caso, castigar las prácticas corruptas, debe valorar estos elementos en el marco de los requisitos que condicionan la sanción penal de las personas jurídicas.

Es indudable que en el marco de los desarrollos teóricos y legislativos existentes son diversas las aproximaciones que tratan de fundamentar la RPPJ. Sin embargo, como hemos visto, los sistemas nacionales estudiados, tanto dentro como fuera de América Latina, siguen la tendencia de los distintos organismos internacionales (universales y regionales) al compartir que la mejor estrategia preventiva contra la corrupción asociada al COT es reconocer en sede de imputación los esfuerzos de las personas jurídicas para fortalecer la integridad empresarial (con independencia de que la RPPJ se base en la auto o hetero-responsabilidad). Se busca, por tanto, alentar a las empresas a ser “buenas personas jurídicas” para evitar prácticas corruptas, premiando los esfuerzos que hagan para ello. Su traducción en sede penal implica considerar determinadas circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad, incluso pudiendo alcanzar la exoneración de las personas jurídicas.

5.1. La exención o atenuación de la responsabilidad de las personas jurídicas por el desarrollo y aplicación de programas de cumplimiento o integridad antes de que se produzcan los hechos punibles

El escenario anterior hace depender la RPPJ de la inexistencia o ineficacia de un programa de cumplimiento o integridad para la prevención de delitos. Aunque en el ámbito internacional el fomento de

la autorregulación empresarial y, específicamente, el diseño e implementación eficaz de estos programas constituye un factor de primer orden para abordar la dimensión estructural de la corrupción vinculada al COT, los textos internacionales en la materia no recogen expresamente esta circunstancia en su articulado. Sin embargo, ello no ha sido óbice para reconocer su efecto mitigador de la RPPJ, si bien, como señala Gil (capítulo 4), los estándares internacionales difieren en su alcance sobre esta cuestión.

Una primera tendencia, recogida en la CNUCC, atribuye la decisión sobre la exoneración o atenuación de la RPPJ a los Estados, dándoles además libertad para que dichos efectos puedan producirse con independencia del nivel jerárquico de las personas físicas que cometen los delitos.

Una posición más restrictiva, asumida en el marco de la OCDE y del Consejo de Europa, reconoce la obligatoriedad de la eficacia exigente de los programas de integridad, pero solo cuando los delitos no hayan sido cometidos, ordenados o autorizados por personas de alto nivel directivo.

Según Gil, este último planteamiento es el más adecuado en el tratamiento de la corrupción asociada al COT, sobre todo teniendo en cuenta su naturaleza estructural. Esto se debe a que, supondría una contradicción conceder inmunidad a las personas jurídicas cuando quienes son responsables de fomentar una cultura anticorrupción participan directamente en prácticas corruptas, las ordenan o autorizan.

A partir de la ausencia de una posición común en el ámbito internacional, la forma en que los sistemas nacionales han regulado esta cuestión depende del modelo de responsabilidad que asumen. En relación con los sistemas no latinoamericanos analizados (EE.UU. y España), si bien ambos prevén la RPPJ, sus regulaciones se sitúan en polos opuestos. Así, la estadounidense se limitaba en sus orígenes al ámbito de la responsabilidad civil de reparación con base en la teoría del *respondeat superior*, si bien con el paso del tiempo se ha ido progresivamente deslizando en la práctica hacia un sistema que reconoce el valor atenuante, o incluso eximente, de los programas de cumplimiento en aplicación de la *United States Sentencing Guidelines* (USSG).

Por su parte, España ha terminado asumiendo un modelo de auto-responsabilidad de las personas jurídicas, según la interpretación realizada por el Tribunal Supremo del art. 31 bis del CP. En consecuencia, si bien tiene en común con el sistema estadounidense que parten de una misma realidad (al considerar que las prácticas corruptas de las empresas son resultado de una cultura empresarial que recurre a ellas en busca de beneficios o, al menos, las tolera), presentan importantes diferencias en cuanto a la articulación de los programas de cumplimiento en los respectivos modelos de RPPJ, y en su interrelación con las distintas tendencias internacionales.

De esta manera, la regulación federal estadounidense (específicamente la FCPA), no contempla la exención de responsabilidad para aquellas entidades que hayan tomado medidas de control interno para la prevención y detección de actos de corrupción (esto con independencia de que personas situadas en el más alto nivel empresarial, o especialistas en el diseño e implementación de los programas de cumplimiento, hayan, o no, intervenido activamente en los mismos o los hayan tolerado tácitamente). Esta aproximación podría, en principio, no incentivar suficientemente a las empresas para que se organicen adecuadamente con el fin de evitar prácticas corruptas, si bien todo depende, en última instancia, de la presión que se pueda ejercer frente a las mismas mediante la amenaza de potenciales sanciones monetarias en el ámbito civil.

En el caso español, el art. 31 bis (2) del CP dispone las condiciones de exoneración, distinguiéndose en función de que la RPPJ surja por un “delito del directivo” o por un “delito del subordinado” (en este último caso por incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia o control por quienes tienen estas obligaciones en las respectivas entidades). Aunque no se cuenta, por el momento, con resoluciones judiciales que hayan valorado el efecto eximente de los programas de cumplimiento preexistentes a la comisión de los delitos, la regulación española parece desmarcarse de la posición más estricta sobre el alcance de la exoneración, al cubrir todo supuesto con independencia de la posición jerárquica de las personas físicas involucradas en los hechos punibles. Esto es debido a que el legislador no considera justificada la exigencia de “un doble rasero jurídico” como consecuencia de la posición jerárquica de los autores materiales.

Otro elemento relevante son las características del sistema procesal aplicable. Así, en EE.UU., existe la posibilidad de acudir a fórmulas transaccionales entre las personas jurídicas y la acusación pública para evitar la formulación de acusaciones penales, lo que deja en manos de los fiscales que integran el Departamento de Justicia (DOJ) la valoración de la eficacia de los programas de integridad, que en ningún caso es sometida a control judicial. Por el contrario, en España la eficacia eximente de los programas de cumplimiento tiene que acreditarse en el proceso penal y ha de ser validada por una autoridad judicial. En consecuencia, la falta de control judicial en el sistema estadounidense resulta problemática si tenemos en cuenta el menor grado de independencia frente al gobierno de los integrantes del DOJ y el hecho de que este país lidere la persecución asociada al COT, como consecuencia del carácter extraterritorial de la FCPA.

La regulación de los sistemas latinoamericanos sobre la naturaleza eximente de los programas de cumplimiento debe comprenderse también en el marco del modelo de la RPPJ del que parten, cuestión sobre la que previamente se ha indicado que no existen modelos “puros”, sino fórmulas mixtas con orientación más o menos marcada hacia la auto o la hetero-responsabilidad.

Con base en lo anterior, se puede afirmar que el valor eximente de los programas de cumplimiento es una constante en estas regulaciones, a excepción de Brasil, cuyo abandonado PLS 236/2012 no contiene previsión alguna sobre la posibilidad de exonerar a las personas jurídicas por este motivo. Esta ausencia de eficacia eximente es compartida por el régimen de penas accesorias recogido en el CP peruano. Sin embargo, en estos dos países existe una regulación administrativa específica para sancionar a las personas jurídicas por delitos de corrupción, en las que sí se asigna valor eximente al desarrollo e implementación de los programas de integridad. De manera que las carencias en el ámbito penal no tendrían por qué implicar, *a priori*, una merma preventiva en el marco de una estrategia anticorrupción.

Los sistemas que sí acogen una auténtica RPPJ son Argentina, México y Chile, si bien, al igual que España, incumplen los estándares más estrictos, como ha destacado el Grupo de Trabajo de seguimiento de la implementación de la Convención OCDE, al no restringir la

exención de las personas jurídicas a los supuestos en los que no se encuentran involucrados los sujetos situados en el nivel jerárquico superior de la entidad (tampoco hay decisiones judiciales o directrices de la Fiscalía que, en ausencia de referencias normativas, orienten en este sentido).

Especialmente problemática es la legislación argentina, la cual atribuye en la Ley 27.401 (circunscrita a los delitos de corrupción expresamente señalados en la misma) una doble eficacia mitigadora a los programas de cumplimiento, en la medida en que pueden: (a) permitir la graduación de la pena cuando sean anteriores al delito (aunque fallaron en su prevención); o (b) eximir a las personas jurídicas si estas se han autodenunciado y han devuelto el beneficio indebido obtenido. Sin embargo, este régimen no es extrapolable a los delitos relacionados con la corrupción que no estén contemplados en dicha ley (como, por ejemplo, el blanqueo y las defraudaciones tributarias). Por ello, aunque las estrictas condiciones a las que se vincula la exoneración de las personas jurídicas en la Ley 27.401 podrían permitir también su aplicación cuando el delito parte de, o es tolerado por, la alta dirección empresarial, la disparidad de regímenes en función del delito implicado resulta políticamente disfuncional para abordar adecuadamente el fenómeno de la corrupción. Esto debido a que se distorsiona el mensaje que se quiere transmitir a las empresas para que “se conviertan en buenas personas” y se debilita el efecto preventivo al que se orientan los programas de cumplimiento.

Aunque Colombia ha optado, hasta la fecha, por la vía administrativa para sancionar a las personas jurídicas por delitos de corrupción, los frustrados proyectos que han tenido como objetivo consagrar la RPPJ en este ámbito delictivo no se desmarcan de la tendencia a nivel comparado de incentivar una cultura de respeto a la legalidad. De hecho, en lo que se refiere a la posibilidad de exonerar a las personas jurídicas por la existencia de programas de cumplimiento antes de la comisión de los delitos, los proyectos de ley 117 (2018) y 178 (2020) reproducen en términos muy similares la regulación española del art. 31 bis del CP, si bien el 178 (2020) presenta importantes mejoras frente al 117 (2018) al limitar la RPPJ a los “delitos de directivos”. No obstante, ninguno de los dos proyectos cumple con los estrictos

estándares de la OCDE, al abrir la puerta a la eficacia exigente de los programas de cumplimiento con independencia de la posición jerárquica de quienes cometen, toleran o consienten los hechos punibles.

Finalmente, cabe señalar que, aunque no se aprecian especificidades en esta materia en relación con los delitos de corrupción (se encuentren o no vinculados al COT), debido a la importancia a nivel internacional del fomento de la integridad empresarial frente a cualquier posible forma de criminalidad corporativa, no cabe duda de su importancia preventiva en la lucha anticorrupción por tratarse de los delitos más característicos de las personas jurídicas dada su motivación económica.

5.2. Los elementos que deberían incluir los programas de cumplimiento o integridad empresarial a la luz de lo dispuesto en la norma ISO 37.001 sobre sistemas de gestión antisoborno

Como acabamos de ver, la centralidad que ocupan los programas de cumplimiento en la configuración y atribución de la RPPJ (con independencia de la orientación más o menos marcada hacia un modelo de auto o hetero-responsabilidad), los convierte en una herramienta fundamental para evitar las prácticas corruptas, en la medida en que las deficiencias en el control y prevención de los delitos en las operaciones empresariales contribuyen a las dinámicas de corrupción. Por ello, la casi totalidad de las legislaciones nacionales prevén la exclusión de la RPPJ cuando se acredite el diseño y ejecución de programas de cumplimiento que cumplan determinadas condiciones.

Como Ballesteros, Santos y Naval señalan, no caben los programas de cumplimiento puramente cosméticos como estrategia para eludir una eventual responsabilidad penal, porque deben contener unos elementos esenciales para que produzcan estos efectos, y así puedan: (a) actuar como barrera previa a la actuación del derecho penal; y (b) contribuir a la promoción de una cultura de transparencia, legalidad y ética corporativa.

Como una estrategia anticorrupción centrada en su persecución *a posteriori* resulta insuficiente para contrarrestar los efectos negativos

que la corrupción, la aplicación de programas de cumplimiento en organizaciones (públicas o privadas) expuestas a tramas de corrupción busca limitar dichos efectos, dificultando el desarrollo de las prácticas corruptas. Sin embargo, los instrumentos internacionales anticorrupción no establecen directrices u obligaciones específicas en materia de cumplimiento (algo extensible a los documentos de *soft law* relacionados con los mismos).

A pesar de lo anterior, existen experiencias y recomendaciones de los propios organismos internacionales que recogen ciertos estándares aplicables a los programas de cumplimiento. Entre ellos destacan las siguientes normas provenientes de la Organización Internacional de Normalización (ISO): (a) la ISO 19.600 (2014), que recoge orientaciones para los sistemas de gestión del cumplimiento; (b) la ISO 37.001 (2016), que prevé requisitos y orientaciones para los sistemas de gestión antisoborno; y (c) la ISO 37.301 (2021), que incluye nuevos requisitos y orientaciones para los sistemas de gestión de cumplimiento.

Particularmente relevante para el objeto de la presente obra colectiva es la norma ISO 37.001 (2016), al ser la primera que se aplica exclusivamente en materia de prevención del soborno y la corrupción, siendo el primer instrumento internacional en establecer los elementos esenciales de los sistemas de gestión antisoborno, los cuales pueden materializarse como sistemas de cumplimiento autónomos o estar integrados en sistemas de cumplimiento más amplios. Aunque esta norma (aprobada por un Comité de expertos de 37 países) carece de fuerza vinculante, posee, sin embargo, gran importancia en cuanto a los estándares de cumplimiento que establece, pudiendo además certificarse su aplicación si las organizaciones se someten a una auditoría externa.

Así mismo, como señalan Ballesteros, Santos y Naval, la ISO 37.001 (2016) conjuga la doble finalidad a la que se orienta todo programa de cumplimiento: (a) la prevención de prácticas corruptas con el fin de fomentar buenos ciudadanos corporativos que respeten la legalidad; y (b) la defensa de las personas jurídicas cuando se producen delitos que no están relacionados con deficiencias en sus sistemas de control y prevención. Esto último siempre bajo el estricto cumplimiento de los requisitos que condicionan la exoneración de la RPPJ conforme a la normativa de los respectivos sistemas nacionales.

En cuanto a su contenido, la norma ISO 37.001 prevé los siguientes ocho elementos esenciales para el desarrollo y aplicación de un modelo de gestión de prevención de la corrupción:

1. Compromiso y liderazgo del órgano de gobierno y de la alta dirección. Así, en la medida en que quienes son los máximos responsables en la toma de decisiones y en la definición de las políticas empresariales no se involucren en la generación y promoción de una cultura de cumplimiento normativo, cualquier programa de esta naturaleza está abocado al fracaso. Es, por tanto, fundamental que cumplan de manera integral y personal (sin delegar) con sus funciones y responsabilidades específicas en el sistema de gestión antisoborno.

A estos efectos, la ISO 37.001 diferencia entre las funciones que asume la alta dirección empresarial en la dirección y control de la corporación, y las que corresponden al órgano de gobierno del programa de cumplimiento, que debe rendir cuentas a la alta dirección y es responsable de las actividades de gobernanza y de la elaboración y ejecución de las políticas. Consecuentemente, la eficacia del programa de cumplimiento depende de que la alta dirección: (a) garantice suficientes recursos y fiscalice su aplicación; y (b) actúe como gestor de cambio en la promoción y divulgación de una cultura de ética empresarial.

2. Función de cumplimiento antisoborno. A la alta dirección le competen, entre sus funciones, asignar la función de cumplimiento, esto es, la designación de la persona o comité encargado de: (a) supervisar el diseño e implementación del sistema; (b) asegurarse de que este cumpla con los requisitos de la norma; y (c) asesorar y orientar al personal sobre el alcance del sistema de prevención del soborno.

Todas estas funciones deben ser ejercidas con autonomía e independencia, lo que implica que el oficial de cumplimiento no esté involucrado personalmente en las actividades de la organización expuestas a los riesgos de soborno, cuente con suficientes recursos y se desempeñe proactivamente, con neutralidad y sin necesidad de recabar continuamente mandatos o autorizaciones de la alta dirección.

Además, es importante subrayar que el oficial de cumplimiento no cuenta con facultades ejecutivas, ni asume el deber de impedir

la comisión de delitos en los ámbitos en los que es competente, sino que solo tiene la obligación de transmitir a la alta dirección la información de que pueda disponer a este respecto.

3. Identificación, análisis, evaluación y priorización de los riesgos de soborno. La evaluación de los riesgos de soborno es un elemento central de un sistema de gestión antisoborno, ya que si los riesgos penales que se puedan anticipar razonablemente no son detectados de forma correcta, todos los pasos posteriores del programa de cumplimiento (como, por ejemplo, la elaboración de un código de ética y conducta, o la formación de los colaboradores) están condenados a ser ineficaces. La evaluación conforme a un mapa de riesgos debe ser periódica (como mínimo anualmente), y, en todo caso, obligatoria cuando se produzcan cambios relevantes en la estructura y/o actividades de la organización. Todo ello con el fin de priorizar qué riesgos hay que mitigar y reducir (así como las acciones idóneas para ello), qué recursos asignar, y cuáles son las responsabilidades y los controles.

4. Establecimiento de una política antisoborno. Esta política debería contener las directrices de la alta dirección en materia antisoborno, aprobadas por el órgano de gobierno e implementadas, revisadas y mantenidas por la alta dirección, con la prohibición expresa de este tipo de actos y la exigencia de cumplir las leyes antisoborno aplicables a la organización. Además, como señalan Ballesteros, Santos y Naval, la política antisoborno debe tener en cuenta la configuración de la conducta prohibida en las legislaciones extranjeras, en la medida en que limitarse a la descripción que provee una determinada normativa nacional puede restringir el ámbito de aplicación de las medidas de prevención adoptadas.

5. Toma de conciencia y formación. Además del compromiso de la alta dirección, concienciar y formar a los colaboradores de la organización (mediante acciones formativas periódicas y planificadas que aborden, entre otros aspectos, las cuestiones relativas a las políticas antisoborno, así como a los riesgos, su identificación y las respuestas a las solicitudes u ofertas de soborno), constituye un aspecto clave de cualquier sistema de cumplimiento. A mayor capacitación de las personas de la organización en materia de cumplimiento normativo, menores esfuerzos habrán de invertirse en la implementación de

controles antisoborno y mecanismos de supervisión. No se consigue una cultura de ética y legalidad sin concienciar a los empleados y los directivos de la importancia del cumplimiento; algo que, además, contribuye a transmitir y reforzar los valores y principios de la organización y a rechazar aquellos que no son tolerados. Por ello, la obligatoriedad de la asistencia, la necesidad de que sea impartida por un experto en la materia, su adaptación a las concretas necesidades de los empleados, su accesibilidad y naturaleza participativa, su duración y la evaluación de los contenidos explicados, son aspectos cruciales de la formación.

6. Diligencia debida. Conforme a la ISO 37.001, la diligencia debida: (a) es el “proceso para evaluar con mayor detalle la naturaleza y alcance del riesgo de soborno y para ayudar a las organizaciones a tomar decisiones en relación con las transacciones, proyectos, actividades, socios de negocio y personal específicos”; (b) tiene como fin evaluar el alcance, la escala y la naturaleza de los riesgos de soborno identificados (como parte de la evaluación de riesgos de la organización); y (c) debe alcanzar a todos los socios de negocios. Por ello, se recomienda que el proceso de diligencia debida se realice de modo anual, para que puedan tenerse en cuenta los eventuales cambios y la nueva información existente.

7. Presentación de denuncias e inquietudes y procedimientos de investigación para el abordaje del soborno. La existencia de un canal de denuncias creíble que garantice la confidencialidad o el anonimato del alertador o informante, que cuente con el respaldo de los líderes de la organización, y que facilite que las personas informen sobre actos de soborno con libertad, buena fe y sin represalias, contribuye a: (a) incentivar el buen funcionamiento de la organización implicada; y (b) desincentivar las prácticas corruptas. Cuando dicho canal no existe, o no funciona correctamente, esto repercute en la falta de eficacia del programa de cumplimiento, lo que a su vez puede privar al mismo de su carácter eximente, o en su caso atenuante, de la RPPJ. Por ello, se recomienda establecer un canal de denuncias, siguiendo los parámetros recogidos en la ISO 37.301 (2021).

8. Política de regalos que prohíba o limite la oferta, el suministro o la aceptación de regalos, hospitalidad, donaciones u otros beneficios afines, en la medida en que puedan ser percibidos como sobor-

no. Se recomienda, además, como medida preventiva, la aprobación de cualquier regalo u hospitalidad, requiriendo para ello documentación precisa al respecto, límites a su cuantía y momento de entrega.

Según el grado de aplicación por las personas jurídicas de los ocho elementos esenciales de los programas de cumplimiento antisoborno previstos en la norma ISO 37.001, y atendiendo a las condiciones específicas que establezca la legislación nacional de que se trate, se puede eximir, o al menos atenuar, la RPPJ. Esto es extrapolable también a la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por actos de soborno o corrupción (incluyendo los vinculados al COT). Sin embargo, como Ballesteros, Santos y Naval subrayan, en última instancia, es cada sistema nacional el que decide: (a) si se impone a las organizaciones privadas y/o a las entidades públicas, o solamente se recomienda, el diseño e implementación de un programa de cumplimiento; (b) si estos programas han de contener los elementos recomendados en las directrices de las normas ISO; y (c) cuáles son los efectos eximentes o atenuantes que se pueden derivar de los mismos, y bajo qué condiciones.

5.3. La colaboración con la justicia como factor de atenuación de la pena

La colaboración con las autoridades se integra en el llamado derecho penal premial, contando con una larga trayectoria como incentivo para la persecución y prevención de actos de corrupción realizados por personas jurídicas (finalidad compartida en el caso de entes corporativos). Según Gil (capítulo 4), en atención al componente estructural de esta criminalidad, con complejos y opacos entramados de relaciones entre individuos, sociedades y administraciones públicas, el éxito en su descubrimiento, persecución y castigo depende, en gran medida, de que quienes pertenecen a estas tramas y redes estructurales aporten información decisiva para la actuación policial y judicial. Por ello, una manera de motivar a las personas jurídicas a facilitar elementos probatorios para desenmascarar estas redes es renunciar a parte del castigo, con el fin de evitar su total impunidad. Además, incentivar la delación atenuando la RPPJ es también expresión del fomento de la autorregulación empresarial a la que, bajo una u otra fórmula, se orientan las normativas comparadas.

Bajo esta filosofía debe interpretarse la posición internacional en torno a esta cuestión, que refleja una tendencia común (tanto en el ámbito universal, como, implícitamente, en el regional) de reconocimiento de incentivos premiales que atenúan la pena, como mecanismo para promover la integridad empresarial y la colaboración de las personas jurídicas (antes o durante el proceso penal). Sin embargo, no puede hablarse de estándares internacionales en cuanto al alcance de la mitigación de la pena, dejándose en libertad a los Estados a este respecto.

No obstante lo anterior, la CNUDOT y la CNUCC defienden que se limite la concesión de este incentivo premial a las personas jurídicas que tengan un comportamiento proactivo, lo que incluye el suministro de información útil para la investigación y para contrarrestar los efectos del delito. Esta posición es más exigente que la acogida en otras instancias internacionales, como por ejemplo la CPCCE, donde solo se condiciona el efecto atenuante al suministro de “información”. Para Gil, a la luz del fin utilitarista que se persigue con la colaboración, ambas concepciones podrían tener cabida, dada la discrecionalidad con la que cuentan los Estados para definir este aspecto y darle el alcance penal que estimen oportuno en sus ordenamientos jurídicos.

Cuando se desciende al plano específico de los regímenes jurídico-nacionales, se observan también regulaciones muy heterogéneas, donde influyen diversos factores, como el reconocimiento de la RPPJ y la posibilidad de que la Fiscalía pueda utilizar fórmulas transaccionales. Así, los ordenamientos internos que incluyen estos mecanismos procesales (Argentina, Brasil y EE.UU.) y dejan en manos de la Fiscalía la decisión de perseguir penalmente a las personas jurídicas según el grado de colaboración empresarial, son más proclives a aceptar la exoneración o, al menos, la atenuación (sea obligatoria o discrecional) de la RPPJ. Todo ello, con independencia de que se requiera, o no, su acreditación judicial para que pueda tener esta eficacia.

Por su parte, en los ordenamientos jurídicos en los que rige el principio de legalidad en la actuación de la acusación pública, el alcance mitigador de la colaboración queda por regla general ceñido al de una circunstancia atenuante de la pena, como es el caso de la

Ley 20.393 de Chile sobre RPPJ por delitos de corrupción, cuya regulación es muy parecida a la que presenta el CP español.

Finalmente, los sistemas mexicano y peruano no se conceden eficacia penal atenuante (ni, por tanto, eximente) a la colaboración de las personas jurídicas.

A lo anterior se le suma la diversidad de enfoques sobre qué se entiende por colaboración con las autoridades y cuáles son sus elementos fundamentales. En ocasiones, los estándares internacionales más exigentes en esta cuestión se atomizan en el plano regulatorio doméstico con la previsión de varias atenuantes autónomas. Un buen ejemplo es la regulación del art. 31 quater del CP español, donde operan autónomamente las atenuantes de confesión, colaboración y reparación del daño, con los problemas de solapamiento que pueden surgir a la hora de delimitar el contenido de cada una (sobre todo entre la confesión (autodenuncia) y la colaboración empresarial). Además, aunque concurren las tres, no es posible exonerar a las personas jurídicas, a menos que, como sugiere Gil, se entienda que esto supone que los programas de cumplimiento han sido eficaces y, por tanto, los hechos punibles son ajenos al proceder íntegro de las empresas.

Esta misma tendencia se sigue en la Ley 20.393 de Chile, con la particularidad de que limita a los representantes legales las personas físicas que pueden llevar a cabo los actos de colaboración sustancial. Por su parte, la Ley 27.401 de Argentina ofrece la doble posibilidad de mitigar la pena o exonerar a las personas jurídicas, si bien para que opere esto último deben concurrir cumulativamente: (a) la existencia de un programa de integridad; (b) la denuncia espontánea por las personas jurídicas de los delitos (descubiertos a través de investigaciones internas); y (c) la devolución del beneficio indebido obtenido. No forma, sin embargo, parte de este conjunto de requisitos el suministro de información útil para el esclarecimiento de los hechos o la identificación de los intervinientes, circunstancia que solo es relevante para alcanzar un acuerdo de colaboración eficaz con la acusación pública (a través del cual también se puede reducir la RPPJ).

Lo anterior conecta con la forma en que los sistemas jurídicos nacionales han dado contenido a este incentivo premial en relación con el “suministro de información”, lo cual puede resultar determinante para incentivar a las empresas a cooperar con las autoridades para dismantelar, perseguir y dar respuesta penal a las tramas de corrupción. Una colaboración no es tal si no resulta relevante, efectiva, sustancial o decisiva, aspecto en el que coinciden las distintas regulaciones analizadas, dentro y fuera de América Latina. No así en lo relativo al objetivo que se pretende. Aquellos regímenes que condicionan el aporte de información sustancial a un resultado (en concreto, a la condena efectiva de las personas involucradas como autores y partícipes), como ocurre en el art. 31 quater del CP español, olvidan los esfuerzos realizados por la organización empresarial para ayudar en la investigación de los hechos e identificación de los intervinientes (con independencia de que resulten eventualmente castigados), lo que puede generar un desincentivo.

En consecuencia, si se quiere ser más efectivo en la lucha contra la corrupción asociada al COT, no parece conveniente vincular la eficacia atenuante de la colaboración a la consecución de un cierto resultado, sobre todo cuando se trata de una cooperación que surge espontáneamente como resultado de las investigaciones internas de las empresas. A esta última tendencia se adscriben la mayoría de los sistemas que atribuyen carácter atenuante a la colaboración, ya sea autónomamente o en conjunción con otros elementos que, conforme a la CNUDOT y la CNUCC, también integran lo que constituye una “cooperación eficaz”.

Del mismo modo, las regulaciones que, a diferencia de lo que sucede en el marco de la Ley 20.393 de Chile (colaboración sustancial antes de que se haya procedido a formalizar a las personas jurídicas), no restringen la colaboración con las autoridades a un momento temporal determinado durante el proceso penal, parecen presentar mayores ventajas político criminales. Así, por ejemplo, el CP español permite otorgar efecto atenuante al suministro de información relevante en cualquier momento del procedimiento, mientras que la colaboración tardía presupone, conforme al sistema federal de EE.UU. (plasmado en las USSG), una voluntad no plenamente colaboradora, con un menor efecto reductor de la culpabilidad y de la pena. Este

último sistema permite, por tanto, graduar proporcionalmente la pena, sin renunciar a las ventajas político-criminales de no condicionar temporalmente la colaboración a un cierto momento procesal.

El régimen de la colaboración eficaz recogido en los proyectos que han intentado introducir (sin éxito) en el ordenamiento jurídico colombiano la RPPJ por delitos de corrupción, presentan muchos elementos de convergencia con algunas de las regulaciones del entorno. En particular, el proyecto de ley 178 (2020) plantea un régimen que se centra en: (a) la distinción entre la confesión, la colaboración y la reparación del daño como atenuantes independientes; (b) la posibilidad de mitigar la pena por colaborar conforme a un acuerdo procesal; (c) el no condicionar el suministro de información relevante a un resultado específico (esto es, la condena penal de los intervinientes en la trama corrupta); y (d) la necesidad de vehicular estas circunstancias a través del representante o representantes legales.

Pero igualmente presenta algunas particularidades propias, como: (a) permitir extender el valor probatorio de la información suministrada a otros procesos que se dirijan contra otras personas jurídicas; y (b) condicionar las tres atenuantes que integran globalmente lo que a juicio de la ONU es una “cooperación eficaz” a distintos momentos procesales, lo que puede llevar a comprometer el objetivo que pretenden estos incentivos premiales en caso de autodenuncia, puesto que sin ella en muchas ocasiones (y a falta de otros elementos probatorios) no es posible descubrir la trama corrupta.

5.4. La agravante de reincidencia como contrapartida al fomento de la autorregulación empresarial

Acorde con la naturaleza estructural y sistemática de la corrupción, manifestada en prácticas corruptas que se perpetúan en el tiempo, afrontar penalmente la reincidencia delictiva dentro y fuera de las fronteras nacionales representa, como Gil (capítulo 4) señala, el contrapunto a la finalidad autorreguladora que marca la atribución de RPPJ. Si no se fomentan los esfuerzos para que las empresas se imbuyan de una cultura de respeto a la legalidad, o estos fracasan,

cobra sentido castigar más severamente la reiteración delictiva, reflejada en la agravante de reincidencia. Se transmite, así, el mensaje de que es más rentable invertir en medidas y controles que detecten y eviten los delitos de corrupción que reincidir en los mismos.

Sin embargo, a pesar de la importancia de la reincidencia, no existe un posicionamiento internacional expreso sobre su consideración como circunstancia agravante de la RPPJ por prácticas corruptas (incluidas las asociadas al COT). Así, únicamente los arts. 22 de la CNUDOT y 41 de la CNUCC recomiendan, respectivamente, tener en cuenta, sin carácter obligatorio, los pronunciamientos condenatorios en el extranjero (que son de especial importancia para computar la reincidencia internacional).

La tradicional flexibilidad en la regulación de los elementos que definen la reincidencia (y, por tanto, en su mayor o menor alcance), y la inexistencia de estándares internacionales a este respecto, no son ajenas a cómo los sistemas nacionales la regulan con respecto a las personas jurídicas. En todo caso, como elemento en común la reincidencia, de forma expresa o encubierta, aparece como un factor de agravación de la RPPJ (o de la pena prevista), siendo en ocasiones (como sucede en la Ley 20393 de Chile) la única circunstancia agravante aplicable a las personas jurídicas (si bien los sistemas nacionales estudiados son muy dispares y no se pueden reconducirse a un común denominador).

A esto hay que sumar, la falta de tratamiento doctrinal de esta cuestión y la ausencia de resoluciones judiciales en las que se haya interpretado el alcance de esta circunstancia. En consecuencia, la valoración que se haga de la misma como herramienta eficaz en la lucha anticorrupción (sobre todo si está vinculada al COT), va a depender de la respuesta que su regulación ofrezca a los siguientes aspectos: (a) el contenido de su definición; (b) la consideración, o no, de la reincidencia internacional; (c) el cómputo temporal; y (d) el impacto en la determinación de la pena.

Con respecto a la primera cuestión, los regímenes penales del ámbito latinoamericano se mueven entre: (a) una definición lo más restrictiva posible, según la cual solo cabe la reincidencia como agravante de la RPPJ cuando el delito posterior reciba la misma calificación penal que

el que ha sido previamente objeto de condena (Ley 20.393 de Chile); y (b) una definición general, como la contemplada por la Ley 27.401 de Argentina (si bien solo es aplicable a los delitos de corrupción para los que esta ley prevé expresamente la RPPJ). Esta última fórmula es muy similar a la que sigue la legislación federal de EE.UU., que admite la reincidencia para cualquier delito posterior de naturaleza similar al que se cometió previamente (con independencia de su calificación jurídica), si bien la regulación argentina deja fuera de la aplicación de la reincidencia algunos delitos característicos de la corrupción (como el blanqueo de dinero) por no preverse en la Ley 27.401.

Ninguno de los sistemas latinoamericanos sigue la distinción entre reincidencia simple y multirreincidencia (recogida a nivel federal en los EE.UU. y en el CP español), hasta el punto de que en este último caso la regulación española abre la puerta a imponer la disolución de la entidad bajo la comprensión de que, en realidad, se está ante una empresa criminal que hay que eliminar del tráfico jurídico.

Cierto paralelismo con esta respuesta se aprecia en la Ley 20.393 de Chile. Además, sin aludir expresamente a la reincidencia o multirreincidencia como factor de agravación, se permite la disolución de la empresa: (a) en México para “cesar la comisión de delito” (art. 422 del CPPN); y (b) en Perú (art. 105-A del CP) cuando la empresa “opera habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas”. De esta manera, como indica Gil, parece vincularse la reiteración delictiva con la disolución en los casos más graves de instrumentalización.

En cuanto al tratamiento dado a la reincidencia internacional, y a pesar de su importancia en tramas de corrupción transnacional, se presenta como una asignatura pendiente de los sistemas latinoamericanos, con la salvedad de la Ley 27.401 de Argentina. A este respecto, la regulación federal de los EE.UU. puede ser un ejemplo a seguir, en la medida en que, influenciada por el carácter extraterritorial de la FCPA, tiene en cuenta las condenas impuestas por los tribunales extranjeros. Por su parte, la legislación española limita la reincidencia internacional al ámbito de la UE.

Con respecto a la cuestión de los plazos de cómputo entre la condena previa y el delito posterior, los sistemas latinoamericanos oscilan entre los tres años previstos por la Ley 27.401 en Argentina (con-

siderado insuficiente por la propia doctrina argentina), hasta los cinco años a los que se adscribe la Ley 20393 chilena. En general, son plazos más benévolos que los que ofrece el CP español y la regulación federal de los EE.UU., si bien cinco años puede ser un plazo relativamente suficiente para generar un efecto disuasorio, transmitiendo el mensaje de que es mejor invertir en programas de prevención y detección de las prácticas corruptas que reincidir en su comisión.

Finalmente, en relación con la cuarta cuestión, algunos sistemas latinoamericanos, como el mexicano y el peruano (en los que no hay alusión expresa a la reincidencia, ni referencia a plazos), vinculan la reiteración delictiva con una posible disolución de la persona jurídica en el marco de un sistema de determinación e individualización de la pena sin criterios reglados. Tendencia a la que se suma Argentina, a pesar de reconocer expresamente el valor agravatorio de la reincidencia. En consecuencia, solo la regulación chilena prevista en la Ley 20.393 reduciría al máximo el arbitrio judicial mediante reglas específicas sobre el impacto que tiene en la dosimetría de la pena la concurrencia de atenuantes y/o agravantes, presentando, por tanto, una regulación más garantista.

Finalmente, no cabe duda de la influencia que las legislaciones de la región han tenido en el tratamiento de la reincidencia como causal de agravación para las personas jurídicas en los infructuosos proyectos de ley 117/2018 y 178/2020 en Colombia. Así, estos últimos reproducen, en esencia, sus mismas limitaciones (especialmente, la ausencia de la multirreincidencia, la reincidencia internacional y las reglas penológicas específicas) y aspectos positivos (reincidencia genérica para el catálogo de delitos por los que las personas jurídicas pueden ser penalmente responsables, y plazo de cinco años a contar desde la condena previa), sin recoger especificidades propias.

6. LAS PENAS PRINCIPALES Y ACCESORIAS APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Como afirma Gil (capítulo 6), existe una íntima conexión entre el fenómeno de la corrupción asociada al COT y las personas jurídicas, dada su preeminencia en las relaciones económicas y su frecuente

participación en tramas corruptas, lo que evidencia el carácter estructural de esta criminalidad. Además, se está aquí ante una delincuencia de motivación eminentemente económica con independencia de la tipología delictiva implicada, en la medida en que los actos de corrupción se dirigen a obtener, directa o indirectamente (o a incrementar) un beneficio económico (como, por ejemplo, una oportunidad comercial, la adjudicación de una licitación o la obtención de condiciones contractuales más favorables).

Por ello, el régimen de penas principales y accesorias aplicable a las personas jurídicas deviene fundamental para luchar contra este pernicioso fenómeno, conforme a una doble dimensión: (a) como herramienta para eliminar los beneficios económicos obtenidos ilícitamente; y (b) como mecanismo para desplegar la eficacia preventiva propia del derecho penal, que cobra un protagonismo especial como fin de la pena cuando se trata de personas jurídicas, particularmente en su vertiente de prevención general negativa o disuasoria. A ello apuntan también, unánimemente, los textos internacionales de ámbito universal y regional, al exhortar a los Estados a prever sanciones para las personas jurídicas “eficaces, proporcionadas y disuasorias”.

Sobre esta base, los planteamientos doctrinales y los desarrollos legislativos prevén, con carácter general, un amplio régimen de sanciones penales para las personas jurídicas, de acuerdo a su particular naturaleza, si bien no todas demuestran la misma idoneidad para luchar eficazmente contra la corrupción asociada al COT (atendiendo a la doble finalidad pretendida con el castigo a las empresas). Destacan especialmente las sanciones pecuniarias (en concreto, la multa como contrapunto de los beneficios ilícitos que generan los delitos), así como la inhabilitación para contratar con el sector público y para recibir ayudas públicas (estas últimas son penas idóneas para contrarrestar otras consecuencias negativas que la corrupción produce en el Estado y los ciudadanos, en las reglas de competencia y en las empresas competidoras).

Sin embargo, como señala Gil, existe una confusión generalizada en el plano legislativo nacional sobre la distinción entre penas principales y accesorias para las personas jurídicas, derivado de la ausencia de un claro posicionamiento internacional al respecto, y de la heterogeneidad reinante en las regulaciones de los países estudiados. A este

respecto, no parece objetable la principalidad de la pena de multa por resultar acorde con la naturaleza de las personas jurídicas y con la motivación económica que las llevan a participar en la comisión de los delitos. No sucede, sin embargo, lo mismo en relación con las inhabilitaciones, a pesar de que, según la normativa internacional y las legislaciones nacionales, pueden tener una doble naturaleza (principal o accesoria a la multa), dependiendo de los delitos cometidos (como sucede también cuando se aplican a las personas físicas).

6.1. La multa como pena principal para las personas jurídicas

La multa ha sido desde siempre la pena, por antonomasia, para castigar a las personas jurídicas. A esto han contribuido varios factores. Primero, su propia naturaleza, que hace que la pena de prisión les sea ajena. Segundo, su consideración como seres racionales y amorales que toman sus decisiones con el fin de optimizar sus beneficios. Tercero, su sencilla ejecución, al menos aparentemente. Además, según señala Gil, en la multa pueden confluir las dos dimensiones pretendidas con el castigo a las personas jurídicas por delitos de corrupción: (a) la compensación o recuperación de los beneficios obtenidos ilícitamente; y (b) la disuasión frente a futuras conductas punibles (si bien para ello resulta indispensable que la multa supere las ganancias ilícitas resultantes de los hechos punibles, con el fin de no pueda ser absorbida por estas últimas). En consecuencia, el modelo más eficaz es aquel que para su determinación tiene en cuenta los beneficios ilegales o el valor de los sobornos.

El panorama normativo internacional acoge el carácter principal de las sanciones pecuniarias o monetarias, de las que forma parte la multa junto a otros mecanismos sancionatorios con los que comparte su doble finalidad compensatoria y disuasoria, como el comiso y la reparación del daño. Esto se desprende de los instrumentos que requieren la imposición de sanciones “eficaces, proporcionadas y disuasorias” a las personas jurídicas por actos de corrupción. En consecuencia, no existe, en principio, preferencia por una tipología concreta de sanción pecuniaria, ni tampoco por un determinado mecanismo de determinación y cálculo, mientras se cumpla este doble objetivo.

Sobre esta premisa, se aprecian algunos estándares específicos en algunos organismos internacionales en materia de corrupción (especialmente, cuando está asociada al COT). Así, por ejemplo, en el ámbito regional, la UE se ha posicionado expresamente a favor de la multa como sanción pecuniaria y principal (pero sin ser la única posible), aunque la obligatoriedad de su imposición opera solo cuando el delito lo comete un sujeto situado en el nivel jerárquico superior (dejando libertad a los Estados para su imposición si lo lleva a cabo un subordinado debido al fallo de las medidas de vigilancia y control). Por su parte, la OCDE se ha posicionado en favor de determinar y calcular la pena de multa de las personas jurídicas según el valor de los sobornos o del producto delictivo.

La aplicación de estos estándares internacionales en los sistemas nacionales resulta heterogénea, si bien todos ellos tienen en común considerar la multa como sanción monetaria adecuada para castigar a las personas jurídicas por actos de corrupción (lo que, sin embargo, no siempre se refleja legislativamente en su carácter principal e imposición obligatoria). Del mismo modo, se observan profundas divergencias en cuanto a los mecanismos que se utilizan para su determinación y cuantificación.

Así, España presenta un modelo en el que, siguiendo los estándares de la UE, la multa es la pena principal, optando por su imposición obligatoria, aunque con un sistema farragoso y poco sistemático de determinación de su cuantía, en el que coexisten un modelo mixto de días-multa y otro de multa proporcional, adoptándose el monto más elevado de los dos. Por su parte, la legislación federal estadounidense conoce exclusivamente la multa como sanción “penal” para las personas jurídicas por delitos de corrupción, cuya expresión máxima acoge la FCPA, con cuantías que pueden alcanzar cantidades millonarias hasta un monto predeterminado legalmente (si bien, paralelamente, se regula un régimen alternativo de multa proporcional para cuando la determinación inicial de la cuantía resulte insuficiente para contrarrestar y superar los beneficios ilícitos derivados de los hechos punibles). En todo caso, los sistemas español y estadounidense tienen en común la regulación de determinados factores atenuantes, o agravantes, para la individualización de la multa.

En América Latina, la multa presenta una gran heterogeneidad en el marco de un panorama legislativo muy diverso respecto de la sanción de las personas jurídicas por delitos de corrupción. Así, se aprecian algunos elementos comunes, pero también otros diferenciadores de gran calado y que, en última instancia, determinan la eficacia disuasoria y compensatoria frente a los beneficios obtenidos ilícitamente a través de conductas corruptas vinculadas al COT.

Un claro ejemplo de esta diversidad se observa en la naturaleza preceptiva o facultativa que se atribuye a la multa. Aunque en la mayoría de las legislaciones analizadas la sanción a las personas jurídicas mediante esta pena es preceptiva, en el sistema mexicano no hay mención legal expresa a que la multa sea de obligada imposición dentro del catálogo de penas previsto para las personas jurídicas, ni siquiera cuando los delitos hayan sido instigados o tolerados por quienes son parte de su nivel jerárquico superior. Así mismo, tampoco se recogen los criterios que orientan la labor judicial en la determinación de las penas aplicables según la naturaleza y/o gravedad de los delitos. Ni siquiera los escasos pronunciamientos judiciales en favor del carácter principal de la multa garantizan esta naturaleza. Tampoco la legislación argentina (Ley 27.401) establece con claridad el carácter principal de la multa.

Asimismo, son dispares las opciones de cada sistema jurídico en torno a la cuantificación de la multa, aunque todas comparten el hecho de que, originariamente o mediante reformas legislativas auspiciadas por instancias internacionales (sobre todo por la OCDE), permiten tener en cuenta y superar los beneficios ilegalmente obtenidos a través de los hechos punibles. Por ejemplo, en Argentina, la Ley 27.401 sigue un sistema de multa proporcional a dicho beneficio ilegal, mientras que la Ley 30.393 de Chile y el régimen de consecuencias accesorias del art. 105 del CP peruano realizan el cálculo partiendo del beneficio fiscal y de las unidades impositivas tributarias, respectivamente. México, por su parte, sigue un sistema de días-multa que remite a los ingresos netos del condenado. Aunque estos tres últimos sistemas legislativos no partirían, estrictamente, de un modelo de cálculo de la multa proporcional a los beneficios obtenidos por las conductas corruptas, cumplirían, en abstracto, las mencionadas finalidades de disuasión y compensación.

Finalmente, ninguno de los sistemas analizados contempla un régimen alternativo de determinación de la multa, que pueda ser aplicable cuando no es posible cuantificar los beneficios obtenidos ilícitamente. La imposibilidad de cálculo deviene total en el caso argentino, mientras que otros ordenamientos permiten soslayar esta laguna, dado que el criterio del beneficio opera como criterio de graduación de la multa, pero no como base para su cálculo (si bien pueden existir otras debilidades como que la multa no resulte lo suficientemente elevada para contrarrestar debidamente las ganancias ilícitas).

Aunque Colombia no recoge la RPPJ, en los proyectos de ley presentados a este respecto se reflejan, en esencia, los mismos problemas que presentan otros sistemas latinoamericanos. Así, los proyectos 117 (2018) y 178 (2020) dotaban a la multa de naturaleza facultativa, supeditándose la decisión de si imponer la pena de multa (u otra), así como la cuantía de aquella, a la gravedad de los delitos, el tamaño, naturaleza y capacidad económica de las personas jurídicas y la inexistencia o defectuosa implementación de los programas de cumplimiento.

En cuanto al régimen de cálculo de la pena, el proyecto de ley 178 (2020) ofrecía una regulación más adecuada que su predecesor, al prever un sistema de multa proporcional en función de los ingresos brutos anuales de las personas jurídicas condenadas durante el año inmediatamente anterior (en contraste, el proyecto de ley 117 (2018) se limitaba a remitirse a la aplicación de las reglas de determinación de la pena de multa recogidas en el CP colombiano para las personas físicas).

No obstante, el proyecto de ley 178 (2020) presentaba otro tipo de deficiencias que ponían en entredicho su idoneidad para tener una eficacia disuasoria y compensatoria, entre las que destaca el hecho de que los beneficios ilegales no eran un criterio a considerar al decidir qué penas y qué cuantías imponer a las personas jurídicas. Además, solo atendía a los ingresos brutos del año inmediatamente anterior a la condena, lo que podría ser insuficiente para compensar los beneficios ilícitos obtenidos a lo largo del tiempo mediante tramas de corrupción (sobre todo, dada su complejidad y duración cuando son promovidas por el COT).

6.2. La inhabilitación para contratar con el sector público

Si la multa se centra en la supresión o privación de los beneficios ilícitos que generan los delitos, en la medida en que la corrupción (sobre todo cuando está asociada al COT) tiene una motivación eminentemente económica, parece necesario, como afirma Gil, complementar este castigo con otras sanciones penales para contrarrestar el impacto negativo que los actos corruptos producen en los intereses públicos y privados. Por ello, los organismos internacionales recomiendan que, además de la multa, los Estados establezcan sanciones penales que inhabiliten a las empresas para participar en concursos o contratar con el sector público.

Esta sanción de inhabilitación es una pena contraria a la autorregulación empresarial, siendo su objetivo prescindir en las relaciones comerciales del sector público de aquellas entidades que no se comportan íntegramente. Tiene un efecto neutralizador importante sobre el accionar delictivo empresarial, si bien presenta al mismo tiempo un gran contenido aflictivo porque imposibilita (o al menos restringe de manera importante) la futura actividad empresarial, y además no es asumible en los costes de la empresa, reduciendo, por tanto, su capacidad competitiva.

La eficacia preventiva de esta pena para abordar el fenómeno de la corrupción depende de su régimen jurídico. Además, si bien varias instancias internacionales han destacado su valor como herramienta anticorrupción (pero sin decantarse por un régimen específico), no siempre aparece recogida expresamente en los instrumentos contra la corrupción, como sucede en el caso de CICC de la Organización de Estados Americanos (OEA). Como resultado, no se puede hablar de un posicionamiento común a nivel internacional en cuanto a la duración, contenido o naturaleza principal o accesoria de esta pena de inhabilitación.

A instancias de la OCDE, las Recomendaciones Anticorrupción de 2021 han tratado de suavizar el impacto negativo que genera a corto plazo en las personas jurídicas la inhabilitación para contratar con el sector público, siempre y cuando concurren ciertas circunstancias que atenúen su responsabilidad, como la adopción de un programa de cumplimiento o de medidas reparadoras del daño causado. En

consecuencia, la OCDE parece implícitamente decantarse por un régimen facultativo o discrecional para esta pena, de conformidad con una política de fomento de la integridad empresarial y un régimen de responsabilidad para la persona jurídica cimentado sobre la autorregulación regulada.

A nivel interno, esta pena se caracteriza también por la heterogeneidad y diversidad de su regulación. Además, ciertos ordenamientos jurídicos que reconocen la RPPJ, no la prevén como pena, sino como sanción administrativa, tal y como sucede en el sistema federal de EE.UU.

Según Gil, los elementos que condicionan la eficacia preventiva de esta pena son su objeto, su aplicación obligatoria o facultativa, su duración y sus criterios de determinación e individualización. En cuanto al objeto, ninguna de las legislaciones latinoamericanas estudiadas aborda adecuadamente la doble dimensión de prescindir de las personas jurídicas condenadas en los procesos de contratación o licitación existentes al momento de ser condenada y futuros (la normativa española tampoco prevé esta distinción). No obstante, no parece haber obstáculos legales para que dichas legislaciones puedan interpretarse como incluyendo ambos aspectos.

Además, es de vital importancia para que esta pena permita contrarrestar los efectos negativos de la corrupción que incluya a todos los organismos públicos de las distintas administraciones territoriales del país afectado, así como a las empresas o entidades con participación pública. Sin embargo, existen diferencias importantes a este respecto entre los sistemas latinoamericanos, siendo el mexicano y el peruano los que presentan un menor alcance. El art. 422 CPPN vincula la inhabilitación a los procedimientos de contratación con el sector público, lo cual genera la duda de si incluye, o no, a las empresas o entidades participadas total o parcialmente con capital público (esto no le impide extender, al mismo tiempo, su aplicación, tanto a la participación directa, como por personas interpuestas, en los procesos de contratación del sector público, con el fin de evitar posibles fraudes en la aplicación de la pena). Plantea igualmente problemas sobre su alcance el art. 17 de la Ley Penal Tributaria peruana (única norma penal que prevé una inhabilitación para contratar de las personas jurídicas), tanto en relación con los organismos estatales

a los que es extensible, como si tienen cabida en la suspensión las empresas públicas. En contraste, la Ley 20.393 de Chile destaca positivamente, al tratar de evitar posibles “vacíos” en su alcance, como consecuencia de las varias recomendaciones realizadas a instancia del Grupo de Trabajo de seguimiento a la implementación de la Convención OCDE.

Como elemento en común, los ordenamientos latinoamericanos adoptan un modelo de aplicación discrecional o facultativo, en la medida en que son los jueces quienes han de decidir sobre la imposición de una o varias de las penas previstas para las personas jurídicas. Esto genera inseguridad jurídica en relación con los supuestos en los que esta pena es aplicable, al no contar hasta el momento con una casuística judicial suficientemente consolidada. Se desmarcan así estos sistemas de la regulación española, en la que convive un doble régimen de imposición, dado el carácter principal e imposición obligatoria de esta pena con respecto a ciertos delitos, y su naturaleza accesoria y facultativa frente a otros (si bien, en ambos casos va siempre acompañada de la multa).

De todas formas, un sistema de aplicación facultativa no tiene por qué resultar ineficaz, en la medida en que sean adecuados los parámetros que guíen la decisión judicial en la determinación de la pena aplicable y su graduación. Además, un modelo discrecional puede compatibilizar la finalidad disuasoria y aflictiva con la pretensión de que sirva de incentivo de autorregulación empresarial en línea con las Recomendaciones Anticorrupción de la OCDE de 2021.

Lo anterior conduce a los criterios de determinación y graduación, donde se aprecian, nuevamente, grandes diferencias, puesto que únicamente las legislaciones argentina, chilena y mexicana incorporan reglas generales de valoración que han de ponderarse en el caso concreto (estableciendo un régimen de determinación menos farragoso que el que presenta el CP español). La clara influencia de la Ley 20.393 de Chile en las legislaciones de otros países del entorno, se refleja en que, por ejemplo, el art. 422 del CPPN mexicano, reproduce su contenido en lo relativo a esta pena, si bien la regulación chilena acoge un sistema de atenuantes y agravantes aplicables a las personas jurídicas que no se prevé en el caso mexicano.

Los elementos de coincidencia en torno a los criterios de determinación e individualización son, además, parciales con la Ley 27.401 de Argentina, sobre todo en lo que se refiere al monto de dinero involucrado, tamaño, naturaleza y capacidad económica de las personas jurídicas, y grado de cumplimiento de las normas legales y reglamentarias. Sin embargo, ninguno de estos sistemas nacionales prevé criterios específicos que orienten al juez a la hora de: (a) decidir sobre su imposición o no; y (b) buscar la manera de compatibilizar la dureza de esta pena con la tendencia más reciente en el panorama internacional de fomentar la rehabilitación empresarial en su aplicación.

En lo relativo a la duración de la inhabilitación, todos los regímenes analizados superan con creces la recomendación de la ONU de que tenga al menos una duración de hasta un año (suspensión) o de hasta tres (inhabilitación), incidiendo en su carácter intimidatorio y neutralizador. Así, por ejemplo, la Ley 27.401 de Argentina prevé hasta diez años de inhabilitación en los delitos de blanqueo y corrupción, mientras que la Ley 20.393 de Chile y el régimen de consecuencias accesorias del CP peruano establecen un plazo máximo de cinco años.

Por su parte, las mismas fluctuaciones se aprecian en los plazos mínimos de aplicación de la pena, siendo seis meses en el caso mexicano, dos años para Chile y no existiendo un mínimo de duración en Argentina y Perú. Con todo, excepto en la legislación chilena, se echa en falta en todos los demás sistemas una previsión que regule la comunicación de imposición de esta sanción al correspondiente organismo público, con el fin de que pueda asegurarse que las empresas condenadas no pueden acceder a un contrato, concurso, limitación o adjudicación futura.

En relación con Colombia, los proyectos de ley 117 (2018) y 178 (2020) siguen lo dispuesto en las legislaciones latinoamericanas en relación con los cuatro aspectos analizados, que miden la idoneidad de la prohibición para contratar con el sector público en la lucha contra la corrupción vinculada al COT. Así, sobre la base de un modelo de aplicación discrecional, el proyecto de ley 178 (2020) buscaba incorporar la tendencia más reciente a nivel de la OCDE, al introducir un componente rehabilitador en la configuración de esta pena. Ello

no supone necesariamente renunciar a su finalidad disuasoria, sino que puede entenderse como una forma de reforzar este mensaje, en la medida en que las empresas pueden ver recompensados sus esfuerzos por comportarse íntegramente en sus actividades económicas y, particularmente, en sus relaciones comerciales con el Estado.

El proyecto de ley 178 (2020) reconocía también una doble naturaleza a la inhabilitación para contratar con el sector público (principal y accesoria), recogiendo para este último caso el régimen más severo de todos los analizados en cuanto a su duración máxima, hasta los veinte años. No obstante, el articulado del proyecto no recogía los criterios para: (a) determinar cuando la pena era principal y obligatoria, o accesoria y facultativa; y (b) explicar por qué su extensión como pena accesoria (20 años) podía ser hasta cinco veces superior al límite máximo establecido en caso de aplicarse como pena principal (cuatro años).

6.3. La inhabilitación para recibir ayudas públicas

La pena de denegación o prohibición para que las empresas puedan ser beneficiarias o adjudicatarias de beneficios o ayudas públicas se dirige, al igual que la pena de inhabilitación para contratar con el sector público, a prevenir los efectos negativos de la corrupción que no pueden ser revertidos mediante la multa.

Como señala Gil, esta inhabilitación pone el foco en neutralizar el comportamiento futuro de las personas jurídicas condenadas (prevención especial negativa), excluyéndolas de los beneficios concedidos por las entidades públicas (incentivos fiscales, ayudas o subvenciones sin contraprestación, licencias para el comercio y la exportación, incentivos para la creación de empleo, acceso a créditos o garantías, entre otros) o rescindiendo los ya otorgados. Además, supone una llamada de atención al sector empresarial, mandando un mensaje disuasorio frente a comportamientos no íntegros, dado el severo impacto que la supresión de estas ayudas y beneficios supone para el funcionamiento de las empresas (prevención general negativa). Todo ello, con el fin de incentivar su comportamiento conforme a la ley (prevención general positiva).

A pesar de la importancia que según las ONU tiene esta pena en la lucha contra la corrupción doméstica y transnacional, así como en la promoción de la integridad empresarial, con especial incidencia cuando se trata de actividades comerciales internacionales apoyadas por organismos nacionales de crédito a la exportación, no existe una tendencia internacional común en cuanto a su articulación. Así, algunos instrumentos convencionales en la materia ni siquiera la mencionan, como sucede con la CICC y la CPCEC en el ámbito regional, o la CNUCC y la CNUDOT en el ámbito universal (si bien sí está presente en los documentos vinculados a estas dos últimas).

Con todo, la OCDE (en su Recomendaciones Anticorrupción de 2009) y la ONU han mostrado una especial preocupación por incluir en este tipo de sanción penal toda forma de beneficio, ventaja o ayuda estatal, particularmente los créditos de ayuda a la exportación, que deben ser tenidos en cuenta por las disposiciones nacionales que regulen esta pena. Sin embargo, no existen estándares internacionales en cuanto a su extensión y duración, sino solo ciertas pautas genéricas que dejan discrecionalidad a los estados. Lo mismo sucede con su naturaleza de pena principal y obligatoria, o accesoria y facultativa.

Esta situación condiciona su regulación en los ordenamientos internos, de manera que no todos los sistemas jurídicos prevén esta sanción como una pena, sino que algunos la incorporan en su régimen administrativo, como sucede en los EE.UU.

En contraste, en España sí se recoge en el catálogo de penas para las personas jurídicas, estableciéndose un doble régimen de imposición (obligatoria en unos casos, y facultativa en otros) en función del delito implicado, el cual contiene las siguientes incongruencias: (a) su carácter no obligatorio en delitos tan graves como el soborno a funcionarios extranjeros o la corrupción en los negocios; (b) su menor duración cuando su imposición es obligatoria (junto a la multa), y su mayor extensión cuando se configura como una pena accesoria de aquella (lo que puede mermar su eficacia preventiva y disuasoria contra la corrupción).

En el dispar escenario legislativo sobre la RPPJ existente en América Latina, y en consonancia con la ausencia de un posicionamien-

to expreso internacional, este tipo de sanción es desconocido en las regulaciones mexicanas y peruanas. Por su parte, la Ley 27.401 de Argentina, y la Ley 20.393 de Chile la prevén con carácter facultativo para las personas jurídicas por delitos de corrupción, quedando su imposición en manos de la discrecionalidad judicial, con base en los criterios generales orientadores recogidos en ambas normas.

En todo caso, la Ley 20.393 de Chile es la que contiene más elementos que favorecen la eficacia de esta pena en la lucha contra la corrupción, incluyendo los siguientes: (a) un amplio alcance en cuanto a las ayudas o beneficios a los que es aplicable; (b) el establecimiento de un doble sistema de individualización de la pena en función de que se trate de una prohibición futura (base porcentual respecto de las ayudas o beneficios con varias horquillas según la gravedad del delito), o una suspensión de ayudas o ventajas ya existentes (duración temporal); y (c) límites suficientemente elevados en ambos casos (entre 2 y 5 años) para desplegar su efecto disuasorio.

En el caso colombiano, el proyecto de ley 178 (2020) dio un paso atrás respecto del proyecto 117 (2018), en la medida en que prescindió de esta pena para las personas jurídicas. Así, el proyecto 117 (2018) recogía esta pena en línea con las regulaciones del entorno (esto es, como una pena accesoria y discrecional para las personas jurídicas), lo que facultaba al juez para decretar la pérdida total o parcial de los beneficios fiscales (entendidos como tales los señalados en la ley) o la prohibición absoluta de su recepción. En todo caso sería deseable que futuros proyectos recojan una versión mejorada de este régimen en línea con la regulación chilena, y que su duración no se vincule a la duración de la pena privativa de libertad impuesta a las personas físicas por el mismo delito.

7. RÉGIMEN SANCIONATORIO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR SU INTERVENCIÓN EN DELITOS DE CORRUPCIÓN EN COLOMBIA

Aunque Colombia no ha optado por la vía penal para sancionar a las personas jurídicas (ni siquiera en los casos de corrupción vinculados al COT), ha adoptado los principales instrumentos internacio-

nales que prevén la responsabilidad de las personas jurídicas en relación con la corrupción y el COT (Convención de las Naciones Unidas para la Represión del Financiamiento del Terrorismo (CNURFT) (1988), la CNUDOT, la CNUCC, la Convención OCDE y la CICC).

En este contexto, y ante la facultad que los instrumentos internacionales atribuyen a los Estados para determinar la naturaleza de la responsabilidad de las personas jurídicas, Colombia ha elegido la vía administrativa, si bien varias disposiciones de su legislación procesal penal se refieren a sus autoridades administrativas. De ahí el debate sobre si en Colombia, a pesar de haberse rechazado hasta la fecha varios proyectos para establecer la RPPJ, se ha podido reconocer la misma a través de estas disposiciones, o si la regulación administrativa existente tiene realmente una naturaleza penal (Jiménez, capítulo 7).

Pantoja y Ramírez sistematizan las vías de sanción a las personas jurídicas en Colombia de la siguiente manera: (a) la suspensión y cancelación de la personería jurídica y la vinculación como terceros civilmente responsables en el incidente de reparación integral en el ámbito procesal penal (arts. 91 y 107 de la Ley 906 (2004)); (b) la inhabilidad para contratar con el Estado por la comisión de ciertos delitos (Ley 80 (1993)) y la responsabilidad administrativa por delitos de corrupción (Ley 2195 (2022)); y (c) la extinción del derecho de dominio sobre uno o varios bienes que hayan sido producto o utilizados en forma ilícita (Ley 1708 (2014)).

A pesar de que, según esta sistematización, existen distintos tipos de sanciones y consecuencias jurídicas para las personas jurídicas, el detallado análisis realizado por Jiménez (capítulo 7) muestra algunas luces, pero, sobre todo, muchas sombras sobre su eficacia para responder a su participación en delitos de corrupción.

En primer lugar, como señala Jiménez, la cancelación de la personería jurídica de las sociedades u organizaciones o el cierre de sus locales o establecimientos abiertos al público, introducido por medio de la Ley 365 (1997) en el Código de Procedimiento Penal (CPP) es una medida contra la delincuencia organizada que ha pervivido más de veinte años de sucesivas reformas procesales (Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004). Si bien el juez penal puede imponer esta sanción

en la sentencia condenatoria cuando exista convencimiento más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que las originaron, la ausencia de una parte general referida a las personas jurídicas en el CP colombiano y la falta de un marco procesal específico aplicable a las mismas suponen obstáculos prácticos nada desdeñables para su aplicación.

Por otro lado, la Ley 2111 (2021), por la que se modifican los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, así como el CPP, añadió a la cancelación la inhabilitación de la entidad para constituir nuevas personas jurídicas, locales o establecimientos abiertos al público con el mismo objeto o actividad económica. Si bien esta medida podría tener un efecto positivo mientras se dirime el proceso de cara a evitar que, bajo un nuevo nombre y fisonomía, las entidades involucradas en tramas corruptas pudieran seguir siendo utilizadas para actividades delictivas, lo cierto es que no ha sido aplicada hasta el momento. Esto se debe a que su regulación presenta una técnica legislativa deficiente y contiene varios aspectos controvertidos, entre los que destacan los siguientes: (a) la inexistencia de una base de datos unificada a nivel nacional de personerías suspendidas o canceladas a la que puedan acceder las notarías y las cámaras de comercio para detectar la constitución fraudulenta de nuevas personas jurídicas; y (b) la adopción de una regla de responsabilidad objetiva, que parece que permite sancionar a las personas jurídicas sin el respeto a las garantías del debido proceso administrativo.

La cancelación de la personería jurídica se recoge igualmente en la Ley 1474 (2011), que desarrolla el régimen de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por actos de corrupción en el marco de los delitos contra la administración pública o el patrimonio público, y en la Ley 1778 (2016) relativa a los actos de soborno transnacional. Sin embargo, estas disposiciones: (a) no aportan nada al régimen procesal general ya existente, reproduciendo los mismos problemas que plantea la norma matriz del CPP; y (b) difieren de lo establecido en la norma matriz del CPP, al exigirle al juez penal probar que las personas jurídicas buscaron beneficiarse de los delitos cometidos por sus administradores. En conclusión, existiría una dualidad de regímenes incompatible con el principio de igualdad que consagra la Constitución Política colombiana (a pesar de lo cual se

mantiene en la Ley 2195 (2022)), como quiera que para otros delitos es suficiente probar que las personas jurídicas se han dedicado total o parcialmente al desarrollo de las actividades delictivas.

En consecuencia, el régimen de cancelación de la personería jurídica no constituye actualmente una herramienta idónea para combatir eficazmente la lucha contra la corrupción y el COT, debido a sus disfuncionalidades y ausencia de aplicación práctica. En particular, ante la ausencia de parámetros sustantivos y procesales que guíen al juez al determinar si las personas jurídicas han intervenido en el delito, Jiménez propone su reforma para exigir únicamente a los jueces penales la identificación de indicios de dicha participación al inicio del proceso, con el fin de dar traslado a las superintendencias (sobre todo a la de Sociedades), para que sean ellas las que inicien el procedimiento administrativo sancionatorio contra la entidad.

En segundo lugar, el régimen que vincula como terceros civilmente responsables a las personas jurídicas que participan en la comisión de un delito (introducido por la Ley 1474 (2011), e incluido en la Ley 1778 (2016) con respecto al soborno transnacional y en la Ley 2195 (2022) en relación con otros delitos de corrupción) contradice la doctrina de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. La Corte ha manifestado que los terceros civilmente responsables son personas naturales o jurídicas que no han participado en la ejecución del delito, pero que responden patrimonialmente por sus daños por tener algún tipo de vinculación con los penalmente responsables. En el caso de las personas jurídicas, por la culpa “*in eligendo*” o “*in vigilando*” sobre la actuación de sus integrantes, o porque los delitos de estos últimos se producen en el cumplimiento o con ocasión de sus funciones en la entidad. Por ello, el régimen que vincula a las personas jurídicas como terceros civilmente responsables merece también una valoración negativa, ya que, si se acredita su participación delictiva, corresponde declararlas como responsables civiles directos de la reparación integral de los daños causados, y no como terceros civilmente responsables.

En tercer lugar, la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, que permite imponer multas e inhabilitar permanentemente para contratar a las personas jurídicas, se dirige, como señalan Pantoja y Ramírez, a: (a) impedir que las personas físicas involucra-

das (sean o no parte del COT) dispongan de instrumentos corporativos con los que volver a incurrir en actos de corrupción; y (b) eliminar cualquier incentivo económico para cometer delitos relacionados con la corrupción.

Además, como señala Jiménez, la Ley 2195 (2022), por la que se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción, reforma sustancialmente las leyes 1474 (2011) y 1778 (2016) (en las que se desarrolla inicialmente la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas), e incorpora un modelo de auto-responsabilidad moderado en la medida en que se transfiere la responsabilidad de los sujetos individuales a las entidades, pero se exige igualmente verificar la promoción o anuencia por estas últimas de las conductas punibles. Como consecuencia, también en la regulación colombiana los programas de cumplimiento asumen un papel protagónico en la determinación de las decisiones que afectan a las personas jurídicas.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, tampoco este régimen ha tenido apenas aplicación, puesto que, como indica Jiménez, únicamente existen hasta la fecha dos sanciones administrativas a personas jurídicas por soborno transnacional, en el marco de los requerimientos de la Convención OCDE. Esto muestra un déficit de capacidad operativa de la Superintendencia de Sociedades para responder administrativamente frente a la corrupción, en particular cuando se asocia al COT. Ante esta situación, se propone la necesidad de crear un nuevo órgano supervisor, que permita aligerar la carga operativa de la Superintendencia de Sociedades y enfocar sus esfuerzos en acciones prioritarias, como la detección de otros casos de soborno transnacional.

Al margen de lo anterior, un análisis detallado del régimen de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en Colombia, permite alcanzar, como señala Jiménez, las siguientes conclusiones:

1. El régimen previsto en la Ley 1474 (2011), vigente hasta la aprobación de la Ley 2195 (2022), otorgaba la posibilidad de que la Superintendencia de Sociedades impusiera multas a las personas jurídicas cuando, con el consentimiento de su representante legal o

de alguno de sus administradores o con la tolerancia de los mismos, la sociedad hubiera participado en la comisión de un delito contra la administración pública o contra el patrimonio público.

Esto planteaba la duda de si el inicio de la actuación administrativa dependía de la decisión del juez penal, en cuyo caso se corría el riesgo de que la competencia de la Superintendencia ya hubiera caducado cuando recibiera la actuación (plazo de cinco años). Además, si el juez había ordenado la cancelación de la personería jurídica ya no sería posible imponer la multa, al no estar disponibles sus activos para garantizar el pago.

Finalmente, si su competencia no dependía del juez penal, entonces le correspondía acreditar elementos de naturaleza claramente penal, como es el consentimiento o la tolerancia de alguno de los administradores con respecto al delito. No es, por ello, de extrañar, que durante la vigencia de esta Ley no se dictara ninguna resolución sancionatoria.

2. La capacidad sancionadora de la Superintendencia de Sociedades se amplió por la Ley 1778 (2016) en relación con el soborno transnacional, incrementando el máximo de la multa (hasta doscientos mil salarios mínimos). Sin embargo, este régimen igualmente restringe su margen de actuación en varios sentidos: (a) la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas se limita al delito de cohecho por dar u ofrecer; (b) se condiciona la competencia de la Superintendencia de Sociedades a la existencia de una condena penal contra alguno de los administradores (algo que no quedaba claro en la Ley 1474); y (c) se exige probar que las personas jurídicas obtuvieron un beneficio ilícito como resultado del cohecho, así como la relación entre dicho beneficio y el consentimiento o tolerancia de los condenados (requisito que ya se recogía en Ley 1474).

Además, la Ley 1778 (2016) añade dos aspectos igualmente cuestionables. Por un lado, la falta de previsión de responsabilidad de las personas jurídicas cuando el delito lo cometen sus socios o un tercero. Por otro, mantiene las mismas disfuncionalidades en lo relativo a la cancelación de la personería jurídica, puesto que al ordenar esta, se hacía imposible la ejecución de la pena de multa.

3. la Ley 1778 (2016) recoge, al mismo tiempo, ciertas reglas que, en principio, merecen una valoración positiva, como: (a) prever la responsabilidad de las sociedades matrices cuando los delitos son cometidos por los empleados, contratistas, administradores o asociados de cualquiera de las personas jurídicas subordinadas; y (b) el mantenimiento de la competencia sancionadora de la Superintendencia de Sociedades por soborno transnacional en supuestos de fusión o escisión. No obstante, aunque esta última previsión resulta útil para impedir elusiones fraudulentas de responsabilidad, parece encubrir una responsabilidad objetiva de la sociedad absorbente, escidente o beneficiaria, por lo que hubiera sido más adecuado prever en estos casos la responsabilidad civil solidaria de la matriz por el pago de la multa.

También merece, en principio, una valoración positiva la asignación a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales el deber de informar a la Superintendencia de Sociedades de “[...] todo reporte de actividad sospechosa que indique la presunta realización de conductas típicas establecidas como soborno transnacional”. Sin embargo, consagra un deber de imposible cumplimiento, en la medida en que las entidades vigiladas de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) no están obligadas a informar de dichas actividades sospechosas.

4. Con la Ley 2195 (2022) se introducen algunas modificaciones a la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por delitos de corrupción, excepto en lo relativo al soborno transnacional. Entre ellas, destaca que la competencia deja de ser exclusiva de la Superintendencia de Sociedades para quedar a cargo de cada superintendencia, pero manteniendo los mismos requisitos para determinar la sanción administrativa de las personas jurídicas, con un sola modificación: el requisito del beneficio en favor de la persona jurídica, así como el consentimiento o tolerancia, ya no se predicen respecto de los administradores condenados, sino de la propia persona jurídica, “por acción u omisión, considerando la aplicación de sus respectivos controles de riesgo”. En consecuencia, las superintendencias solo pueden sancionar a las personas jurídicas si se cumplen los requisitos relativos a: (a) la sentencia previa; (b) el beneficio; y (c) el consentimiento o tolerancia.

5. Por otro lado, hay que valorar positivamente la ampliación de los delitos a los que se les aplica la Ley 2195 (2022), incluyendo un amplio listado de delitos de corrupción. Desde una estrategia anticorrupción, merecen igualmente una valoración positiva las sanciones que establece, así como su difusión, en atención a la finalidad preventivo especial y general negativa que despliegan.

Además, por exigencia legal, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado debe recaudar la información sobre las sentencias condenatorias impuestas por los delitos que conforman el ámbito de aplicación de esta Ley, así como requerir a la Cámara de Comercio para que le informe de las sociedades donde las personas condenadas actúan como empleados. De este modo, recibida la información, la Agencia debe remitirla a la correspondiente autoridad administrativa “[...] a fin de que se inicie el proceso administrativo sancionatorio correspondiente”. Esta previsión contribuye a garantizar la ejecución de las sanciones, además de que obliga a las empresas a tener conocimiento de toda sentencia condenatoria contra alguno de sus empleados o cargos, al objeto de evaluar si el hecho les generó un beneficio y si la entidad toleró o consintió el delito. De constatarse lo anterior, la empresa debería adoptar una conducta de colaboración, poniendo los hechos (así como las pruebas sobre los mismos) en conocimiento de su órgano de control administrativo, además de adoptar las medidas necesarias para prevenir futuros actos de corrupción.

6. Con todo, se concluye que las superintendencias se siguen enfrentando a algunas dificultades en su actuación sancionadora, entre las que destacan las siguientes: (a) los recursos materiales y humanos con los que actualmente cuentan para ejercitar su potestad; (b) la falta de experticia en lo que atañe a valorar y determinar si las personas jurídicas se han beneficiado de los delitos cometidos por alguno de sus empleados y si esto ha sucedido con su consentimiento o tolerancia. A este respecto, es recomendable la celebración de convenios interadministrativos de transferencia de conocimiento con algunas autoridades administrativas con experiencia en este campo, como: (a) la Superintendencia Financiera, a cargo del Sistema de Administración de Riesgos derivados del Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo (SARLAFT); y (b) la Superintendencia

de Sociedades, que es responsable del Programa de Transparencia y Ética Empresarial (PTEE).

7. Especial atención merece la multa como posible sanción aplicable a las personas jurídicas por las superintendencias, de hasta doscientos mil salarios mínimos (tope máximo que ya había establecido la Ley 1778 (2016) en casos de soborno internacional y que igualmente recoge la Ley 2195 para otros delitos de corrupción). Además, ambos regímenes permiten rebasar este límite en atención al mayor valor del beneficio obtenido o pretendido, lo que refuerza la finalidad disuasoria de esta sanción.

No obstante, no parece merecer la misma valoración la fórmula que contempla ambas regulaciones por las que se autoriza a las superintendencias a destinar hasta el 10% de la multa impuesta a la adopción, fortalecimiento o actualización del programa de transparencia y ética empresarial de las personas jurídicas responsables. Destinar ingresos tributarios a gastos de entidades de derecho privado vulneraría normas orgánicas y constitucionales.

8. Existen otros aspectos normativos del régimen administrativo de responsabilidad de las personas jurídicas de los que se extraen igualmente algunas conclusiones críticas. Entre ellos destaca el hecho de que la Ley 2195 (2022) prevé un régimen de responsabilidad de las personas jurídicas concurrente exclusivamente con el administrador que cometió el delito, dejando fuera a otras personas físicas igualmente relevantes.

Una manera de salvar esta insuficiencia es completar esta previsión en materia de soborno transnacional con lo dispuesto en algunas disposiciones de la Ley 1778 (2016), a fin de interpretar que la responsabilidad individual pueda recaer en cualquier integrante de la entidad, con independencia de cuál sea su posición en la misma, y no únicamente en el administrador. Sin embargo, estas disposiciones podrían interpretarse también como el reconocimiento de una responsabilidad objetiva, algo proscrito constitucionalmente.

En este mismo riesgo de interpretación en favor de una responsabilidad objetiva podría caerse también en relación con la Ley 2195 (2022), en el caso de la responsabilidad de las sociedades subordinadas, cuando cualquier otra persona jurídica que sea parte del mismo

grupo incurra en soborno transnacional en beneficio de las subordinadas. Por ello, en esta hipótesis normativa, habría que exigir que el delito de soborno transnacional cometido en su beneficio lo haya sido con el consentimiento o la tolerancia de la correspondiente subordinada (al igual que se requiere para sancionar a la matriz cuando una de sus subordinadas incurre en soborno transnacional).

Por último, tampoco se comprende por qué no se ha incluido la remoción de los administradores de las personas jurídicas que hayan sido condenados por soborno transnacional, o que hayan tolerado o consentido la conducta de las personas físicas condenadas penalmente, como sí se hace en el caso de otros delitos de corrupción.

9. Respecto de la inhabilidad para contratar de las empresas de las que sean socias las personas naturales condenadas por la comisión de delitos contra la administración pública con pena privativa de libertad, o por delitos de soborno transnacional (con excepción de los delitos culposos), así como sus matrices y sus subordinadas (sanción ya prevista por la Ley 1474 (2011) y ampliada por la Ley 2014 (2019)), se puede concluir lo siguiente: (a) la Ley 2014 (2019) extiende la inhabilidad a las empresas de las que sean socias, administradores o directores las personas naturales condenadas por conductas delictivas previstas en las convenciones o tratados anticorrupción suscritos y ratificados por Colombia, así como las personas jurídicas sancionadas administrativamente por soborno transnacional; (b) esta inhabilidad es extensible también a las matrices, sus subordinadas y los grupos empresariales a los que estas pertenecen (cuando los delitos son parte de una política del grupo), y a las sucursales de sociedades extranjeras, a excepción de las sociedades anónimas abiertas; (c) aunque se trata de un régimen loable para combatir la corrupción, no parece respetar los principios constitucionales ni otras disposiciones legales, en la medida en que supone la transferencia de una consecuencia penal a estas entidades por los delitos cometidos por sus socios, administradores o directores, sin que se exija la participación de la sociedad inhabilitada, lo que es expresión de una responsabilidad objetiva; y (d) a pesar de ello, esta medida se mantiene en el régimen de responsabilidad administrativa que dispone la Ley 2195 (2022), de conformidad con la Ley 80 (1993).

10. Aunque la vía por la que, de momento, ha optado Colombia para sancionar a las personas jurídicas por su participación en delitos de corrupción ha sido la administrativa, no es menos cierto que se han sucedido en el tiempo varios intentos frustrados para consagrar la RPPJ, los cuales han fracasado bien por haberse declarado la inconstitucionalidad de alguna disposición específica al vulnerar principios fundamentales del derecho penal (como ha sucedido en materia de contrabando y de medio ambiente), bien por tratarse de proyectos que han quedado abandonados (proyectos de ley del Senado 117 (2018) y 178 (2020), y proyecto de ley del Congreso 149 (2020)).

11. Los regímenes específicos de las circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes, así como de las penas de multa, prohibición para contratar con el sector público y prohibición para recibir ayudas públicas, ya han sido expuestos en este capítulo, desprendiéndose ahora otras conclusiones referidas a otros aspectos regulados en estos proyectos. Merece una valoración positiva el hecho de que todos ellos consagran la independencia de la responsabilidad de las personas físicas y jurídicas, de manera que el castigo de estas últimas no depende de la condena de las primeras.

Así mismo, también merece para Jiménez una valoración positiva: (a) el hecho de excluir de responsabilidad a las entidades públicas, como sucede en el proyecto 178 (2020), en atención a las penas aplicables, si bien resulta cuestionable el alcance de esta inmunidad¹; (b) la previ-

¹ Tradicionalmente se han esgrimido varias razones en contra de hacer responsables, penal o administrativamente, a las personas jurídicas públicas: (a) sancionar a la entidad de naturaleza pública vulneraría el principio de separación de poderes, al ser una intromisión injustificada en el ámbito de la administración pública; (b) supondría igualmente una auto-sanción por parte del Estado, titular de la potestad sancionadora (penal y administrativa); y (c) la sanción afectaría a la continuidad de la actividad de prestación del servicio público. Contra esta postura, sin embargo, la responsabilidad de las personas jurídicas públicas se ha defendido con el argumento de que, si tienen asignado el cumplimiento de servicios públicos, y participan en competencia directa con las empresas privadas, no existirían motivos para merecer un trato privilegiado que les excluya de sanción, en la medida en que el delito es expresión de una cultura institucional de fomento, tolerancia o anuencia para la comisión de delitos. Esta postura diferencia el tipo de entidad de naturaleza pública a efectos de su sanción. De tratarse

sión de reglas específicas relativas a la transmisión de responsabilidad en supuestos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe (previsión que desafortunadamente desapareció del proyecto de ley 178 (2020) y que en el ámbito administrativo solo se prevé en la Ley 1778 (2016) en relación con el soborno transnacional).

12. Con todo, algunos aspectos de estos proyectos también resultan cuestionables. Por ejemplo, la razón por la que se ha definido un diferente ámbito de aplicación delictiva en uno u otro proyecto (más o menos amplio en cada texto prelegislativo), o la ausencia de previsión de una reforma procesal que defina el estatuto procesal de las personas jurídicas.

Además, se observa en aspectos concretos una falta de armonía con la regulación administrativa que sanciona a las personas jurídicas por delitos de corrupción, como sucede con la ausencia de previsión del castigo de las entidades subordinadas cuando las personas físicas de cualquier otra persona jurídica que sea parte del mismo grupo incurran en el delito en beneficio de las subordinadas y con su consentimiento o tolerancia.

Todo ello lleva a la conclusión final de que, si en el futuro se continúa persistiendo en introducir la RPPJ para los casos de participación delictiva en la legislación colombiana, debería entonces venir acompañada de una parte general, un catálogo de infracciones y un estatuto procedimental específicos que permitan al juez o fiscal dirimir la cuestión de su castigo penal.

8. REFLEXIONES FINALES

Para finalizar este capítulo, hemos considerado importante realizar las siguientes reflexiones finales sobre los desafíos que presenta

de entidades públicas que desempeñan una actividad empresarial de la misma forma que lo harían las personas jurídicas privadas, no habría motivos justificados para no sancionarlas. Pero si son personas jurídicas públicas que ejercen potestades públicas (el estado y otras entidades territoriales) quedarían excluidas de responsabilidad.

la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas para que pueda configurarse como un herramienta más relevante en el futuro de la lucha contra la corrupción.

1. Sancionar a las personas jurídicas por su participación en delitos de corrupción se presenta como una herramienta necesaria en el desarrollo de una estrategia eficaz anticorrupción, debido a la indiscutible hegemonía de los actores corporativos en las relaciones comerciales y económicas y, en consecuencia, su elevada implicación en las tramas corruptas.

Esto se debe a que el recurso por las personas jurídicas a prácticas corruptas pervierte la regla de la maximización del beneficio que orienta el desarrollo de las actividades empresariales, lo que lleva a que las empresas (principales motores del desarrollo económico y social) se conviertan en agentes delictivos, con los perniciosas consecuencias que ello produce en la gestión y asignación de recursos públicos, en la ciudadanía, en el mercado y en la competencia.

2. De esta situación son conscientes los organismos internacionales que, de manera constante, llevan años requiriendo a los Estados para que cumplan con sus obligaciones internacionales de establecer un régimen de responsabilidad aplicable a las personas jurídicas, con independencia de que este tenga una naturaleza penal, administrativa o incluso civil.

3. Sin embargo, al haberse dejado esta última cuestión en manos de los Estados, no ha sido posible, hasta la fecha, la adopción de una posición común entre los países de América Latina, especialmente en lo que se refiere al recurso a la vía penal para castigar a las personas jurídicas por su participación en delitos de corrupción.

Así, a pesar de que el número de Estados de la región que han reconocido la RPPJ ha aumentado paulatinamente en los últimos años por influencia directa de los compromisos internacionales asumidos en la lucha contra la corrupción, el lavado de activos y el COT, y de que se ha avanzado mucho doctrinalmente en torno a la fundamentación de la pena con respecto a los entes colectivos, no es menos cierto que siguen operando con fuerza en algunos sistemas nacionales los argumentos dogmáticos clásicos que tradicionalmente han rechazado la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Además, la adecuada aplicación de la RPPJ exige ir más allá de su expresa previsión en la normativa penal, porque requiere también abordar toda una serie de cuestiones sustantivas (tales como, para qué entidades, para qué delitos o en qué condiciones se aplica) y procesales (a fin de garantizar los derechos del debido proceso), a las que no dan respuesta, o dan una respuesta insuficiente, los estándares internacionales.

4. Del análisis realizado en esta obra, se puede observar cómo coexisten (si bien, a veces ni siquiera existen) estándares heterogéneos en los textos internacionales de ámbito universal y regional, que llegan a ser en ocasiones contradictorios, en los aspectos claves que definen la atribución de responsabilidad a las personas jurídicas. Esto conduce a un escenario doméstico en el que, aunque se observan claras afinidades, impera en general la heterogeneidad de regímenes, incluso dentro de las fronteras del mismo país. En consecuencia, es posible afirmar que la existencia a nivel internacional de un marco regulador de mínimos en la definición de la responsabilidad de las personas jurídicas, no ha favorecido su transposición al ámbito interno.

5. Esta diversidad de regímenes, con las disfunciones y puntos débiles que en ocasiones presentan, constituye un obstáculo para establecer una estrategia común en la lucha global contra la corrupción (en especial cuando se encuentra vinculada al COT), pone en peligro su eficacia preventiva y agudiza el efecto del *forum shopping*. Pero, sobre todo, distorsiona el mensaje que se busca transmitir de fomento de la integridad empresarial para que las empresas sean garantes de que, en el desarrollo de sus actividades, no se recurre a prácticas corruptas. Prueba de ello son las escasas condenas que se han dictado frente a personas jurídicas por delitos de corrupción en el ámbito latinoamericano (llegando a ser inexistentes en algunos países), lo que igualmente tiene su reflejo, ciñéndonos a Colombia, a la praxis en sede administrativa.

6. Esta situación es particularmente alarmante si ciertas dinámicas características del fenómeno de la globalización (especialmente, la transnacionalidad y el incremento de la velocidad a la que se realizan las transacciones financieras como consecuencia de la desregulación y el desarrollo tecnológico) son analizadas a la luz del constante in-

cremento de los niveles de concentración de riqueza que ha generado dicho fenómeno, y que se ha intensificado en los últimos quince años desde la crisis de 2008.

7. Esta dinámica de concentración de riqueza es el resultado de varios factores, de los cuales es importante destacar dos en particular. Por una parte, los mecanismos de protección a nivel internacional (implementados, en gran medida, a nivel nacional) de los accionistas frente a cualquier responsabilidad derivada de los daños causados por las personas jurídicas en las que tienen invertidos sus activos y a través de las cuales obtienen sus beneficios. Por otra parte, la separación de personalidades jurídicas y patrimonios entre las personas jurídicas y los socios que aportan el capital y poseen su propiedad, lo que coloca a ambos en una posición privilegiada en el ámbito de la asunción de responsabilidad penal. A los socios, porque su interés en incrementar los beneficios de acuerdo con sus inversiones en las entidades no encuentra una clara correlación con una asunción de responsabilidad penal por su parte por la comisión de delitos fruto de la mala praxis en el desarrollo de la actividad empresarial. Y a las personas jurídicas, porque la inmunidad que les ampara todavía en algunos sistemas jurídicos por esta delincuencia erosiona la eficacia preventiva del derecho penal. En consecuencia, en la situación actual, se puede afirmar sin temor a equivocarse que las personas jurídicas son utilizadas por los inversionistas para incrementar su capital sin tener que preocuparse por responder por los daños ocasionados por la mala praxis corporativa.

8. Si a lo anterior le añadimos además la progresiva tendencia a incrementar los espacios de autorregulación empresarial, nos encontramos con que los únicos (accionistas/inversionistas) que tienen la capacidad real de presionar a los consejos directivos de las corporaciones (ni los trabajadores, ni los actores externos, incluidos los órganos administrativos y judiciales de supervisión, están hoy en día en condiciones de ejercer el mismo nivel de presión sobre los directivos empresariales) para que cumplan con los distintos elementos de los programas de cumplimiento o integridad empresarial, y se esfuercen así por hacer de las empresas mejores ciudadanos, evitando o poniendo fin a sus prácticas corruptas, no tienen realmente incentivos para ejercitar dicha presión.

9. Ciertamente es necesario corregir profundamente esta situación, y una de las formas de comenzar a hacerlo es reforzando el mensaje que subyace a la RPPJ conforme a un modelo de autorresponsabilidad, que, en esencia, supone, pero no solo, una llamada de advertencia a los socios de que no todo vale para rentabilizar y optimizar el dinero invertido en el desarrollo de la actividad empresarial, sino que deben velar e impulsar que los gestores y directivos cumplan con los programas de cumplimiento o integridad empresarial y se esfuercen por hacer de las empresas buenos ciudadanos corporativos.

10. Esta estrategia puede resultar cuestionable si tenemos en cuenta que a las personas jurídicas se les debería exigir el respeto al principio *neminem laedere* (no dañar a nadie), en los mismos términos que a las personas físicas, lo que en derecho penal conecta con la necesidad de (auto)organizarse unas y otras para que sus actuaciones (individuales o empresariales) no se traduzcan en vulneraciones a bienes jurídicos. En consecuencia, surge la pregunta de por qué en relación con las personas jurídicas, al exigírseles que se organicen adecuadamente, es tan importante introducir incentivos de fomento de la “buena ciudadanía corporativa” bajo fórmulas de exoneración o atenuación de la responsabilidad, cuando solo se tienen en cuenta en relación con las personas físicas en mucha menor medida.

Una posible respuesta es considerar, en última instancia, esta estrategia de promoción de una cultura empresarial de respeto a la legalidad como una fórmula para preservar los mecanismos que tienen los sectores con más recursos para seguir incrementándolos. Sin embargo, y si bien hay un indudable aroma “inconfesable” a esta realidad (descrito con elocuencia por aquellos autores que han demostrado la existencia de marcadas tendencias *plutofílicas* y *aporofóbicas* en la regulación penal), no es menos que en la actual sociedad el Estado se muestra cada vez más incapaz de controlar todos los riesgos, y en particular los riesgos empresariales. Además, las profundamente dañinas consecuencias económicas, socio-políticas y medioambientales que generan las actividades delictivas de las personas jurídicas, superan con creces las causadas por el actuar humano individual. En consecuencia, los programas de cumplimiento o integridad empresarial no son, en el fondo, sino una estrategia, fruto del reconocimiento de las significativas limitaciones estructurales que actualmente tiene el

Estado, para transmitir el control de riesgos a las personas jurídicas, y centrar su actuación en la fiscalización de si dicho control se ha llevado a cabo correctamente para prevenir y/o detectar, entre otros delitos, las prácticas corruptas empresariales.

11. En este sentido, es importante subrayar que la exclusión indiferenciada de las personas jurídicas públicas (Estado, entes territoriales, administraciones públicas y entidades públicas empresariales) del régimen de responsabilidad establecido para las demás personas jurídicas, y en consecuencia de la respuesta sancionatoria frente a sus prácticas de corrupción, se compadece mal con el desarrollo de una estrategia global y eficaz anticorrupción. De esta manera, si bien la necesidad de preservar la prestación de los servicios públicos, exige reflexionar qué tipo de pena (o sanción en el ámbito administrativo) resulta adecuada en términos de limitar la afectación de los mismos, no parecer ser una opción político-criminalmente aceptable la renuncia a los fines que orientan su imposición. De ahí que la experiencia comparada nos muestre que, en algunas legislaciones como la española, se restringen, pero no se excluyen, las penas imponibles a las sociedades mercantiles públicas, que, desde la reforma del CP español de 2015, son susceptibles de responsabilidad penal (excepto cuando la sociedad ha sido creada fraudulentamente para ser utilizada en la comisión de delitos, solo se vetan las penas que van más allá de la multa o la intervención judicial).

Esta última aproximación se encuentra justificada debido a la actual superación de la visión tradicional de la corrupción como un fenómeno constreñido al ámbito público y doméstico, para dar cabida tanto a las prácticas corruptas generadas desde el ámbito empresarial como a su dimensión transnacional. No es, por tanto, posible seguir concibiendo una estrategia global anticorrupción que establezca líneas divisorias entre la actuación del sector público y del sector empresarial, en la medida en que existe una profunda simbiosis entre ambos, que se manifiesta en complejas tramas de corrupción que involucran a entidades públicas y privadas, y generan redes de clientelismo y poder.

12. El Estado y sus distintas entidades territoriales no son, por tanto, ajenos a estas tramas, al participar en las actividades empresariales a través de empresas públicas o mediante su control total o parcial de

sociedades mercantiles constituidas bajo una forma de derecho privado. Todo ello sin olvidar que, junto a la existencia del sector público empresarial para el desarrollo de actividades prestacionales, de gestión de servicios o de interés económico general, también se promueven procesos de privatización total o parcial de servicios públicos básicos como las telecomunicaciones, la electricidad, el transporte o la salud, entre otros.

13. Esta corresponsabilidad del sector público y privado conduce a preguntarse sobre el alcance de la responsabilidad de las personas jurídicas en cuanto a las entidades susceptibles de incurrir en la sanción (penal o administrativa). En este sentido, ha sido tradicional en el debate doctrinal la exclusión de las personas jurídicas de derecho público en atención a diversas razones: (a) sancionar a una entidad de naturaleza pública iría en contra del principio de separación de poderes, en la medida en que supondría una intromisión injustificada en el ámbito de la administración pública; (b) entrañaría igualmente una auto-sanción por parte del Estado, titular de la potestad sancionadora (penal y administrativa); y (c) la sanción o sanciones impuestas (multa o de otra naturaleza, siendo la disolución la sanción más grave para las personas jurídicas) afectarían a la continuidad de la actividad de prestación del servicio público.

Estos argumentos han calado en las legislaciones internas que han consagrado la RPPJ, limitándola, por regla, a las personas jurídicas privadas. Además, la inmunidad de sanción de los entes públicos ha encontrado, aparentemente, cierto apoyo internacional, porque, los principales textos normativos de ámbito internacional universal en materia anticorrupción no se pronuncian al respecto, en el ámbito de la UE sí hay un claro pronunciamiento al excluirse al Estado, a los organismos públicos en el ejercicio de la autoridad estatal y a las organizaciones internacionales públicas del concepto de “persona jurídica”².

² Vid., por ejemplo, el art. 2 de la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2017 sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal. El concepto de “persona jurídica” se define como sigue: “cualquier entidad que tenga personalidad jurídica con arreglo al Derecho aplicable, con excepción de los Estados u organismos públicos en el ejercicio de la autoridad estatal, y de las organizaciones internacionales públicas”.

14. Sin embargo, aunque, de acuerdo a los argumentos presentados, puede seguir siendo razonable (si bien se requiere un análisis más profundo a este respecto) excluir de responsabilidad al propio Estado y a sus entes territoriales, no parece que la ecuación empresa privada, mercado y responsabilidad penal resulte del todo correcta. Las empresas y sociedades públicas también intervienen en el mercado para la prestación de servicios económicos de interés general, de forma asimilable a las empresas privadas, y en ocasiones en competencia directa con las mismas. En consecuencia, puesto que una parte relevante de las prácticas corruptas (incluyendo las promovidas por el COT) se desarrollan mediante la instrumentalización de personas jurídicas de derecho público, no se justifica seguir excluyendo su sanción (penal o administrativa) cuando participan de la comisión de delitos de corrupción, particularmente en lo que atañe al sector público empresarial.

15. En definitiva, el futuro de la lucha global anticorrupción depende, en gran medida, de los desarrollos que pueda ofrecer el derecho internacional en relación con los estándares aplicables a las cuestiones mencionadas, así como de la respuesta que las legislaciones internas den, como se ha visto, a cada uno de los extremos que condicionan la sanción de las personas jurídicas.

Así, aunque la paulatina asunción de la RPPJ parece una realidad imparabla en América Latina, y es de prever que en las próximas décadas la vía administrativa, como única forma de sanción de las personas jurídicas por delitos de corrupción, quede desplazada por la combinación del castigo penal y de la sanción administrativa (siempre en función de la gravedad de los actos de corrupción involucrados, de forma paralela a lo que ocurre con la responsabilidad de las personas físicas), queda todavía un largo camino por recorrer.

Ejemplo de lo anterior es que, en el momento presente, el punto principal de la discusión en los sistemas latinoamericanos (pero también fuera de este ámbito geográfico) se centra principalmente todavía en la definición de la naturaleza del modelo, con fórmulas más o menos depuradas de auto-responsabilidad. Este, sin embargo, no puede ser sino un punto inicial de partida sobre el que posteriormente, a medida que se vaya construyendo y consolidando esta cuestión nuclear, y teniendo en cuenta las directrices internacionales que

en el futuro puedan desarrollarse, tendrá que irse perfilando (y, en la medida en que sea necesario, revisando y reformando legalmente) el resto de las cuestiones que afectan a la idoneidad, eficacia y efectividad del recurso a la vía penal en este ámbito.

Capítulo 9
***Recomendaciones para los ámbitos
latinoamericano y colombiano***

MARÍA SOLEDAD GIL NOBAJAS*
HÉCTOR OLASOLO**
NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ***

* Profesora contratada doctora en derecho penal de la Universidad de Deusto. Licenciada con Diploma de especialidad económica y doctora en Derecho en la misma universidad. Sus principales líneas de investigación se centran en la criminalidad empresarial, corrupción privada y pobreza y Derecho penal. Ha realizado estancias de investigación en el Centro de Derecho Penal de la Universidad de Nanterre-París X (Francia) y en el Instituto de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Friburgo de Brisgovia (Alemania). ORCID: 0000-0001-5333-1127.

** Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Maestría en Derecho por la Universidad de Columbia (EE. UU.). Presidente del Instituto Ibero-Americano de la Haya para la Paz, los Derechos Humanos y la Justicia Internacional (Países Bajos). Profesor Titular de Carrera Académica, Facultad de Jurisprudencia, Grupo de Investigación en Derecho Internacional, Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), donde dirige el Programa de Maestría en Derecho Internacional, la Clínica Jurídica Internacional, el Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal (ANIDIP) y la Colección International Law Clinic Reports (ILCR). Coordinador General de las Redes de Investigación Perspectivas Ibero-Americanas sobre la Justicia y Respuestas a la Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. Investigador Senior Minciencias (Colombia). Investigador Principal del Programa 70593 y del Proyecto 70817 de Minciencias sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9724-0163>.

*** Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá). Abogado, especialista y magister en derecho penal de la Universidad Libre (Bogotá). Especialista en derecho constitucional y en derecho administrativo de la Universidad del Rosario (Bogotá). Máster en criminología y ejecución penal de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes (Bogotá). Coinvestigador Principal del Proyecto 71848 perteneciente al Programa de Investigación 70893 sobre Corrupción asociada al Crimen Organizado Transnacional de MinCiencias.

1. INTRODUCCIÓN

Como vimos en el capítulo anterior, la presente obra colectiva ha abordado toda una serie de aspectos relativos a la responsabilidad de las personas jurídicas por su contribución a los delitos de corrupción, especialmente cuando están vinculados al crimen organizado transnacional (COT). Entre ellos, cabe destacar los siguientes: (a) la relevancia de dicha contribución en el desarrollo de las prácticas corruptas debido a la hegemonía de las personas jurídicas en las actividades económicas y comerciales (especialmente, cuando tienen una dimensión transnacional); (b) el debate sobre la naturaleza jurídica (penal, administrativo o civil) de la responsabilidad de las personas jurídicas ante la obligación internacional de incorporarla a los sistemas nacionales; (c) los modelos de auto y hetero-responsabilidad que la fundamentan; (d) el castigo de la tentativa en relación con las personas jurídicas; (e) la exención o atenuación de su responsabilidad por la aplicación de programas de cumplimiento o integridad antes de que se produzcan los hechos punibles; (f) los elementos que deberían incluirse en los programas de cumplimiento o integridad empresarial a la luz de lo dispuesto en la norma ISO 37001 sobre sistemas de gestión antisoborno; (g) la colaboración con la justicia como factor de atenuación de la pena; (h) la agravante de reincidencia como contrapartida al fomento de la autorregulación empresarial; (i) la multa como pena principal para las personas jurídicas; (j) la pena de inhabilitación para contratar con el sector público y/o para recibir ayudas públicas; y (k) las especialidades del régimen sancionatorio de las personas jurídicas en el sistema colombiano.

Estas cuestiones ha sido, en su mayor parte, objeto de un estudio comparado que contrasta los principales estándares internacionales que le son aplicables, y su actual regulación en: (a) aquellos países latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y Perú), que por su tamaño, población y peso político y económico tienen una particular relevancia en la región; y (b) ciertos países no latinoamericanos que ejercen una especial influencia en América Latina (principalmente, Estados Unidos y España).

Realizado dicho estudio, y expuestas en el capítulo precedente las principales conclusiones alcanzadas, este último capítulo presenta

toda una serie de recomendaciones elaboradas por los autores para enfrentar el fenómeno de la corrupción (sobre todo cuando está vinculada al COT) tanto en América Latina, como en Colombia. En este sentido, es importante subrayar que las particularidades de la legislación colombiana, al no haber incorporado hasta el momento la responsabilidad penal de las personas jurídicas (RPPJ), hace que una parte de las medidas sugeridas para los países de la región no sean directamente extrapolables al caso colombiano.

Esta situación demuestra, además, que, si bien, para que la cooperación jurídica internacional pueda operar con mayor eficacia, es necesario un nivel suficiente de armonización entre las legislaciones nacionales, la inserción automática de las medidas recogidas en determinados estándares internacionales, o en los ordenamientos jurídicos de terceros países, no siempre garantiza que se vayan a obtener mejores resultados, porque pueden existir distintos factores internos y externos que, en ocasiones, pueden justificar aproximaciones diversas. Es, por ello, que las recomendaciones que se ofrecen a continuación, tienen un carácter indicativo, de manera que a la hora de ser aplicadas se requiere analizar si es necesario introducir ciertos ajustes a la luz de las características propias del sistema nacional de que se trate.

2. RECOMENDACIONES PARA EL ÁMBITO LATINOAMERICANO

Con base en lo anterior, y a la luz de lo expuesto por los autores en los distintos capítulos de la presente obra colectiva, se presentan a continuación las siguientes recomendaciones, generales y específicas, para los países latinoamericanos:

1. Seguir reflexionando sobre el papel criminógeno de las personas jurídicas, especialmente en lo que concierne al fenómeno de la corrupción y su vinculación con el COT, en la medida en que la criminalidad corporativa se centra principalmente en los mismos. Esta reflexión debería aspirar a delimitar los dos aspectos claves del reconocimiento de la responsabilidad de la persona jurídica: (a) prevenir y evitar las prácticas corruptas; y (b) responder de manera efectiva cuando se produzcan.

2. Impulsar, en la medida de lo posible, la armonización en la región del régimen sancionador de las personas jurídicas, en especial en cuanto al reconocimiento de su responsabilidad penal, dado que la actual heterogeneidad de los sistemas nacionales pone en peligro su eficacia preventiva, agudiza el efecto del *forum shopping* y distorsiona el mensaje que se busca transmitir de fomento de la integridad empresarial.

Para remediar esta situación, se recomienda avanzar en la consagración de la RPPJ como alternativa preferible a la administrativa (o, al menos, con carácter complementario a esta última en función de la gravedad de los actos de corrupción realizados), de manera que: (a) los modelos de organización y gestión, así como los programas de cumplimiento o integridad, actúen de pilar central; y (b) se sustituyan los modelos vicariales por los de auto-responsabilidad o responsabilidad originaria, al ser estos últimos los más respetuosos con los principios del derecho penal moderno (a fin de salvaguardar la función de la pena y la culpabilidad) y los que mejor permiten compatibilizar la finalidad preventiva de dichos programas con el establecimiento de sanciones efectivas, disuasorias y proporcionales, según se requiere en los textos normativos internacionales en materia de corrupción y COT.

Resulta, por ello, conveniente, que, aquellos países como el Perú (Ley 30.424 (2016)), en los que persiste la controversia sobre la naturaleza penal o administrativa de la responsabilidad de las personas jurídicas, clarifiquen su naturaleza, al objeto de evitar que esta cuestión sea fuente de futuros problemas de cara a determinar los recursos susceptibles de ser presentados ante una eventual condena.

3. En relación con la vertiente preventiva del delito, se recomienda a los Estados latinoamericanos impulsar las buenas prácticas empresariales y la adopción de medidas anticorrupción. Los programas de cumplimiento no pueden limitarse a ser documentos para una eventual defensa judicial por violaciones de normas penales o administrativas. Su fin es, precisamente, la construcción de una cultura corporativa ética que promueva la integridad y honestidad en los negocios bajo la máxima de que no todo vale en la maximización del beneficio. Por ello, aunque el régimen de RPPJ se basa en la necesidad de que las empresas se tomen en serio sus deberes como

buenos ciudadanos corporativos con el fin de que sus actividades no sean vehículo de prácticas corruptas, este objetivo no se agota con la inclusión legislativa de los mecanismos de autorregulación empresarial. Requiere igualmente generar incentivos de política pública orientados a fomentar culturas organizacionales y éticas de respeto a la legalidad. En consecuencia, los estados deberían invertir recursos para instruir y acompañar al sector empresarial, de manera que pueda generar e interiorizar una cultura de prevención frente al COT, y así evitar ser instrumentalizado por la criminalidad organizada.

En consecuencia, la autorregulación empresarial no implica la terminación de las funciones estatales. Por el contrario, aunque su capacidad de control de riesgos empresariales resulte limitada, debería seguir supervisando y sancionando a las organizaciones que se desvíen de los parámetros normativos que se establezcan para mantener la vigencia de las normas en la sociedad. En este sentido, se recomienda recurrir a información cruzada en bases de datos mediante el uso del *big data*, siguiendo el ejemplo de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) en Colombia.

4. Valorar la oportunidad de introducir la RPPJ por tentativa conforme a un modelo de autor-responsabilidad y, en caso afirmativo, delimitar el momento a partir del que se considera necesario hacer penalmente responsables a las personas jurídicas por concurrir un injusto sistémico diferente al de las personas físicas que materialmente cometen los delitos de corrupción.

Al tratarse de casos en los que identidad cultural empresarial es insuficiente para la prevención del delito, la pena a imponer debería ser menor a la que correspondería en caso de total ausencia del programa de cumplimiento normativo, su absoluta ineficiencia, o su implementación con efectos puramente cosméticos. Igualmente, podría valorarse también el criterio de graduación de las penas en relación con el grado de cumplimiento de las medidas de control existentes para evitar los delitos de corrupción (tal y como recogen algunos de los sistemas nacionales analizados). No obstante, sería conveniente una mayor armonización sobre esta cuestión en el ámbito latinoamericano, pudiendo servir de ejemplo la regulación que ofrece el CP español, al posibilitar la atenuación de la RPPJ cuando se acredita parcialmente el cumplimiento de las condiciones para la exoneración de la entidad.

5. Tipificar armonizada y taxativamente los delitos en materia de corrupción que dan lugar a RPPJ, en lugar de optar, al menos por el momento, por un régimen abierto. Dado el carácter frecuentemente transnacional de la delincuencia corporativa y organizada en materia de corrupción, la armonización del catálogo delictivo al que se condiciona la RPPJ, se erige como condición necesaria para el desarrollo de una estrategia que aspire a ofrecer una respuesta global contra la corrupción (sobre todo cuando se encuentra vinculada al COT).

Además, la delimitación de un régimen cerrado de RPPJ en relación a este ámbito de criminalidad, al menos en un primer momento, permitiría que las personas jurídicas y las organizaciones conozcan cuáles son las expectativas normativas que han de cumplir y, en consecuencia, podrían ajustar su comportamiento a las mismas a través de los programas de cumplimiento o integridad en los que se establezcan controles y medidas anticorrupción.

6. Aunar esfuerzos para armonizar los sistemas latinoamericanos en lo que se refiere a las circunstancias de exención de la RPPJ, bajo el entendimiento de que el castigo de las personas jurídicas es la consecuencia de su fracaso en tratar de ser buenos ciudadanos corporativos mediante la autorregulación en términos de no tolerancia a la corrupción. Bajo esta comprensión, los programas de cumplimiento o integridad, en el marco de la función preventiva a la que aspiran, deberían de integrarse en el régimen sustantivo y procesal de la RPPJ, en la medida en que si no se reconoce la posibilidad de defensa de las personas jurídicas, las empresas se pueden ver desmotivadas para fomentar una mayor autorregulación empresarial.

En la consecución de este objetivo de fomento de la autorregulación empresarial, se recomienda especialmente revisar las regulaciones domésticas y corregir las disfuncionalidades que surgen por la coexistencia de distintos regímenes jurídico-penales aplicables a las personas jurídicas, en particular en lo que atañe al valor eximente de los programas de cumplimiento según los delitos implicados y las condiciones establecidas en la regulación existente. Esta heterogeneidad no solo opera entre el orden penal y administrativo, sino igualmente dentro del ámbito penal en aquellos países que conocen alguna fórmula de reconocimiento de la RPPJ, por lo que es recomendable eliminar las disparidades regulatorias existentes.

Esto es especialmente aplicable a Argentina, cuyo régimen penal conoce dos fórmulas de castigo en atención a los delitos involucrados y la normativa aplicable, no siendo siempre posible considerar como factor eximente, o al menos atenuante, a los programas de cumplimiento, como ocurre en relación con los delitos de lavado de activos y fraude tributario. Esta situación menoscaba la centralidad del fomento de la integridad empresarial y agudiza la distorsión preventiva que se le asigna. Por tanto, en los países en los que se den este tipo de situaciones, se recomienda unificar los criterios y requisitos de aplicación de los cuerpos normativos.

7. En conexión con los incentivos premiales que conllevan la exención de la RPPJ por el desarrollo y la aplicación eficaz de programas de cumplimiento, velar por que las legislaciones nacionales no se conviertan en simples vías formales para que las personas jurídicas puedan escapar fraudulentamente del castigo. La mera existencia de un programa de cumplimiento antes de que se produzcan los delitos de corrupción, y el reconocimiento formal de su valor eximente, no puede conducir a la aplicación indiscriminada de una exención de responsabilidad cuando los delitos son cometidos directamente, instigados o tolerados por personas físicas que pertenecen al nivel jerárquico más elevado de la corporación.

En estos supuestos, los actos de corrupción realizados muestran que, realmente, los programas de cumplimiento o integridad han fracasado, de manera que no es posible eximir a las personas jurídicas de su responsabilidad. Sin embargo, en ninguno de los sistemas latinoamericanos se clarifica suficientemente este aspecto, por lo que parece posible la exención de la RPPJ también en estos supuestos. La ausencia de criterios elaborados por las fiscalías de los países de la región, que puedan orientar la labor de los jueces al valorar si los delitos parten, o no, de las cúpulas directivas (y, por tanto, si se ha infringido un elemento esencial de los programas de cumplimiento como es el compromiso de la dirección en el fomento de una cultura de respeto a la legalidad), aconsejan una revisión normativa de las legislaciones internas en consonancia con la posición más restrictiva que ha adoptado la OCDE en este tipo de supuestos.

8. Asumir una posición común frente a la colaboración con las autoridades como factor de atenuación de la RPPJ. Con respecto a

las circunstancias de atenuación de la pena, se observa también la heterogeneidad de los regímenes penales en los países de la región, con fórmulas que van desde negar todo efecto atenuante a la colaboración sustancial para el descubrimiento y la persecución de las tramas de corrupción en las que están involucradas las personas jurídicas, hasta la posibilidad de eximir de la pena, generalmente en este último caso a través de fórmulas transaccionales negociadas con la Fiscalía.

De entre las distintas fórmulas en las que es posible atribuir un efecto atenuante a la cooperación con las autoridades, es recomendable que los países latinoamericanos valoren la opción consistente en que los tres elementos centrales que según las Naciones Unidas integran esta circunstancia (la autodenuncia, la colaboración eficaz en relación con el suministro de información sustancial o relevante para el esclarecimiento de los delitos y la identificación de los intervinientes, y la reparación del daño), actúen como atenuantes con autonomía propia frente a la RPPJ, precisando su contenido para evitar su solapamiento, e identificando igualmente a las personas físicas de la organización que puedan materializarlas.

La fragmentación de cada una de estas manifestaciones de la cooperación judicial en la regulación penal sustantiva, abre la puerta a que, en caso de concurrencia de todas ellas, se valore la posibilidad de eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas (esto debido a que evidencia que el programa de cumplimiento o integridad ha resultado eficaz a la hora de detectar el delito y hacer frente a sus consecuencias por parte de la empresa). Todo ello al margen de que puedan existir, según los principios que marcan la actuación de la Fiscalía en cada país, la posibilidad de alcanzar acuerdos procesales. En este sentido, sería conveniente que las condiciones de los incentivos premiales otorgados mediante fórmulas transaccionales no resulten más beneficiosas que las reguladas sustantivamente, al objeto de no distorsionar el mensaje de que son las propias empresas las garantes de prevenir y detectar sus prácticas corruptas.

9. Valorar la posibilidad de que la reincidencia (y, particularmente, la reincidencia internacional) actúe como factor de agravación de la pena de las personas jurídicas. En atención a la naturaleza estructural y de persistencia en el tiempo de la corrupción, así como a

la necesidad de establecer reversos legales a los incentivos premiales que permiten excluir o aminorar la RPPJ mediante los programas de cumplimiento y/o la colaboración con las autoridades, se recomienda que en contextos corruptos el régimen de la reincidencia incorpore los siguientes criterios: (a) un concepto de reincidencia genérica que integre las distintas tipologías delictivas en las que se expresa la corrupción; (b) un plazo de cómputo lo suficientemente elevado para contrarrestar la motivación de recaer en el delito, aconsejándose un plazo de hasta cinco años desde la condena previa hasta la nueva comisión delictiva; (c) el cómputo de las sentencias recaídas en el extranjero (lo cual es fundamental en el tratamiento jurídico-penal de la corrupción vinculada al COT); y (d) la imposición en los supuestos de multirreincidencia de una pena más grave como la disolución de la persona jurídica, en la medida en que la reiteración delictiva muestra que, en realidad, se trata de una empresa criminal con apariencia de legalidad.

10. Reafirmar la centralidad de la pena de multa frente a las personas jurídicas, así como su cálculo a través de un sistema de determinación que permita contrarrestar los beneficios ilícitos que generan los delitos de corrupción. A pesar de la prevalencia de las sanciones pecuniarias en los textos internacionales en la materia debido a su virtualidad disuasoria y a su efecto compensatorio de los beneficios ilícitos que genera la criminalidad, este carácter principal no se recoge, por regla general, en los sistemas jurídicos del ámbito latinoamericano. Por ello es conveniente reforzar legislativa y judicialmente el carácter central de la multa en los casos de corrupción (en especial cuando está vinculada al COT).

En el marco de una estrategia anticorrupción, solo los sistemas de multa proporcional, o calculada con base en las ganancias o beneficios ilícitos que los delitos han generado, pueden alcanzar la doble finalidad disuasoria y compensatoria a la que aspira esta pena. En consecuencia, frente a la disparidad de fórmulas de determinación y cálculo de la pena de multa existentes en los sistemas latinoamericanos, se recomienda adoptar un consenso de mínimos que parta de reconocer que solo las fórmulas que permitan incorporar en la cuantificación de la multa el beneficio ilegal producido pueden ser adecuadas para responder eficaz, disuasoria y proporcionalmente a

los delitos de corrupción (que encuentran precisamente su razón de ser en el elemento económico).

Igualmente, a fin de evitar que la finalidad de la multa proporcional quede frustrada si no es posible cuantificar el beneficio, se recomienda a los Estados latinoamericanos prever también un sistema alternativo de determinación y cálculo (que, en general, no se prevé en los sistemas nacionales analizados). Particularmente, se recomienda que Argentina reforme la Ley 27.401 (2017) en este aspecto, en la medida en que, aunque parte de un modelo de multa proporcional, su imposición deviene imposible cuando no es posible cuantificar el beneficio. Son varias las vías que pueden seguirse para establecer un modelo alternativo de determinación de la multa según enseña la experiencia comparada, como puede ser la fijación de una cuantía predeterminada, un sistema que atienda a los ingresos brutos que genere la empresa, o el recurso a un sistema de días multa. Además, dicha fórmula alternativa no solo tiene relevancia en los supuestos de imposibilidad de determinación del beneficio, sino también cuando ello es posible, al objeto de que la multa finalmente impuesta sea la más elevada de entre las dos formas de cálculo previstas.

11. Valorar la conveniencia de introducir criterios específicos en la determinación y graduación de las penas imponibles a las personas jurídicas. Además de la necesidad de reforzar la centralidad de la multa, es recomendable que las legislaciones latinoamericanas establezcan pautas específicas que orienten la labor del órgano judicial sobre la necesidad, o no, en el caso concreto, de imponer una o varias penas, de qué clase y de conformidad con qué criterios específicos para su graduación.

En este sentido, se observa que los sistemas nacionales analizados únicamente enumeran factores genéricos que, a pesar de su importancia (gravedad del hecho, tamaño, naturaleza y capacidad económica de las personas jurídicas, incumplimiento de medidas o controles internos, reparación del daño o comportamiento empresarial posterior, entre otros), dejan un amplio margen de discrecionalidad judicial. La incorporación de criterios específicos en la determinación y graduación de las penas resulta de especial trascendencia tratándose de la imposición de las penas de prohibición o inhabilitación de las personas jurídicas para participar en procesos de licitación,

adjudicación y contratación pública, así como para recibir ayudas, subvenciones o beneficios públicos. Todo esto con el fin de delimitar bajo qué circunstancias estas penas resultan imprescindibles (con carácter principal o, en su caso, accesorio en conexión con la pena de multa) para dar respuesta a todo el desvalor generado por los hechos punibles.

12. Valorar la introducción en el catálogo de penas de la pena de prohibición o inhabilitación para obtener ayudas, subvenciones o beneficios públicos. A pesar del rédito positivo que ofrece esta sanción en opinión de los organismos internacionales para suprimir los créditos de ayuda a la exportación y evitar que sean utilizados en tramas de corrupción organizada transnacional, esta pena es una de las grandes ausentes en los sistemas latinoamericanos, por lo que se recomienda su inclusión en el catálogo de penas aplicables a las personas jurídicas conforme a una fórmula amplia que permita integrar los privilegios públicos que puedan ser solicitados por las personas jurídicas.

13. Valorar la conveniencia de introducir el instituto de la rehabilitación empresarial, con el fin de mitigar la severidad de la pena de exclusión de las personas jurídicas de los procesos de adjudicación, licitación y contratación pública. Esto debido a que, al margen de su eficacia disuasoria para hacer frente al fenómeno de la corrupción, se trata de una pena de consecuencias muy negativas para el funcionamiento de las empresas en el corto plazo, pudiendo incluso afectar a su supervivencia, con el impacto que su desaparición tendría *ad intra* (principalmente en los trabajadores de la entidad no salpicados por el delito) y *ad extra* (en las inversiones realizadas en terceros países donde las empresas radican su actividad comercial).

En consecuencia, es recomendable valorar un posible replanteamiento de esta pena en los términos que establecen las Recomendaciones Anti-Soborno de 2021 de la OCDE. Así, sin renunciar, ni al exhorto internacional de que las sanciones para las personas jurídicas han de ser eficaces, disuasorias y proporcionales, ni a la finalidad preventivo especial neutralizadora que cumple la inhabilitación para contratar con el sector público, se recomienda compatibilizar esta vertiente punitiva con el fin de fomentar la autorregulación empresarial que actúa como epicentro de la RPPJ. Esta aproximación,

extensible igualmente a la regulación administrativa en los términos señalados anteriormente, conlleva revisar el tratamiento jurídico de esta pena, dando la oportunidad a la empresa de rehabilitarse tras la condena, en la medida en que realice un auténtico esfuerzo de corregir su situación criminógena para fomentar la integridad empresarial.

14. Asumir las directrices ISO en la evaluación del grado de cumplimiento y eficacia de los programas de cumplimiento o integridad, en especial los elementos definidos en la ISO 37.001 con respecto a los programas de cumplimiento antisoborno. Un eventual efecto eximente (o, en su caso, atenuante) de la RPPJ, como consecuencia de la existencia de un programa de cumplimiento o integridad, exige el cumplimiento de las condiciones legales para que opere esta defensa, lo que, en primera instancia, apela a que su desarrollo, aplicación y ejecución cumpla con los requisitos y elementos esenciales sobre los que ha de valorarse su grado de eficacia.

Esta recomendación es igualmente aplicable al régimen administrativo de responsabilidad de las personas jurídicas (el cual es recomendable que complemente a la RPPJ cuando la menor gravedad de los actos de corrupción así lo justifique). A estos efectos, los países de estos sistemas jurídicos han de valorar en qué medida: (a) las normas técnicas ISO son de cumplimiento obligatorio; o, en su defecto (b) han recomendado su cumplimiento, con la participación de las empresas, y en consonancia con el papel promotor e impulsor que corresponde a los estados para instruir y ayudar al sector empresarial a generar e interiorizar una cultura de prevención frente al COT.

15. Incluir entre las personas jurídicas sometidas a responsabilidad penal a las empresas que forman parte del sector público empresarial. Una estrategia global anticorrupción no puede establecer líneas divisorias entre el sector privado y el sector público teniendo en cuenta la clara simbiosis entre ambos, como ponen de manifiesto las complejas tramas de corrupción que involucran a entidades públicas y privadas, y generan redes de clientelismo y poder. Aunque pueda discutirse si el Estado y otros entes territoriales deben quedar sujetos a responsabilidad penal, también participan en las actividades empresariales a través de empresas públicas o mediante su control total o parcial de sociedades mercantiles constituidas bajo alguna forma de derecho

privado. En consecuencia, las empresas y sociedades públicas también intervienen en el mercado para la prestación de servicios económicos de interés general, de forma asimilable a las empresas privadas, y en ocasiones en competencia directa con las mismas.

Por tanto, la corresponsabilidad del sector público y privado debería reflejarse, igualmente, en el ámbito penal, en la medida en que una parte relevante de las prácticas corruptas (incluyendo las promovidas por el COT) se desarrollan mediante la instrumentalización del primero. Cuestión distinta es que la necesidad de preservar la prestación de los servicios públicos exige reflexionar qué tipo de pena permitiría minimizar el impacto sobre los mismos. Aunque el sometimiento a castigo penal del sector público empresarial es una cuestión que, en general, no recogen los sistemas jurídicos del ámbito latinoamericano, la experiencia comparada fuera de esta región puede servir de orientación al respecto, como ofrece la regulación española al limitar las penas imponibles a las sociedades mercantiles públicas a la multa y la intervención judicial.

3. RECOMENDACIONES PARA EL ÁMBITO COLOMBIANO

Con base en las conclusiones de la presente obra colectiva, y a la luz de lo expuesto por sus autores en los capítulos precedentes, se pueden clasificar las recomendaciones, generales y específicas, realizadas para el ámbito colombiano en dos grandes grupos: (a) las relativas a la incorporación en el ordenamiento jurídico colombiano de la RPPJ; y (b) las relacionadas con el actual régimen de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. Dentro del primer grupo, se encuentran las siguientes:

1. Seguir reflexionando sobre la conveniencia de consagrar la RPPJ en su legislación. Aunque, por el momento, la vía elegida para sancionarlas por su participación en delitos de corrupción es, fundamentalmente, administrativa, ello no debería cerrar la puerta a un eventual reconocimiento de la RPPJ conforme a un modelo de auto-responsabilidad basado en la cultura empresarial de respeto a la legalidad, en sintonía con la recomendación realizada, con carácter general, para el ámbito latinoamericano.

Aunque la naturaleza penal o administrativa de la responsabilidad de las personas jurídicas no es, per se, determinante, para servir eficazmente como herramienta contra la corrupción, las razones ofrecidas en las reflexiones finales del capítulo de conclusiones aconsejan que Colombia avance hacia el reconocimiento de la RPPJ. Para ello, el país cuenta con un importante bagaje doctrinal y con distintas experiencias comparadas, que, con sus fortalezas y debilidades, han influido, en mayor o menor medida, en las propuestas legislativas presentadas en 2018 y 2020 para consagrar la RPPJ. De hecho, el proyecto de ley 178 (2020) podría constituir un buen punto de partida a estos efectos.

2. Acompañar un eventual reconocimiento de la RPPJ de: (a) una parte penal sustantiva que establezca los presupuestos sobre los que se fundamenta la RPPJ, conforme a un modelo de autorresponsabilidad; y (b) la consagración jurídica del estatuto procesal de las personas jurídicas. Ninguno de los infructuosos intentos por reconocer la RPPJ en relación con los delitos de corrupción han tenido en cuenta este aspecto, o como mucho se han remitido de manera general a las reglas procesales aplicables a las personas físicas sin atender a la distinta naturaleza y características de las personas jurídicas.

3. Hacer compatible, con base en un criterio de gravedad, la regulación administrativa existente con la regulación penal que pueda incorporar la RPPJ, sobre la base de un modelo de auto-responsabilidad que aspira tanto a configurar la RPPJ de manera autónoma (y por tanto al margen de la responsabilidad penal de las personas físicas), como a servir de herramienta preventiva y represiva contra las prácticas corruptas de las personas jurídicas.

4. Incluir las siguientes cuestiones en la legislación penal en la que se adopte la RPPJ:

4.1. Considerar los programas de cumplimiento o integridad como una circunstancia eximente de la RPPJ cuando los miembros de la alta dirección no se encuentren involucrados (por instigar o tolerar) en los delitos de corrupción cometidos.

4.2. Configurar la colaboración con las autoridades como una circunstancia atenuante. Es también recomendable la clara delimitación de este incentivo premial recogiendo como atenuantes autó-

nomas los tres elementos fundamentales que lo integran: (a) auto-denuncia; (b) la colaboración eficaz (entendida como el suministro de información relevante para esclarecer el delito e identificar a los responsables, sin requerir un eventual resultado condenatorio); y (c) la reparación del daño. Así mismo, se recomienda también que se identifique a las personas físicas que pueden materializar estas atenuantes en favor de las personas jurídicas (fundamentalmente, sus representantes legales).

4.3. Considerar la reincidencia como una circunstancia agravante, a la luz de las condiciones elementales que la dotan de eficacia preventiva contra la corrupción. Algunas de estas condiciones ya han sido tenidas en cuenta en el proyecto de ley 117 (2018), en la medida en que recoge un concepto de reincidencia genérica que cubre todo el ámbito delictivo de su aplicación, y prevé un periodo de cinco años desde la comisión del delito previo de corrupción por el que la persona jurídica ya ha sido condenada. Además, sería conveniente incluir la reincidencia internacional, como consecuencia de las sentencias dictadas por los tribunales extranjeros. Finalmente, se recomienda también valorar la posible vinculación de las situaciones de multirreincidencia con la disolución de las personas jurídicas, teniendo en cuenta que dicha recaída delictiva refleja la naturaleza criminógena de la organización.

4.4. Potenciar la centralidad de la multa como pena principal para las personas jurídicas según un sistema de determinación y cálculo proporcional (o que al menos tenga en cuenta los beneficios ilícitos que generan los delitos de corrupción), además de prever un sistema alternativo para cuando dichos beneficios no puedan ser estimados (las fórmulas de cuantificación de la multa recogidas en los infructuosos proyectos presentados hasta el momento para consagrar la RPPJ no han tenido en cuenta esta orientación).

4.5. Valorar la conveniencia de incluir la pena de inhabilitación para obtener beneficios, subvenciones o cualquier clase de ayudas públicas, con el fin de integrar en dicho concepto los créditos a la exportación (lo que ya contempla el proyecto de ley 117 (2018), así como el actual régimen administrativo de responsabilidad de la persona jurídica por actos de soborno transnacional).

4.6. Valorar la conveniencia de incluir la pena de inhabilitación para contratar con el sector público, y en caso afirmativo, incluir medidas de rehabilitación empresarial que aminoren la severidad y los efectos negativos que esta pena puede causar a las empresas, en la línea con lo ya previsto en el proyecto de ley 178 (2020).

4.7. Incluir entre las personas jurídicas penalmente responsables a las empresas y sociedades públicas que participan en el mercado para la prestación de servicios de interés general en términos asimilables a las personas jurídicas privadas (y que quedan excluidas de responsabilidad penal en el proyecto de ley 178 (2020)).

En cuanto al segundo grupo de recomendaciones, relativas al actual régimen de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, cabe destacar las siguientes:

5. Revisar el régimen de suspensión y cancelación de la personería jurídica, dada su escasa eficacia hasta el momento como herramienta preventiva y represiva anticorrupción. Mientras no se consagre la RPPJ y no se desarrolle una parte general referida a las personas jurídicas y un estatuto procesal que respete y articule su posición procesal y los derechos que le asisten, se aconseja liberar al juez penal de la obligación de decretar la cancelación de la persona jurídica por su participación en delitos de corrupción. En consecuencia, debería unificarse la normativa procesal penal y el régimen administrativo, de manera que, una vez que el juez penal identifica indicios de la participación de las personas jurídicas, de traslado a las superintendencia competente para que inicie el procedimiento administrativo sancionatorio contra la entidad.

6. Reformar el régimen que vincula a la persona jurídica como tercero civilmente responsable por su participación en la comisión delictiva, en el sentido de considerarle responsable civil directo. Este régimen, consagrado en la Ley 1474 (2011), y que se ha mantenido invariable en la Ley 1778 (2016) para soborno transnacional y en la Ley 2195 (2022) para otros delitos de corrupción, parece desconocer que si se acredita la participación delictiva de la persona jurídica, corresponde declararle como responsable civil directo de la reparación integral de los daños causados, acorde con la doctrina de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

7. Precisar normativamente la conformación y valoración de la cultura corporativa en el proceso de extinción de dominio. Si esta figura no se aplica con corrección, no puede cumplir idóneamente su función como herramienta contra la criminalidad organizada, con el riesgo de derivar en expropiaciones indirectas en perjuicio de las personas jurídicas que desarrollan su objeto social en territorio colombiano.

8. Ampliar el catálogo de delitos por los que, según la Ley 1778, surge la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, con el fin de extender la misma a otras conductas de corrupción transnacional, como los delitos contra la administración pública de terceros países. Esto es importante en relación con la reglamentación que ofrece la Superintendencia de Sociedades frente a los programas de transparencia y ética empresarial. Así mismo, también es recomendable no supeditar la competencia de la Superintendencia de Sociedades a la existencia de condena penal contra alguno de los administradores de la persona jurídica de que se trate, conforme lo regulado en el artículo 2 de la Ley 1778 de 2016, frente a transacciones comerciales internacionales.

9. Invertir recursos que faciliten la actuación administrativa sancionadora de las superintendencias en aplicación de la Ley 2195, en particular en lo que se refiere a: (a) incrementar los recursos materiales y humanos que ayuden a descongestionar y agilizar su actuación; y (b) celebrar convenios interadministrativos de transferencia de conocimiento y de experticia en la valoración sobre si las persona jurídicas se han beneficiado de los delitos de alguno de sus empleados y si esto ha tenido lugar con su consentimiento o tolerancia. En este sentido, sería recomendable hacer extensiva a otras superintendencias las experiencias de: (a) la Superintendencia Financiera con el Sistema de Administración de Riesgo derivados del Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo (SARLAFT); y (b) la Superintendencia de Sociedades con el Programa de Transparencia y Ética Empresarial (PTEE).

10. Derogar la norma que autoriza a las superintendencias a destinar hasta el 10% de la sanción administrativa de multa para la adopción, fortalecimiento o actualización de los programas de transparencia y ética empresarial de las personas jurídicas responsables. Esta

norma, contenida en las leyes 1778 y 2195, vulnera varias normas orgánicas y constitucionales, al permitir que ciertos ingresos tributarios sean utilizados para cubrir los gastos de personas jurídicas de derecho privado. Además, limita el efecto disuasorio de las multas.

11. Unificar las reglas relativas a la transmisión de responsabilidad en supuestos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe (esto solo se contempla actualmente en la Ley 1778 para el soborno transnacional). Esto es importante para impedir elusiones fraudulentas de la responsabilidad de las personas jurídicas. Así mismo, debería operar en idéntico sentido en supuestos de sanciones por corrupción doméstica y transnacional. Finalmente, en caso de que se reconozca la RPPJ, debería hacerse también extensible al ámbito penal.

12. Conciliar las exigencias de los programas de transparencia y ética empresarial previstas en la Circular 100.00011 de 9 de agosto de 2021, con las facultades sancionatorias que el art. 34 de la Ley 1474 (modificado por la Ley 2195) atribuye a las distintas superintendencias. Ello supone incorporar a los mínimos regulatorios del programa de transparencia y ética empresarial que expide cada superintendencia el deber de prevenir, supervisar y monitorear, entre otras, las conductas constitutivas de: (a) delitos contra el medio ambiente o el orden económico y social; (b) el lavado de activos; (c) la financiación del terrorismo o de grupos delincuenciales organizados (GDOs); y (d) la administración de recursos relacionados con actividades terroristas y delincuencia organizada.

13. Intensificar la función del Estado como impulsor y promotor de una cultura empresarial de cumplimiento de la legalidad. En concreto, se recomienda regular normativamente el deber de las personas jurídicas de adoptar programas de cumplimiento o integridad, con independencia de su capacidad técnica y operativa. A tal fin, debería revisarse la normativa administrativa existente en la materia a la luz de las normas técnicas ISO (y en particular, la ISO 37001 sobre programas de cumplimiento antisoborno) y valorar su grado de obligatoriedad jurídica a los efectos de una eventual exclusión o atenuación de la responsabilidad. En esta línea, se recomienda también promover la autorregulación empresarial con un enfoque basado en

la identificación y gestión del riesgo, que venga acompañado con la capacitación permanente de quienes han de asumir la función de oficiales de cumplimiento. Además, en aras de optimizar los recursos gubernamentales dedicados a combatir la delincuencia económica, sería conveniente que se hiciera uso de información cruzada, particularmente en relación con los informes y reportes preparados por la Unidad de Inteligencia Financiera.

14. Conciliar la transparencia que se exige en los programas de cumplimiento con la prerrogativa de reserva de que gozan las sociedades anónimas, especialmente aquellas incorporadas en jurisdicciones no cooperantes. Así mismo, se recomienda brindar acceso universal al Registro Único de Beneficiarios Finales (RUB) de las sociedades domiciliadas en Colombia, para que las personas naturales y las jurídicas puedan determinar con claridad quién es su contraparte al momento de iniciar cualquier relación. Esta medida permitiría limitar el uso del anonimato para ocultar el origen de los fondos con que se desarrollan las operaciones comerciales de las personas jurídicas.



Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para
mejorar el día a día
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

 96 369 17 28

 atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/