

RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS:

Una visión crítica en
torno a sus fundamentos,
dogmática y praxis



PERFIL **CRIMINOLÓGICO**

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO



ECUADOR

Revista Científica de Ciencias Jurídicas, Criminología y Seguridad
FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Diana Salazar Méndez
Fiscal General del Estado

Mtr. Mauricio Torres Maldonado
Coordinador General de Gestión del Conocimiento

Mtr. Beatriz Rodríguez Tapia
Directora de Estudios Penales

COMITÉ ACADÉMICO

Dirección de Estudios Penales.

EQUIPO DE DISEÑO EDITORIAL ACADÉMICO

Dirección de Comunicación y Promoción Institucional

Lic. Luis Monteros Arregui

Ing. Andrés Lasso Ruiz

Quito, agosto de 2022

Contenido de acceso y difusión libre

Los criterios vertidos por los autores no comprometen la opinión institucional
Todos los derechos reservados.

Prohibida la reproducción total o parcial, sin autorización de los autores

Edición

PERFIL **32** CRIMINOLÓGICO

VOLUMEN 1

Presentación.....	6
<i>Beatriz Rodríguez Tapia</i>	
 Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el plano técnico-jurídico.....	9
<i>José Luis González Cussac</i>	
 La persona jurídica ¿a juicio? El ejemplo de los acuerdos con la fiscalía en Estados Unidos	23
<i>Ana E. Carrillo del Teso</i>	
 La persona jurídica ante el proceso penal ecuatoriano: una guía introductoria	39
<i>José Roberto Pazmiño Ruiz</i>	
 El compliance penal en Ecuador ¿prueba de cargo o de descargo para la persona jurídica?	51
<i>Alfredo Liñán Lafuente</i>	
 La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el delito de blanqueo de dinero en España.....	65
<i>Daniel González Uriel</i>	
 Derecho sanitario en España y en el Ecuador: uso excesivo de la jurisdicción penal.....	85
<i>Ignacio Montoro Iturbe-Ormaeche</i>	

Presentación

Uno de los aspectos contemporáneos más controvertidos del derecho penal es, sin duda, la responsabilidad de las personas jurídicas. Desde los orígenes de la persona jurídica en la época romana, ha existido preocupación sobre cómo responsabilizar de su comportamiento a estas personas, supuestamente, ficticias o legales. Aquello, puesto que tienen una personalidad legal distinta de la de sus miembros o accionistas, que podría servir como un escudo para acciones inmorales o delictivas, y *que son* percibidas como menos capaces que las personas físicas de tener la mens rea requerida, o ser menos susceptibles a los incentivos presentados, por ejemplo, por el encarcelamiento. Este enigma tradicional se resume en el adagio latino *societas delinquere non potest*.

El hecho de que las personas jurídicas se beneficien de la responsabilidad limitada (la responsabilidad de los accionistas se limita a su inversión), aunque indudablemente es muy eficaz para promover la toma de riesgos y la generación de riqueza en la sociedad, también ha dejado espacio para que, en ocasiones, estas entidades tomen excesivos riesgos e impongan costos graves (incluso criminales) para la sociedad y el medio ambiente. Lejos de ser meras ficciones legales, las corporaciones son bastante reales en su impacto significativo –para bien o para mal– en la vida diaria de miles de millones de personas en el planeta.

En efecto, en la actualidad, el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra relacionado, fundamentalmente, al ámbito de los delitos económicos, es decir, a todas las acciones punibles y las infracciones administrativas que se cometen en el marco de la participación de una persona jurídica en la vida económica. De este modo, a medida que las corporaciones se volvieron más poderosas e influyentes en la sociedad, el camino de someter a las corporaciones al estigma especial de las sanciones penales y civiles se hizo más popular a nivel mundial no solo como algo más aceptable, sino socialmente deseable, o incluso, necesario. En este sentido, el derecho penal y la teoría del delito deben establecerse como un medio para la solución de los problemas actuales. Rechazar sin miramientos la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas haría del derecho penal un conjunto de normas anacrónicas que no tengan en consideración la realidad a la cual deben dar respuesta.

Así, si un problema no tiene solución con la configuración actual, el camino es avanzar en el desarrollo de un sistema lógico y racional de aplicación de las normas jurídicas a sistemas de injusto distintos de los que tradicionalmente se conocen. Específicamente, al hablarse de la responsabilidad penal de la persona jurídica, parte de la doctrina ha señalado que la persona individual y la persona jurídica son sistemas que deben ser tratados por el derecho penal de forma similar. De este modo, los conceptos que son válidos para un sistema individual pueden ser trasladados, con las distinciones y matices necesarios, a otro sistema, como la empresa.

Sin embargo, pese a que hoy en día, la responsabilidad penal de la persona jurídica es una realidad de *lege lata* en varios países, el camino hacia el reconocimiento mundial de la importancia de la responsabilidad penal corporativa no ha sido fácil. En efecto, la responsabilidad penal de las personas jurídicas constituye una materia de discusión de primer orden doctrinal y procesal. El

debate actual en este campo demuestra que todos los elementos pasan por una verdadera y compleja encrucijada dogmática, lo cual hace impostergable la búsqueda de conocimientos, soluciones y reflexiones que permitan repensar el tema en todo su espectro de análisis.

Ciertamente, el análisis de cada uno de los elementos dogmáticos y procesales asociados a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es patrimonio exclusivo del derecho penal; representan presupuestos conceptuales indispensables de la labor legislativa, del ámbito de estudios de la economía y la sociología sobre el comportamiento de los sujetos activos dentro de un contexto social más amplio, de los estudios que pretenden dar una respuesta al desarrollo sustentable del medio ambiente y, en general, de las investigaciones emprendidas por quienes han advertido el protagonismo de las corporaciones en el entramado social en un contexto de globalización.

Así, alineado a un constante proceso de innovación la Fiscalía General del Estado, a través de la Dirección de Estudios Penales, presenta la edición número 32 de la revista Perfil Criminológico. A través de sus dos volúmenes, *Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas: Una visión crítica en torno a sus fundamentos, dogmática y praxis* pretende entregar a los lectores una serie de reflexiones de carácter diverso, sincrético y holístico sobre todos los elementos conceptuales y prácticos asociados a la responsabilidad penal de las empresas, en la que no caben respuestas únicas y homogéneas.

Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas: Una visión crítica en torno a sus fundamentos, dogmática y praxis se establece como una propuesta enfocada en la configuración de una actitud crítica y una perspectiva valorativa frente a un contexto jurídico-penal en constante cambio. La alta valoración que merece este nuevo producto editorial está en consonancia con la satisfactoria experiencia crítica y reflexiva, a la cual invita el texto que el lector tiene entre sus manos.

Beatriz Rodríguez Tapia
Directora de Estudios Penales
Fiscalía General del Estado



RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: EL PLANO TÉCNICO-JURÍDICO

José Luis González Cussac¹

1. Planteamiento

Podrá debatirse si, en realidad, la relativamente reciente introducción en los textos legales punitivos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas constituye una novedad jurídica, pero, lo que no puede discutirse es que representa todo un reto para los juristas y, en cualquier caso, una ruptura con el sistema ilustrado dirigido exclusivamente a la responsabilidad criminal de las personas físicas, de los individuos. En este contexto, cobra sentido la conocida afirmación de que constituye “un cuerpo extraño en el derecho penal”.

A título personal, el estudio sobre el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica discurre en tres planos diferentes: el político-criminal, el constitucional y el técnico-jurídico. A su vez, estos planos se interrelacionan entre sí de forma compleja. Al respecto, el presente trabajo se limitará a esbozar algunos aspectos fundamentales sobre el plano técnico-jurídico, aunque sin abordar el complejo y amplio debate sobre el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

¹ Catedrático de derecho penal, Universidad de Valencia.

2. Un derecho penal en transformación

El derecho penal, como todo el derecho, es un constructo político, económico, social y cultural. La mayoría de la doctrina admite una clara influencia externa entre la política y el derecho. Históricamente, ha quedado patente en la evolución de los diferentes modelos ideológicos de Estado. En este sentido, el derecho penal es fruto de cada una de las formas de organización del poder político². Así, el actual derecho penal está indisolublemente vinculado al Estado social y democrático de derecho; el cual, como es conocido, es el resultado de la evolución durante los dos últimos siglos del pensamiento liberal y socialdemócrata³.

Pero ese pensamiento liberal, como su derecho y como el contexto en el que nació y se desarrolló, se ha transformado vertiginosamente en las últimas décadas. Muy sintéticamente podría resumirse en una evolución desde estructuras típicas de acción positiva y resultado, a estructuras omisivas. Y de una atribución subjetiva ordinaria de responsabilidad personal (dolo) a una creciente punición de la forma extraordinaria de atribución subjetiva (imprudencia)⁴. De modo que, de la clásica figura de un delito de acción y resultado doloso, se ha ido asistiendo a una extensión de las infracciones de omisión imprudente. En síntesis, se comprueba el tránsito desde un derecho penal del daño a un derecho penal del control y gestión de riesgos⁵.

En el contexto de esta evolución se ha de comprender el modelo de responsabilidad penal de las personas morales. Es decir, en un paradigma de la gestión de riesgos con consecuencias penales⁶. Precisamente por ello, para abordar el plano técnico-jurídico, resulta de interés introducir una breve nota histórica.

3. Apunte histórico de la persona jurídica en derecho civil

Desde su mismo concepto, hasta su naturaleza, ha constituido y constituye un debate complejo en el derecho civil. Ha sido denominada como "persona moral", "persona ficta", "persona civil", hasta generalizarse la designación germana de "persona jurídica". Pero esta aceptación no está exenta de una permanente crítica. Aquello, porque, entre otros aspectos, arrastra la célebre disputa entre la concepción formalista de Sinibaldo dei Fieschi, luego ampliada por von Savigny –teoría de la ficción–, que mantenía la tradición de la doctrina romano-canónica, frente a la moderna teoría de la realidad de von Gierke.

En efecto, el entendimiento de la persona jurídica como una ficción, supone la continuación del pensamiento propio del derecho romano. En su concepción, no se conseguía "diferenciar la organización de personas, el grupo humano, del aspecto formal consistente en la reducción de esta pluralidad de seres humanos a la unidad, mediante un proceso de abstracción mental. Para ellos la *universitas* no era sino un conjunto de personas"⁷.

² Contenido en buena parte ya adelantado en José Luis González Cussac, "El plano técnico-jurídico en la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Libro Homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro (Madrid: UAM editores, 2019), 743-783, Vol. I.

³ Albin Eser y Winfried Hassemer, La ciencia del Derecho penal ante un nuevo milenio, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004).

⁴ Nicolás Oxman Vilches, Sistemas de imputación subjetiva en derecho penal: el modelo angloamericano (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016).

⁵ Jesús María Silva Sánchez, "Introducción", en Criminalidad de empresa y Compliance (Barcelona: Atelier, 2013), 13.

⁶ Para Alfonso Galán Muñoz, dos factores destacan en el cuestionamiento del viejo aforismo "societas delinquere nec punire potest", uno es el apuntado en el texto relativo a la "sociedad del riesgo", y el segundo en la evolución de la concepción de la teoría jurídica del delito. Alfonso Galán Muñoz, Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la Reforma de la LO 1/2015 (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017), 19-27.

⁷ Carlos Fernández Sessarego, "Naturaleza tridimensional de la persona jurídica", Derecho PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 52 (1999).

Siguiendo a Ferrara, podría decirse, sintéticamente, que la moderna concepción de la persona jurídica responde a la compenetración de las tradiciones del derecho romano, canónico y germánico, que se mezclan durante la Edad Media, dando lugar a diversas corrientes. Es básico destacar que su punto de partida nace de la distinción entre "ser humano" y el concepto jurídico de persona. El "ser humano" arranca de su situación ontológica, de una individualidad corporal y psíquica. Por el contrario, la personalidad es fruto del ordenamiento jurídico, del reconocimiento por el derecho objetivo. Las personas jurídicas son formas de realización de intereses humanos. Pero su sustrato son siempre seres humanos. Por ello, aunque el ordenamiento conceda la calidad de persona jurídica a las colectividades, no significa que la capacidad jurídica se atribuya a una pluralidad de seres humanos, sino que la personalidad jurídica se otorga a su unidad ideal⁸.

Sin embargo, estas teorías clásicas han sido fuertemente cuestionadas desde la influencia de la filosofía analítica. Aunque se advierten en su seno diversos planteamientos, coinciden sustancialmente en criticar el sustrato metafísico de aquellos. Los conceptos jurídicos advierten que no designan cosas u objetos, que carecen de referencias ontológicas, ya sean entidades reales o ficticias. En resumen, se adscriben concretos derechos y deberes a determinados sujetos en consideración a ciertos hechos y reglas específicas⁹.

A los efectos de la discusión en sede penal, igualmente es importante recordar la reciente crisis del concepto tradicional de persona jurídica. Es importante porque se halla vinculada al llamado abuso de la personalidad jurídica, que ha supuesto el auge de la doctrina del "levantamiento del velo"¹⁰.

Por último, se debe señalar que este intenso debate teórico se asienta en una constante evolución económica, política y geográfica. Porque, como advertían los clásicos, la discusión sobre el estatus jurídico de las *universitas* responde a la demanda de realización de intereses humanos. Es decir, que el reconocimiento de personalidad jurídica camina históricamente vinculado estrechamente a la limitación de la responsabilidad patrimonial individual. De suerte que la complejidad y el desarrollo económico en el mundo occidental forzaron un paulatino protagonismo de los entes colectivos, hasta alcanzar un reconocimiento autónomo como sujetos del derecho. El punto de partida fueron las necesidades financieras seguidas a la colonización de América por las monarquías europeas a partir del siglo XV. Este hecho marcó un salto diferencial y es conocido como el "comercio atlántico". A partir de aquí se comenzó a cristalizar el capitalismo moderno, cuya dinámica no puede comprenderse sin sociedades consideradas sujetos del derecho.

4. La responsabilidad penal de la persona jurídica: ¿una novedad jurídica?

Recientemente, Busato planteaba la pregunta sobre si la responsabilidad penal de la persona jurídica representa una novedad jurídica. Naturalmente, contestaba de manera negativa. Es decir, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es una moda novedosa de origen anglo-americano surgida a finales del siglo XX, ni siquiera en sus comienzos. Como el citado autor muestra, tanto en el derecho continental como en la tradición jurídica del *common law*, la responsabilidad

⁸ Francesco Ferrara, "Teoria delle persone giuridiche", Torino (UTET), n.º 15 (1923): 356 y ss.

⁹ Como advertía Franco Bricola, en los sistemas del common law no hubo una recepción de las diversas teorías de la persona jurídica, singularmente de la teoría de la ficción ni de la teoría de la realidad, si bien la primera influyó en el origen de la responsabilidad vicarial y en el desarrollo que ha conducido a la responsabilidad orgánica de las sociedades. Franco Bricola, "Luci ed ombre nella prospettiva di una responsabilità penale degli enti (nei paesi della C.E.E.)", en "Scritti di Diritto Penale" (a cura di S. Canestrari e A. Melchionda) II, Tomo II (1997): 3072, nota 3

¹⁰ Fernández Sessarego, "Naturaleza tridimensional de la persona jurídica".

penal de los entes colectivos (*universitas*) posee antecedentes durante los siete siglos precedentes al siglo XIX. En realidad, fue justo al revés, es decir, la responsabilidad penal corporativa no se originó en el sistema del *common law*, sino que lo fue en el *civil law* y, desde este, pasó luego al anglo-americano¹¹. No fue hasta el Código Napoleónico de 1810 cuando comenzó a desaparecer de los textos punitivos, singularmente de los continentales-europeos, con un impacto casi absoluto¹².

Ahora bien, una vez iniciado el siglo XX, el gran impulso a la responsabilidad penal de las entidades viene desde los Estados Unidos de América, donde se desarrolló fuertemente por varios factores y fue aceptada constitucionalmente hace más de cien años¹³. Ciertamente, existe una diferencia de enfoque entre el ámbito jurídico anglo-americano y el romano-germánico. Esta divergencia se acentúa, especialmente, a partir del inicio del siglo XX, fruto de la intensificación del proceso industrializador, imprimiendo un importante giro dentro de la tradición anglosajona, al introducir infracciones *mens rea* (intencionales) en la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁴.

La responsabilidad penal individual entronca con el espíritu individualista dominante en el Renacimiento, esto es, en el ideal humanista. Es así como se recobra la doctrina abandonada del *Corpus Iuris*, retomando el paradigma individualista del derecho romano. Este giro se enmarca en el tránsito desde el feudalismo al incipiente modelo capitalista y en el empuje impulsado desde las revoluciones burguesas. Así pues, el Código Napoleónico inicia el modelo de la Ilustración sustentado en la responsabilidad penal individual, aunque sobreviven vestigios de la responsabilidad colectiva en derecho anglo-americano¹⁵. Pero, en ningún modo, es una novedad jurídica como tal, sino más bien, desde cierta óptica, una desviación del modelo penal ilustrado.

11 Giorgio Marinucci, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático", en Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat 1, (2008): 1173-1200.

12 Paulo César Busto, Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 19 y ss.

13 Sobre el desarrollo en los EEUU, Elena Górriz Royo, "Criminal compliance ambiental y responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo", InDret, n.º 4 (2019): 34 y ss.

14 John Vervaele, Internacionalización del Derecho penal y procesal penal. Necesidades y desafíos (Lima: Jurista Editores EIRL, 2015), 77 y ss.

15 Busto, Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

5. Juegos alrededor de una máxima: *societas delinquere nec punire potest*

Es conocida la célebre máxima *societas delinquere nec puniri potest*, expresión generalmente atribuida al Papa Inocencio IV, quien concibió a las *universitas* como personas ficticias que no poseían capacidad de delinquir. Aquello, porque al no tener cuerpo, voluntad y conciencia, no tenían capacidad de ejercer acciones ni, por tanto, sufrir castigos terrenales ni celestiales¹⁶. A partir de este planteamiento puramente metafísico se origina la tradición de negar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Como se puede apreciar, esta negativa se sustenta en tres grandes argumentos: las sociedades no poseen capacidad de acción; no tienen capacidad de culpabilidad; e, igualmente, carecen de capacidad de sufrir penas.

Entre los canonistas esta idea no fue pacífica. No obstante, esto no puede llegar a entenderse como la finalización abrupta del concepto de responsabilidad penal de las colectividades –que se mantuvo, aunque limitadamente, en supuestos de acción conjunta de los miembros del ente–, sino como el inicio de un largo camino de una de las formas posibles de comprensión del problema. Asociado a ello, se comenzaron a hacer distinciones entre la corporación y sus miembros, diferenciando la responsabilidad de la sociedad y la de sus integrantes¹⁷.

16 Silvina Bacigalupo Saggese, La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Barcelona: Bosch, 1998), 48 y ss.

17 Bacigalupo Saggese, La responsabilidad penal de las

Las consideraciones anteriores son necesarias para no olvidar que se trata de una temática de arraigada, compleja y permanente polémica en el pensamiento jurídico –no solo del derecho penal–. Por tanto, obliga al jurista a ofrecer una interpretación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde el derecho penal vigente y que, a su vez, se cohoneste con el resto del ordenamiento jurídico positivo. En este sentido, no puede afirmarse que la mayoría de ordenamientos vigentes contradigan completamente la citada máxima. Por ejemplo, el artículo 31 bis del Código Penal español señala textualmente:

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, 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.

b) De 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 aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.¹⁸

Así, de su tenor literal solo se infiere que serán penalmente responsables, lo cual contradice la segunda parte de la máxima: *nec punire potest*. Aparentemente, no contradice la primera parte de la máxima: *societas delinquere non potest*. En este sentido, se ha afirmado que las sociedades pueden ser responsables penalmente, es decir, que puedan ser

sancionadas. Aquello, no es equivalente a decir que las sociedades puedan delinquir, esto es, que pueden *cometer* delitos¹⁹. Desde esta primera exégesis, aparentemente, el derecho penal vigente sortearía la delicada cuestión de la capacidad de acción de las personas morales; o, al menos, no obliga a plantearla en la aplicación práctica. No obstante, aquello no es óbice para continuar con una reflexión teórica del máximo interés.

Sin embargo, siendo cierta esta lectura del precepto, no resulta del todo satisfactoria. No lo es porque si el sujeto –persona moral– puede ser sancionado penalmente, entonces, esta sanción ha de estar legitimada en un presupuesto. Como se ha mencionado en el apartado anterior, se trata de una infranqueable exigencia constitucional: la pena es la consecuencia de la infracción. Luego, constitucionalmente es necesario determinar si la ley contiene los presupuestos objetivos y subjetivos que permiten legítimamente imponer una sanción criminal a la persona moral. Desde luego, la ley fundamental española no permite una responsabilidad objetiva ni tampoco una responsabilidad por hecho ajeno o de otro (responsabilidad criminal sin hecho y/o sin culpabilidad).

Por lo tanto, son exigencias constitucionales las que obligan a plantearse el fundamento del castigo a la persona jurídica, esto es, a precisar el presupuesto autónomo atribuible a ella, que permitiera justificar en términos constitucionales su responsabilidad criminal. De este modo, el reto para el intérprete –más allá de sus convicciones– reside en averiguar si la ley penal contiene un presupuesto suficiente para legitimar la sanción. Este reto no es, en absoluto, sencillo. Así, en estas líneas, únicamente se puede presentar el punto de partida para el debate.

De este modo, se remite a una vieja discusión que ahora renace en esta temática: el significado de la capacidad de *infringir la ley penal*. En otras palabras, si se requiere un presupuesto que fundamente la sanción penal,

es lo mismo que afirmar que las personas morales *infringen* la ley penal y, precisamente por ello, son castigadas. Al transitar este camino parece que el derecho vigente considera que la persona jurídica es *destinataria* de la norma y, a la vez, está *obligada* por ella. Sin embargo, en la literatura penal tradicional, que un sujeto sea *destinatario* de la norma penal remite a la *capacidad de realizar una acción antinormativa*. Mientras que *estar obligado* por la norma atiende a la *capacidad de quebrantar un deber nacido de la ley*. Por consiguiente, en ambos sentidos puede hablarse de infringir la ley penal, tanto como equivalente a la capacidad de realizar conductas ilegales, como también a la capacidad de incumplimiento de deberes dimanantes de la ley²⁰. En efecto, la aplicación en esta materia de los conceptos *capacidad de acción* y *capacidad de infringir la ley penal* pueden resultar de sumo interés para esclarecer su significado²¹.

En la literatura española desarrollada en este ámbito se ha debatido intensamente esta cuestión. Esto no podía ser de otra manera, puesto que apunta a uno de los pilares básicos del entendimiento del derecho: la teoría de la norma jurídica. Como ha expuesto Galán Muñoz, la discusión se centra en dos premisas. La primera depende del concepto de norma del que se parta, en la medida que solo se podría calificar como infracción merecedora de pena, o que representen un reproche, aquellas infracciones que consistan en una violación de una norma de determinación. Esta discusión desborda el objeto de este trabajo²². La segunda premisa es la que ha concentrado la polémica en este ámbito. Esta radica en determinar si los preceptos en que se regula la responsabilidad penal de la persona jurídica contienen “verdaderas normas de determinación, entendidas como directivas de conductas humanas que puedan fundamentar su responsabilidad”²³.

²⁰ Compárese con Tomás Vives Antón, La libertad como pretexto (Valencia: Tirant lo Blanch, 1995), 341 y ss.

²¹ José Luis González Cussac, Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 319 y ss.

²² Me remito a la que he mantenido en Enrique Orts Berenguer y José Luis González Cussac, Compendio de Derecho Penal Parte General (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 38 y ss., siguiendo a Tomás Vives Antón, Fundamentos del sistema penal acción significativa y derechos constitucionales (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 351 y ss.

²³ Alfonso Galán Muñoz, Fundamentos y límites de la

En resumen, la pregunta por el presupuesto que fundamente el castigo a la persona jurídica conduce a los dos sentidos del significado de infringir la ley penal, el cual, a su vez, dirige al inicio: los conceptos de norma, acción y culpabilidad. Así, por una parte, se regresa a la casilla de salida, esto es, a la cuestión acerca de si las personas morales tienen capacidad de acción, de culpabilidad y de pena, en definitiva, si tienen capacidad de infringir una norma. Por otra parte, en cualquier caso y sea cual sea la postura respecto a las categorías anteriores, lo cierto es que cada una de las personas está constitucionalmente exigida a justificar el castigo obrante en la ley vigente. Aquello, independientemente de si la legislación penal española define suficientemente, en términos constitucionales, los presupuestos que justifiquen la sanción penal, o, por el contrario, si establece auténticas normas de determinación que contengan directivas de conducta dirigidas a la persona moral.

6. El rendimiento de la teoría jurídica del delito y el método dogmático

Tal vez la solución no resida en reducir toda la materia penal al esquema clásico de la teoría jurídica del delito, es decir, abordar en concreto la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme al estricto sistema continental de las tradicionales categorías de acción, tipicidad-injusto y culpabilidad. Aquello, sobre todo, en la medida en que estas categorías y toda su elaboración nacieron para racionalizar la aplicación del derecho penal de las personas físicas. En efecto, estas se formularon en un contexto ideológico –la Ilustración– en el que el derecho se construía sobre personas humanas y, por ende, la responsabilidad apuntaba exclusivamente a individuos. Con ello, se rompió una larga tradición de un derecho penal que también castigaba a las colectividades. En consecuencia, este esquema individual nunca ha estado pensado para ofrecer una respuesta criminal a la responsabilidad de personas jurídicas. Por ello, quizás resulta totalmente inadecuado tratar de extrapolarlo a un ámbito

responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la Reforma de la LO 1/2015 (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017), 227 y ss.

para el que no está ideado; o, en todo caso, hacerlo de una forma rígida. Además, tampoco puede descartarse que el concreto método dogmático utilizado esté obsoleto²⁴.

En este sentido, desde hace algunos años, Zugaldía Espinar argumenta que negar a la persona jurídica la capacidad de acción, de culpabilidad y pena, desde un entendimiento de las mismas referido exclusivamente al ser humano, incurre metodológicamente en un círculo vicioso. De este modo, si la acción se define solo como comportamiento humano, la culpabilidad es entendida en clave bio-psicológica y la pena como castigo retributivo por el mal uso de la libertad humana, inevitablemente, se parte de la imposibilidad de aplicarlo a otros sujetos jurídicos diferentes al ser humano²⁵.

Recientemente, Díaz y García Conlledo expone las razones por las que no es posible trasladar los elementos de la teoría del delito a la llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas: ni la acción, ni el tipo de injusto, ni dolo e imprudencia, ni la culpabilidad, tampoco el concepto de pena²⁶.

Sin embargo, de acuerdo a un criterio personal, la cuestión no debería ser resuelta desde parámetros ontológicos, o metafísicos, sino exclusivamente desde su naturaleza normativa. Por tanto, la incapacidad para explicar la responsabilidad de la persona

moral no es de toda la dogmática, sino solo de aquellas teorías jurídicas con una fuerte base ontológica. Así pues, mientras que a unas determinadas concepciones dogmáticas les resultará imposible aprehender la responsabilidad penal de las personas morales, a otras, aunque con mayor o menor esfuerzo, podrán ofrecer criterios aplicativos racionales. Desde este enfoque se podría superar la discusión acerca de si la decisión legislativa de hacer responsables a las personas jurídicas invalidaba la teoría jurídica del delito, o viceversa, si aquella decisión es inviable por acientífica. A partir de una opinión propia, se sostiene que ni una cosa ni tampoco la contraria.

Por consiguiente, la teoría jurídica del delito sigue conservando su utilidad para enfrentar racionalmente la responsabilidad criminal de los individuos, propia de un contexto que se sitúa en la Ilustración y en las revoluciones burguesas. Aunque también se sabe que se halla en una constante adaptación al nuevo contexto cultural, social, político y económico actual. Pero no puede ofrecer un rendimiento plenamente satisfactorio si se trata de aplicar a una regulación que justamente recupera, aunque mutado, el viejo modelo de responsabilidad penal de colectividades originado, como el resto del derecho penal, en un contexto ideológico totalmente diferente. Parece de sentido común partir que necesitará, como poco, de adaptaciones singulares.

Por tanto, desde la perspectiva estrictamente técnico-jurídica, dejando al margen el imprescindible análisis político-criminal e ideológico de esta decisión de escala internacional, las interrogantes no se enfrentan tanto a un debate científico-dogmático, sino esencialmente constitucional. Esto es, a determinar bajo qué condiciones está justificada la imposición de una pena a un sujeto jurídico colectivo, en el marco de un derecho penal del Estado de derecho²⁷.

27 En similares términos Gonzalo Quintero Olivares, "Art. 31 bis; art. 31 ter; art. 31 quater; y, art. 31 quinquies", en Comentarios al CP español. Tomo I (Pamplona: Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016), 382 y ss. En efecto, al destacar que el concepto de injusto tiene una buena parte de personal, la culpabilidad se construye como reproche, y la pena se orienta a la finalidad preventiva individual. De ahí que también considere que lo determinante son las condiciones en que la ley penal estructure la citada responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

Sin embargo, esta hipótesis no cierra un debate de fondo acerca de la oportunidad de revisar las premisas filosóficas y metodológicas en las que descansa la elaboración dogmática de la teoría jurídica del delito. Desde luego, ya se han formulado propuestas alternativas a los desarrollos de las sistemáticas neoclásicas dominantes. Propuestas alternativas que, por ejemplo, permitirían un enfoque muy diferente al de la categoría central del sistema penal, que no es otro que la concepción de la acción²⁸.

En síntesis, podría concluirse, en la línea ya apuntada por Zugaldía Espinar, "que el debate sobre si se **debe** (desde el punto de vista político-criminal) y se **puede** (desde el punto de vista dogmático) exigir responsabilidad a las personas jurídicas pertenece al pasado, se encuentra superado desde hace tiempo y resuelto en sentido afirmativo". A lo que añade que, en caso de que no hubiera sido así, el legislador ha hecho caso omiso a la doctrina y ha optado por una solución pragmática. Por ello, sostiene que, actualmente, el único debate posible radica en establecer los criterios normativos de imputación que permiten atribuir un delito a una persona jurídica²⁹.

La introducción legislativa de la responsabilidad criminal de la persona moral ha provocado diferentes reacciones y propuestas en la doctrina. Un sector se limita a negar su naturaleza penal; en el extremo opuesto se proponen construcciones completamente nuevas y singulares de responsabilidad penal de la persona jurídica, muy próximas a la sociología (funcionalismo sistémico). Entre ambas, diversas adaptaciones de la teoría jurídica del delito al nuevo fenómeno, o

28 Una excelente muestra del debate sobre la acción referido a las personas jurídicas puede encontrarse en la doctrina española en Gonzalo Rodríguez Mourullo, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político-criminal y dogmática", Tribuna, n.º 6 (2011): 7 y ss.; Juan Carlos Carbonell Mateu, "Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del Setenta Aniversario del prof. Tomás S. Vives Antón (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009), 301-322; Juan Carlos Carbonell Mateu, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010", CPC 2ª Época, n.º 101 (2010): 5 y ss.; y más recientemente Díaz y García Conlledo, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un análisis dogmático", 109 y ss.

29 Zugaldía Espinar "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos", 15.

construcciones que simplemente permiten su aplicación sin necesidad de grandes modificaciones metodológicas³⁰. Ahora bien, parece deseable, e incluso necesario, disponer de una teoría jurídica capaz de ofrecer pautas interpretativas para la aplicación del derecho positivo que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas³¹.

Nuevamente, se insiste en que lo determinante es la justificación constitucional. Y, desde un criterio propio, se considera que el texto legal español contiene presupuestos normativos que pueden justificar constitucionalmente la imposición de una pena a una persona jurídica. Aunque, obviamente, estos presupuestos deben aplicarse con rigor y en clave constitucional, con interdicción de un entendimiento que conlleve a una responsabilidad penal objetiva, por hecho de otro o sin hecho. Naturalmente, estos presupuestos y requisitos legales son susceptibles de refinados juegos interpretativos, de elaboraciones y desarrollos que permitan una aplicación más racional y, desde luego, de propuestas críticas para una reforma legislativa³².

Es posible que a estos presupuestos legales se quiera seguir denominándolos conforme al lenguaje de la teoría jurídica del delito. Así, algunos de ellos podrán ser asociados al tipo objetivo, otros al tipo subjetivo y otros a la culpabilidad, conforme a cada una de las diferentes opciones dogmáticas al uso. Posiblemente, este lenguaje, momentáneamente, pueda servir de asidero conceptual, ofreciendo una pasajera guía de referencia que brinde si no seguridad, sí cierta

30 Como observa Miguel Díaz y García Conlledo, son quienes se adscriben a concepciones de autorresponsabilidad estricta (hecho y culpabilidad propios de la persona jurídica), en los que se aprecia una mayor necesidad de recurrir a la teoría jurídica del delito. Sin embargo, como sigue advirtiendo este autor, mientras unos tratan de trasladarla con peculiaridades, otros no quieren vincularla a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Díaz y García Conlledo, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un análisis dogmático", 109.

31 Una exposición completa y reciente de modelos teóricos puede verse en Fernando Galvão, Teoria do crime da pessoa jurídica (Bello Horizonte-Sao Paulo: D'Plácido, 2020), 19 y ss.

32 Sobre esta cuestión ya me pronuncié en José Luis González Cussac, "El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas", en El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Liber Amicorum, en Homenaje y para celebrar el LXX del Prof. Juan Montero Aroca (Valencia: Tirant lo Blanch, 2012), 1033.

complicidad y tranquilidad.

En definitiva, se debe avanzar en perfeccionar los criterios aplicativos de la regulación, esto es, a racionalizar el *cómo* se ha llevado a cabo la intervención penal en esta materia. En otras palabras, avanzar en la precisión del régimen jurídico plasmado en el texto de la ley, que es sobre lo que tienen que decidir los jueces penales.

7. El cómo se establece el presupuesto legal de la responsabilidad penal de la persona jurídica

Rechazada la discusión en términos puramente nominales, Bricola propuso la individualización de los presupuestos objetivos que están en la base de las diversas formas de responsabilidad. Con acierto, redujo el debate a dos posibles alternativas: se legitima en la gravedad del hecho por la comisión de un hecho delictivo por parte de sus integrantes en interés del propio ente; o bien, se fundamenta en la peligrosidad objetiva del ente y sus medios, entendiendo que trasciende a la de las personas de sus singulares miembros³³.

En todo caso, el citado autor ofrece una serie de premisas sobre las que debe articular la responsabilidad criminal de los entes. No basta, señala, con la exigencia de conexión del delito con la actividad social, ni tampoco con la obtención de ventajas. Estos son requisitos necesarios, pero no suficientes. Se necesitan, además, elementos que identifiquen directamente el ilícito con la empresa y con la voluntad de sus órganos sociales. Por ello, se debe exigir una clara identificación del delito cometido con la política de empresa, con su estructura organizativa y con sus líneas de tendencia económica. Por último, considera que, al igual que se hace en ciertas regulaciones del derecho administrativo sancionador, se debe exigir que la infracción haya estado cometida en el ejercicio de las funciones y se concrete en la violación de obligaciones que el autor del delito estaba obligado a observar, aunque no sean necesariamente en interés del ente³⁴.

Todas estas exigencias que *a priori* proponía BRICOLA para una adecuada intervención legislativa serán analizadas en los próximos apartados. Aunque, tal vez, sea conveniente añadir que aquí no bastaría con una “buena legislación”, sino también con una estricta aplicación de la norma por los jueces. En conclusión, se tiene que prestar mucha atención al *cómo* se establece el presupuesto legal, pero también, al *cómo* se aplica por la jurisprudencia.

8. Política criminal, Constitución y dogmática

Desde diversas instancias internacionales públicas y privadas se ha generado un consenso que considera necesario introducir en las legislaciones la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En las últimas décadas esta idea se ha abierto paso de forma progresiva y, prácticamente, generalizada. La concentración de la actividad económica en sociedades y las dificultades de individualizar las conductas en el seno de organizaciones complejas forjó un acuerdo para reducir la impunidad en los crímenes socioeconómicos y asociados a la corrupción. Pero esta decisión político-criminal choca con la práctica cultural reciente del mundo occidental, a excepción de los modelos anglo-americanos, que instauraron una responsabilidad penal individual desde la Ilustración. En cierta manera, la criminalidad de empresa ha sustituido a la vieja visión del delito como acto individual. Ahora bien, la complejidad del comportamiento criminal desarrollado en el seno de organizaciones supera y escapa a la dimensión de los actos cometidos individualmente.

El principal reto a esta transformación radica en los límites constitucionales, es decir, la respuesta penal al crimen de empresa ha de someterse, obviamente, a la Constitución. Para dar cumplimiento a esta exigencia hay que asumir y partir de que el Estado ya sancionaba –y sigue haciéndolo– desde el derecho administrativo, en ocasiones, con consecuencias materialmente de idéntico impacto sobre los derechos fundamentales. Estos precedentes deben ayudar a comprender y resolver este reto, centrando el análisis en el examen de los concretos requisitos que la ley requiere para sancionar penalmente a una sociedad: el *cómo* castiga³⁵.

El segundo reto procede de la dificultad de explicar y aplicar a este novedoso sistema de responsabilidad penal de las personas morales la teoría jurídica del delito, concebida para responder a la criminalidad de individuos. Este reto es mayúsculo en los ordenamientos marcados por la denominada tradición europea-continental. Así, el llamado método dogmático está levantado desde categorías humanas, ya sean ontológicas o normativas, y la dimensión personal atraviesa desde el injusto hasta la culpabilidad como reproche. Esta contaminación humanista, igualmente, impregna las demás categorías, hasta llegar a la teoría de la pena con idéntica naturaleza.

Para comenzar, en la actualidad ya no se discute tanto sobre la ausencia de un modelo, o sobre modelos abstractos, sino más bien sobre la funcionalidad del modelo legal concreto y, desde luego, que tanto el modelo legal, como su aplicación por jueces y tribunales, se efectúe sometido a una interpretación constitucional. En este contexto, se comparte la sorpresa expresada por Quintero Olivares frente a quienes formulan toda serie de objeciones a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, pero que nunca las toman en consideración si se denominan sanciones administrativas. En particular, esto sucede con el argumento de la personalidad de la responsabilidad y la naturaleza de la pena. No obstante, la disolución o liquidación de una sociedad –etiquetada como sea etiquetada– posee el mismo impacto sobre sus derechos³⁶. En definitiva, desde la perspectiva constitucional, la cuestión del castigo a las sociedades presenta idénticos límites y no se puede contentar las conciencias propias quitando el problema del derecho penal y desviándolo al derecho administrativo.

33 Una exposición sobre diversas posturas en el fundamento de la responsabilidad de las personas jurídicas en González Cussac, Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento, 273 y ss.

34 Bricola, “Luci ed ombre nella prospetiva di una responsabilità penale degli enti (nei paesi della C.E.E.)”, 3075 y 3081-3082.

35 Sobre el examen de constitucionalidad del texto español, González Cussac, Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento, 57 y ss.

36 Quintero Olivares, “Art. 31 bis; art. 31 ter; art. 31 quater; y, art. 31 quinquies”, 384.

Bibliografía

Bacigalupo Saggese, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Bosch, 1998.

Bricola, Franco. "Luci ed ombre nella prospetiva di una responsabilità penale degli enti (nei paessi della C.E.E.)". En *"Scritti di Diritto Penale" (a cura di S. Canestrari e A. Melchionda)* II, Tomo II (1997): 3072, nota 3.

Busto, Paulo César. *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Carbonell Mateu, Juan Carlos. "Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas". En *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del Setenta Aniversario del prof. Tomás S. Vives Antón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

———. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010", *CPC 2ª Época*, n.º 101 (2010): 5 y ss.

Del Moral García, Antonio. "Compliance en la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: Presente y perspectivas". En *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Díaz y García Conlledo, Miguel. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un análisis dogmático". En *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Eser, Albin y Winfried Hassemer. *La ciencia del Derecho penal ante un nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

España. *Código Penal*. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995.

Feijóo Sánchez, Bernardo. *El delito corporativo en el CP español*. Pamplona: Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016.

Fernández Sessarego, Carlos. "Naturaleza tridimensional de la persona jurídica". *Derecho PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, n.º 52 (1999).

Ferrara, Francesco. "Teoria delle persone giuridiche". *Torino (UTET)*, n.º 15 (1923): 356 y ss.

Galán Muñoz, Alfonso. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la Reforma de la LO 1/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

———. "Acción, tipicidad y culpabilidad penal de la persona jurídica en tiempos del compliance: Una propuesta interpretativa". En *Tratado sobre compliance Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

———. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*

tras la Reforma de la LO 1/2015. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

Galvão, Fernando. *Teoria do crime da pessoa jurídica*. Bello Horizonte-Sao Paulo: D'Placido, 2020.

Gómez Martín, Víctor. "Falsa alarma: societas delinquere non potest". En *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

González Cussac, José Luis. "El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas". En *El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Liber Amicorum, en Homenaje y para celebrar el LXX del Prof. Juan Montero Aroca*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

———. "El plano técnico-jurídico en la responsabilidad penal de las personas jurídicas". En *Libro Homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*. Madrid: UAM editores, 2019. Vol. I.

———. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Górriz Royo, Elena. "Criminal compliance ambiental y responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo". *InDret*, n.º 4 (2019): 34 y ss.

Marinucci, Giorgio. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un bosquejo histórico-dogmático". En *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat* 1, (2008): 1173-1200.

Orts Berenguer, Enrique y José Luis González Cussac. *Compendio de Derecho Penal Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Oxman Vilches, Nicolás. *Sistemas de imputación subjetiva en derecho penal: el modelo angloamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

Quintero Olivares, Gonzalo "Art. 31 bis; art. 31 ter; art. 31 quater; y, art. 31 quinquies". En *Comentarios al CP español. Tomo I*. Pamplona: Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016.

Rodríguez Mourullo, Gonzalo. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas desde las perspectivas político-criminal y dogmática". *Tribuna*, n.º 6 (2011): 7 y ss.

Silva Sánchez, Jesús María. "Introducción". En *Criminalidad de empresa y Compliance*. Barcelona: Atelier, 2013.

Vervaele, John. *Internacionalización del Derecho penal y procesal penal. Necesidades y desafíos*. Lima: Jurista Editores EIRL, 2015.

Vives Antón, Tomás. *La libertad como pretexto*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

———. *Fundamentos del sistema penal acción significativa y derechos constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

Zugaldía Espinar, José Miguel. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.



LA PERSONA JURÍDICA ¿A JUICIO?
**EL EJEMPLO DE
LOS ACUERDOS
CON LA FISCALÍA
EN ESTADOS UNIDOS**

Ana E. Carrillo del Teso¹

Introducción

En el actual sistema penal español hay dos elementos que confluyen a la hora de realizar este trabajo. El primero, el –cada vez menos– reciente reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Se cumplen más de diez años desde que se introdujo, mediante la LO 5/2010 de reforma del Código Penal², una reforma polémica que suponía romper con el viejo adagio *societas delinquere non potest* o *societas nec punire potest*: las personas jurídicas ni podían delinquir ni podían ser castigadas.

¹ Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal, Universidad de Salamanca. Investigadora CIGG-USAL. Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2019-107743RB-I00, "Configuración y efectos de los sistemas de gestión del riesgo legal", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Es una versión revisada del capítulo publicado en Nicolás Rodríguez García y Fernando Rodríguez López, *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021).

² España, Ley Orgánica 5/2010, Boletín Oficial del Estado 152, 23 de junio de 2010, BOE-A-2010-9953, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-9953>.

El segundo es el debate sobre la pertinencia de fomentar el principio de consenso¹, y el principio de oportunidad², mediante la adopción de acuerdos que se materializan a través de la figura de la conformidad, institución mediante la que se puede dictar sentencia condenatoria sin necesidad de desarrollar la fase de juicio oral gracias a la aceptación por parte del acusado de la pena más grave de las solicitadas. En este caso, más que de actualidad, se puede hablar incluso de *work in progress*: en noviembre de 2020 se hizo público el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, el más reciente intento por sustituir la vetusta norma de 1882³. El camino hasta su eventual aprobación es largo y, es de esperar, habrá muchos cambios del actual texto al que se termine aprobando, en su caso. Sin embargo, hay que prestar atención al papel que juegan en el Anteproyecto todos esos elementos a los que se ha hecho referencia supra: el principio de oportunidad, la justicia negociada, e incluso, la justicia restaurativa tendrán un rol importante del que ahora mismo carecen.

De esta forma, se quiere introducir un "archivo por oportunidad", reservado a delitos castigados con penas que no excedan de dos años de prisión. En caso de delitos castigados con penas de hasta cinco años, cuando se cumplan los requisitos, se prevé un "archivo con condición", contando con el consentimiento de la víctima y el compromiso expreso del penado de cumplir determinadas reglas de conducta para la reparación de los perjuicios causados. En relación con las organizaciones criminales, entre otros, se prevé un supuesto de oportunidad asociado a la colaboración de arrepentidos. En relación con la conformidad, habrá un margen de reducción de pena que el Ministerio Fiscal podrá utilizar en el marco de soluciones consensuadas. Por último, en relación con la justicia restaurativa, el Ministerio Fiscal podrá impulsar, con el consentimiento de los afectados, la obtención de una solución reparadora de los intereses particulares en juego, en función de la disminución o ausencia de interés del Estado en el castigo. Si se llega a una composición, esta institución podrá conducir a la finalización de las actuaciones con un archivo condicionado al cumplimiento de lo pactado o con una sentencia condenatoria en el marco de una conformidad premiada. De igual modo, también en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia de diciembre de 2020 se prevén ciertas reformas de la LECrim para facilitar la conformidad (por ejemplo, suprimir el límite penológico de seis años), todo ello, de nuevo, para fomentar la agilización de los procedimientos existentes.

Tanto en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica como en la adopción de acuerdos en el marco del proceso penal (ya sea como vía para finalizarlo o, con carácter previo, para evitarlo) y, más aún, en los acuerdos con personas jurídicas⁴, es indudable la extraordinaria influencia de la regulación y la práctica en los Estados Unidos de América⁵. Hay dos siglas que acompañan irremediablemente este tándem: NPA y DPA, *non-prosecution agreements* y *deferred prosecution agreements*, acuerdos preprocesales en los que el presente artículo se va a centrar. Aquello, sin obviar la importancia de otras figuras como el *plea bargaining* (la negociación de la condena si el acusado se declara culpable), que se enmarca en la tendencia

a la desaparición del juicio oral, ante un jurado, en este país⁶. Estos acuerdos se pactan con la fiscalía, aspecto que será de relevancia para nuestro ordenamiento jurídico si, como se ha declarado por parte del Ministerio de Justicia, de llegar a buen puerto esa futura reforma de la norma procesal penal se opta por que el Ministerio Fiscal sea el encargado de la instrucción de las causas⁷.

Ahora bien, antes de entrar a tratar los acuerdos de la fiscalía con entidades, es preciso hacer una aclaración. Quizá por la constante alusión a Estados Unidos como país de referencia en la persecución penal de la persona jurídica se podría tener la impresión de que esta responsabilidad es aceptada pacíficamente por parte de académicos y operadores jurídicos del país norteamericano. Esta impresión, sin embargo, es falsa: un breve repaso a la literatura especializada arroja otra imagen⁸, un debate sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica que se aproxima mucho al que se da en los países de tradición continental (desde luego, al que se produjo en España alrededor de su introducción en 2010⁹, y que no ha cesado con el tiempo¹⁰).

En este trabajo se analizarán, en primer lugar, qué factores informan la actuación de la fiscalía estadounidense a la hora de formalizar la acusación contra una persona jurídica y los condicionantes para los acuerdos dentro del proceso (*plea agreements*). A continuación, se tratarán los acuerdos preprocesales con las personas jurídicas, NPA y DPA: su contenido, causas de su auge, fundamento y orígenes, así como algunos datos sobre su aplicación y las principales críticas que se formulan desde la academia, tras lo que se presentarán unas breves conclusiones

1. El papel de los fiscales: principio de oportunidad, factores para la acusación y plea agreements

El margen de actuación de los fiscales respecto a la investigación y persecución penal de las personas jurídicas se rige por un fortísimo principio de oportunidad plasmado en los Principios del Procesamiento Federal de las Organizaciones Empresariales¹¹, que diferentes Fiscales Generales y sus adjuntos han ido cincelandando a través de sus memorándums. Precisamente, hay que destacar que el último paso que se dio en la materia con el *Yates Memo*¹², de 2015, fue incidir en la importancia de la responsabilidad de los individuos en los delitos que se cometen en el marco de la empresa. En este sentido, la persona jurídica que quisiera prestar colaboración y beneficiarse de la misma debía aportar todo tipo de información sobre todos los implicados en el delito¹³. Cuando en 2019 se revisó el conocido como *U. S. Attorney's Manual* (a partir de ese momento, *Justice Manual*) se incluyó el contenido del *Yates Memo*, pero matizado: solo sería necesario informar sobre los que estuvieron sustancialmente involucrados o fueron responsables de la conducta criminal¹⁴.

Los factores que los fiscales deben considerar a la hora de proceder o no a la acusación son:

11 Departamento de Justicia de los Estados Unidos, "Principles of Federal Prosecution of Business Organizations", Justice Manual, accedido 21 de septiembre de 2020, Title 9: Criminal. 9-28.000, <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>.

12 Departamento de Justicia de los Estados Unidos, "Memorandum from Deputy Attorney General Sally Quillian Yates to Heads of Department Components and U.S. Attorneys, Individual Accountability for Corporate Wrongdoing", Office of the Deputy Attorney General, 9 de septiembre de 2015, <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download>.

13 Con decisiones como el Yates Memo se completa la conversión de la responsabilidad penal de la persona jurídica en algo meramente instrumental, donde solo se pretende utilizar a la empresa para fines de investigación de sus empleados bajo la amenaza de que el proceso penal se dirija contra ella. En este sentido, Jennifer Arlen, "Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals Into Corporate Cops", New York University School of Law, Law & Economics Research Paper Series Working Paper, n.º 17-09 (2018): 1-18.

14 Wick Sollers, Dan Sale, Christina Kung y Kelli Gulite, "DOJ Issues Updated U.S. Attorneys' Manual", American Bar Association, 05 de febrero de 2019, <https://www.americanbar.org/groups/litigation/committees/criminal/practice/2019/doj-issues-updated-us-attorneys-manual/>.

1 Marien Aguilera Morales, "La deriva del 'principio' del consenso", Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal 2, (2019): 49-66, <http://www.revistasmarcialpons.es/rivitsproc/article/view/la-deriva-del-principio-del-consenso>.

2 Sobre el principio de oportunidad aplicado al enjuiciamiento penal de la persona jurídica, ampliamente Ana Neira Pena, La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017), 45 y ss.

3 Documento disponible en el siguiente enlace: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/210126%20ANTEPROYECTO%20LECRIM%202020%20INFORMACION%20PUBLICA%20%281%29.pdf>.

4 Renato Machado de Souza y Nicolás Rodríguez García, Justicia negociada y personas jurídicas. La "modernización" de los sistemas penales en clave norteamericana (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022).

5 Compartimos la opinión de Ana Neira Pena: "las propuestas tendentes a introducir criterios de oportunidad en las decisiones de imputación y acusación frente a las personas jurídicas se deben, posiblemente, a la fascinación que, en ocasiones, produce el sistema americano entre los juristas de tradición continental, así como a la influencia que, indudablemente, ha tenido aquel sistema legal en la criminalización de las personas jurídicas. (...) Las personas jurídicas sistemáticamente llegan a acuerdos con la Fiscalía, a través de los cuales evitan su acusación formal y, por lo tanto, el estigma y el daño reputacional derivado de la misma. Ahora bien, es preciso plantearse si ese alto grado de discrecionalidad con el que actúa la Fiscalía norteamericana presenta riesgos derivados de la escasa onerosidad que para las corporaciones tienen esos acuerdos pre-procesales alternativos a la acusación penal que, en ocasiones, ni siquiera implican una recta asunción de responsabilidad por parte de las empresas y que, en gran medida, les permiten ahorrarse el coste reputacional de sus actuaciones criminales". Neira Pena, La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas, 47-48

6 Bruce P. Smith, "Plea Bargaining and the Eclipse of the Jury", Annual Review of Law and Social Science, n.º 1 (2005): 131-149.

7 Igualmente, Nota de prensa del Ministerio de Justicia de 9 de septiembre de 2020.

8 Especialmente recomendable la reciente revisión de Mihailis E. Diamantis y William S. Laufer, "Prosecution and Punishment of Corporate Criminality", Annual Review of Law and Social Science, n.º 15 (2019): 453-472.

9 Tal y como sintetizó Alfonso Galán Muñoz, "La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la lo 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad", Revista General de Derecho Penal, n.º 16 (2011): 1-6.

10 Sirva como ejemplo la severa crítica de Luis Gracia Martín, "Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 18-05 (2016), https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20160808_04.pdf.

1. La naturaleza y la gravedad del delito, incluido el riesgo de daño a la sociedad, y las políticas y prioridades aplicables, de haberlas, que rigen el enjuiciamiento de las empresas para determinadas categorías de delitos.
2. La incidencia del delito dentro de la empresa, incluida la complicidad en el delito o la tolerancia del mismo por parte de la dirección de la empresa.
3. Los antecedentes de la empresa en relación con infracciones similares, incluidas las acciones penales, civiles y administrativas anteriores contra ella.
4. La voluntad de la empresa de cooperar, incluso en lo que respecta a las posibles infracciones cometidas por sus agentes.
5. La adecuación y eficacia del programa de cumplimiento (compliance) de la empresa en el momento de la infracción, así como en el momento de la acusación.
6. La revelación en tiempo y forma y voluntaria de las infracciones por parte de la empresa.
7. Las medidas reparadoras de la empresa, incluyendo, pero no limitándose a, cualquier esfuerzo para implementar un programa de cumplimiento corporativo adecuado y efectivo o para mejorar uno ya existente, para reemplazar la directiva responsable, para tomar medidas disciplinarias o despedir a los infractores o para pagar la indemnización o restitución.
8. Las consecuencias colaterales, incluyendo si hay un daño desproporcionado para los accionistas, los titulares de pensiones, los empleados y otros terceros no probados como personalmente culpables, así como el impacto en la sociedad derivado del enjuiciamiento.

9. La idoneidad de medidas tales como acciones civiles o administrativas, incluidos las medidas resultantes de la cooperación de la empresa con los organismos gubernamentales pertinentes.
10. La idoneidad del enjuiciamiento de los individuos responsables de la conducta indebida de la empresa.
11. Los intereses de las víctimas.

Esta lista solía ser un decálogo, pero se actualizó en julio de 2020 para añadir ese último elemento, la atención a los intereses de cualquier víctima, en lo que parece ser un guiño a la justicia restaurativa. En todo caso, tal y como se señala en un comentario explicativo, no se trata de una lista exhaustiva, sino que pretende ilustrar los factores que pueden ser relevantes o pertinentes¹⁵.

Antes de centrar la atención en los acuerdos preprocesales, a los que se enfocará el resto del trabajo, es necesario tratar someramente la posibilidad de que la persona jurídica pacte un *plea agreement* (acuerdo de declaración de culpabilidad) que, a diferencia de los anteriores, dará lugar a una sentencia de condena, solo que sus términos podrán ser negociados con el fiscal. En contraposición a lo que sucede con la conformidad "negociada" en España, en Estados Unidos se define legalmente el concepto de *plea agreement* en las *Federal Rules of Criminal Procedure*, que dedica el art. 11 a los diferentes tipos de declaración (no culpable, culpable o *nolo contendere*¹⁶) y al

¹⁵ "Es posible que algunos de esos factores no se apliquen a casos concretos y que en algunos casos un factor prevalezca sobre todos los demás. Por ejemplo, la naturaleza y la gravedad del delito pueden ser tales que justifiquen el enjuiciamiento independientemente de los demás factores. Sin embargo, en la mayoría de los casos, ningún factor por sí solo será determinante. Además, las políticas nacionales de represión en diversas esferas de aplicación de la ley pueden exigir que se dé más o menos importancia a algunos de esos factores que a otros. Por supuesto, los fiscales deben ejercer su juicio reflexivo y pragmático al aplicar y equilibrar esos factores, a fin de lograr un resultado justo y equitativo y promover el respeto de la ley". Departamento de Justicia de los Estados Unidos, "Principles of Federal Prosecution of Business Organizations", Factors to be Considered, B. Comment.

¹⁶ La declaración de *nolo contendere* supone que, sin declararse culpable, el acusado renuncia a presentar pruebas o argumentos sobre su falta de culpabilidad. El proceso terminará igualmente con sentencia de condena, con la única diferencia

procedimiento para llegar al acuerdo. Este acuerdo, no obstante, debe ser aprobado por el tribunal: ni existe un derecho a que el acuerdo sea aprobado, ni un deber de los jueces de aprobarlos, al contrario, pueden rechazarlos en ejercicio de su discreción judicial¹⁷. Esto no es común, pero puede suceder si se considera que el acuerdo con la fiscalía es demasiado indulgente, si va en contra del interés público o si supone un abuso de las potestades del fiscal o puede minar la confianza pública en el sistema penal¹⁸.

Las pautas de los fiscales a la hora de alcanzar acuerdos de culpabilidad con las personas jurídicas¹⁹ deben ser paralelas a las de los *plea agreements* con las físicas, lo que supone, a grandes rasgos:

- Exigir a la empresa que se declare culpable del delito más grave y fácilmente demostrable que se le impute.
- En el caso de que la pena propuesta se desvíe de los límites que recogen las *Sentencing Guidelines*, debe ser justificable y expuesta ante el tribunal.
- Hacer comprender a la persona jurídica que aceptar la acusación es una admisión de culpabilidad y no simplemente la resolución del proceso (o, como dice el propio *Manual*, "la resolución de una distracción inconveniente de sus negocios").
- La declaración de culpabilidad debe

de que esta no se podrá utilizar posteriormente para dirimir la responsabilidad civil derivada. Con carácter general, la política del Justice Department es no permitir estas declaraciones, David M. Uhlmann, "Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability", *Maryland Law Review* 72, (2013): 1340.

¹⁷ Principio establecido en la sentencia *Santobello v. New York* de 1971. Véase, Brandon L. Garrett, "The Public Interest in Corporate Settlements", *Boston College Law Review* 58, (2017b): 1494.

¹⁸ Garrett, "The Public Interest in Corporate Settlements", 1496.

¹⁹ Departamento de Justicia de los Estados Unidos, "Plea Agreements with Corporations", *Justice Manual*, accedido 21 de septiembre de 2020, Title 9: Criminal. 9-9-28.1600, <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>.

ser lo suficientemente explícita como para que luego la empresa no pueda proclamar públicamente su falta de culpabilidad o su inocencia; así que debe constar una base fáctica suficiente que sustente la culpabilidad.

También se preocupa el *Justice Manual* de que el acuerdo de culpabilidad cumpla con los fines de la pena –retribución, prevención²⁰ y reinserción–, mediante la imposición de multas sustanciales²¹, restitución obligatoria y medidas de *compliance* adecuadas, como la supervisión judicial continua o el recurso a supervisores de la empresa, o la inhabilitación permanente o temporal para realizar contratos con la Administración.

En esencia, el contenido del *plea agreement*, en lo que se refiere al compromiso de la empresa, como se verá, no difiere del de los acuerdos preprocesales, ni por lo señalado hasta ahora, ni por el juego de las posibles

²⁰ Con todo, la pregunta de si la pena consigue realmente cumplir su función preventiva (tanto general como especial) en la práctica parece tener una respuesta negativa: en el primer meta-análisis de los –pocos– trabajos empíricos existentes sobre los efectos preventivos de la pena en la persona jurídica las conclusiones no fueron muy optimistas. Por un lado, faltan estudios rigurosos, por otro, los más rigurosos mostraban los menores efectos preventivos que, además, no se asociaban a la imposición de penas, sino a las regulaciones en el ámbito administrativo, acompañadas de inspecciones periódicas. Es decir, no parece haber evidencias reales de qué funciona para la prevención del delito en la empresa dentro del sistema penal. Natalie Schell-Busey et al., "What Works? A Systematic Review of Corporate Crime Deterrence", *Criminology & Public Policy* 15, n.º 2 (2016): 409-410.

²¹ Sin embargo, la prevención del delito en el ámbito empresarial a través de la pena toparía con la llamada "trampa de la prevención" (deterrence trap) formulada por John C. Coffee, que cuestiona si las penas de multa que se impongan a las personas jurídicas, por muy altas que sean, pueden llegar a tener un verdadero efecto disuasorio. A medida que el beneficio potencial del delito aumenta y la probabilidad de que sea detectado disminuye, las multas tienen que ser notoriamente más altas para influir en la empresa, pero hay un techo en esta cantidad: el valor de su patrimonio. Más allá de esta frontera, aunque se sigan aumentando las penas de multa no se logrará un mayor efecto preventivo (ya que, al contrario de lo que sucede con la persona física, no existe la amenaza de la pena de prisión subsidiaria), lo cual es especialmente problemático en esos delitos difíciles de detectar. Con todo, Las *Organizational Sentencing Guidelines*, que establecen el baremo para la imposición de penas a las personas jurídicas, permiten a los jueces establecer una multa por encima de su patrimonio (financial death sentence) a las empresas cuyo principal objetivo sea la comisión de delitos (§ 8C1.1). John C. Coffee, "No Soul to Damn: No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment", *Michigan Law Review* 79, (1981): 389-390.

consecuencias penales para los individuos responsables del delito, ya sean empleados o directivos, es decir, si la empresa quiere negociar algún tipo de inmunidad para estas personas físicas o si está dispuesta a colaborar en la investigación de estos (como regla general, ningún acuerdo debe incluir ningún extremo que evite la responsabilidad penal o civil de empleados o directivos²², aunque puede haber excepciones; pero es una de las razones que han llevado a los tribunales a no refrendar acuerdos²³). La función de reinserción se intentará alcanzar con medidas que garanticen que el comportamiento de la empresa en un futuro se ajustará a la legalidad, es decir, mediante la imposición de programas de *compliance* o la reforma del existente.

Si la empresa acepta cooperar, debe ser “veraz”, lo que implica la puesta a disposición de la fiscalía de todo tipo de información y documentos que esclarezcan todas las irregularidades de la empresa y ayude a identificar y juzgar a los responsables. Un punto de estos acuerdos en el pasado que resultaba delicado era la posible renuncia al secreto profesional del abogado y la debida confidencialidad entre abogado y cliente²⁴, por lo que se incluyó en el *Manual* el reconocimiento de la importancia de este secreto, de manera que la cooperación de la empresa no se debe supeditar a la renuncia a este derecho.



22 El mismo manual aclara en apartado sobre Plea Agreements, que la acusación contra una persona física acusada no debe ser desestimada sobre la base de la declaración de culpabilidad de una persona jurídica, a menos que existan circunstancias especiales que justifiquen la desestimación. Departamento de Justicia de los Estados Unidos, “Pleas - Federal Rule Of Criminal Procedure 11”, Justice Manual, accedido 23 de septiembre de 2020, Title 9: Criminal. 9-16.050, <https://www.justice.gov/jm/jm-9-16000-pleas-federal-rule-criminal-procedure-11>.

23 Garrett, “The Public Interest in Corporate Settlements”, 1498.

24 Uhlmann, “Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability”, 1312.

2. Deferred y Non-Prosecution agreements

2.1. Antecedentes: pretrial diversion agreements

Los DPA y NPA tienen su origen en los *pretrial diversion programs* (programas de desviación previos al juicio) pensados para individuos investigados por determinados delitos, cuya finalidad era evitar un efecto encarnizado del proceso y la pena en individuos que delinquen por primera vez y, al mismo tiempo, ahorrar recursos en la administración de justicia²⁵. Sobre estos programas, el *Justice Manual* dice que “es una alternativa al enjuiciamiento que trata de desviar a ciertos delincuentes del procesamiento tradicional de la justicia penal hacia un programa de supervisión y servicios administrado por el Servicio de Libertad Condicional de los Estados Unidos”²⁶.

En este tipo de acuerdos, normalmente, el investigado tiene que reconocer y aceptar su responsabilidad, someterse a tratamiento (este tipo de acuerdos son comunes en delitos relacionados con el consumo de estupefacientes), hacerserviciosala comunidad y cumplir con la restitución a la víctima. Hasta que se cumplen las condiciones del acuerdo, la causa se mantiene en suspenso por el periodo que se haya fijado (que no podrá superar los 18 meses²⁷). Cuando vence, si se ha cumplido el acuerdo y no se ha cometido ninguna otra infracción, el fiscal retira la acusación²⁸ o, si son acusados, se dicta un sobreseimiento. En caso de que no se cumpla el acuerdo, se continúa con el juicio.

Para poder acceder a este tipo de programas

hay que cumplir una serie de requisitos: no tener antecedentes penales, que se trate de un delito leve; también, según la fiscalía, la edad del sujeto (menor o joven) y el tipo de delito (que sea no violento, o determinadas categorías de delito). Además de la posibilidad de ahorrar recursos para que tanto fiscales como jueces se puedan centrar en casos más importantes, hay otras razones para promover estos acuerdos, especialmente cuando el beneficio del castigo para la sociedad es mucho menor que el daño que sufrirá el sujeto (dificultad para encontrar trabajo o continuar con su educación y, por tanto, mayor probabilidad de reincidir)²⁹. Tal y como se declara en *Manual*, se trata también de “prevenir futuras actividades delictivas entre ciertos delincuentes desviándolos del procesamiento tradicional hacia la supervisión y los servicios comunitarios” y de “proporcionar, cuando proceda, un vehículo para la restitución a las comunidades y a las víctimas del delito”³⁰.

Curiosamente, el *Manual* a la hora de establecer los criterios para acceder a estos acuerdos –mejor dicho, para que el o la fiscal los ofrezca– lo hace en negativo, es decir, recoge una serie de casos que quedan excluidos de esta posibilidad³¹:

1. Los acusados de un delito que, según las directrices vigentes, son de competencia federal.
2. Personas con dos o más condenas previas por delitos graves.
3. Funcionarios o exfuncionarios públicos acusados de un delito derivado de una presunta violación de la confianza pública.
4. Acusados de un delito relacionado con la seguridad nacional o los asuntos exteriores.

Lo que se pide desde la academia es que, ya que los *pretrial diversion agreements*

25 Uhlmann, “Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability”, 1303.

26 Departamento de Justicia de los Estados Unidos, “Pretrial Diversion Program”, Justice Manual, accedido 23 de septiembre de 2020, Title 9: Criminal. 9-22.010, <https://www.justice.gov/jm/jm-9-22000-pretrial-diversion-program>.

27 Departamento de Justicia de los Estados Unidos, “Pretrial Diversion Program”, 9-22.010.

28 Uhlmann, “Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability”, 1304.

29 Uhlmann, “Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability”, 1304-1305.

30 Departamento de Justicia de los Estados Unidos, “Pretrial Diversion Program”, 9-22.010.

31 Departamento de Justicia de los Estados Unidos, “Pretrial Diversion Program”, 9-22.100

son el germen de los NPA y DPA, formas de evitar una condena cuyo perjuicio iba a ser desproporcionadamente mayor que el beneficio para la sociedad, se establezcan igualmente unos criterios nítidos de elegibilidad, descartando estos acuerdos para las personas jurídicas reincidentes o para los delitos más graves³².

2.2. DPA y NPA: concepto, contenido y ¿fundamento?

El auge de los *deferred* y *non-prosecution agreements* se ha dado entrado el siglo XXI³³. Existe consenso a la hora de señalar la debacle de Arthur Andersen y los daños colaterales de su condena como punto de inflexión en la política de la fiscalía respecto a las personas jurídicas³⁴:

el Departamento de Justicia ha reconocido los efectos potencialmente dañinos que el enjuiciamiento penal de una empresa puede tener en los inversores, empleados, pensionistas y clientes que no estaban involucrados en el comportamiento delictivo de la empresa. En particular, la quiebra de la empresa de contabilidad Arthur Andersen, y la consiguiente pérdida de miles de puestos de trabajo tras su acusación y condena por obstrucción a la justicia por destruir registros relacionados con Enron, ofrece un ejemplo perfecto de los efectos potencialmente perjudiciales de procesar criminalmente a una empresa.³⁵

Lo curioso es que la condena fue posteriormente anulada por el Tribunal Supremo, ya que se estimó que las instrucciones que se dieron al jurado eran imperfectas³⁶, pero sus consecuencias eran irreversibles. El temor a los efectos colaterales de la condena de una empresa (lo que se dio en llamar *Andersen Effect*³⁷) fue lo que potenció el aumento de estos acuerdos.

Precisamente, es en la sección sobre consecuencias colaterales de los *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* donde se desarrolla la posibilidad de llegar a NPA y DPA. El principio general es que los fiscales valoren estas eventuales consecuencias a la hora de decidir si acusar a la persona jurídica de un delito y cómo resolver estos casos. Partiendo de su existencia, tanto para personas jurídicas como físicas, se establece que la mera existencia de estas consecuencias no es argumento suficiente para no acusar a una empresa. ¿Qué habrá que tener en cuenta para considerar lo suficientemente relevantes estas consecuencias? Esos mismos factores que se han visto antes; especialmente la prevalencia del delito en la empresa (dicen que en estos casos, "la posible injusticia de imponer a los accionistas un castigo por los delitos de la empresa puede ser mucho menos preocupante cuando esos accionistas se han beneficiado sustancialmente, incluso sin saberlo, de una actividad delictiva generalizada") o el

conocimiento o la participación de los altos cargos o los accionistas y la aceptación de la comisión de delitos como forma de hacer negocios.

Pero cuando se estime que estas consecuencias accesorias de la condena de la empresa para terceros sí serán desproporcionadas³⁸ es cuando entran en juego los NPA y DPA, acuerdos de no acusación (*non-prosecution*) y de aplazamiento de la acusación (*deferred prosecution*). ¿En qué consisten exactamente? En el caso de los DPA la persona jurídica y la fiscalía pactan unas condiciones (que comprenderán la adopción, o la revisión en su caso, del programa de *compliance*³⁹, aceptar a un revisor externo que monitorice su actividad, el pago de cantidades equivalentes a una multa, la compensación a las víctimas, etc.) y, a cambio, la acusación se suspende durante un periodo de tiempo. Si al finalizar se han cumplido las cláusulas, se retira definitivamente la acusación. Este acuerdo será sometido a supervisión judicial, lo que no sucede con los NPA donde no se llega a formalizar la acusación. En este caso, pasado el tiempo para el cumplimiento de las condiciones, si no se han cumplido, la fiscalía presentaría cargos.

El *Justice Manual* justifica estos acuerdos como una tercera vía entre la acusación y el desistimiento, es decir, entre sufrir consecuencias desproporcionadas y poder

eludirlas por completo. Con estos acuerdos se consigue que, sin tener que acudir al proceso penal, la empresa se comprometa a realizar cambios relevantes en su organización y acciones que lleven a una mejor ética empresarial y a su "reinserción en la sociedad" (aspecto sistemáticamente desatendido respecto de las personas físicas⁴⁰). Sin embargo, esta fundamentación del *Department of Justice* no está exenta de crítica, no tanto en su esencia (no se niega que sea una tercera vía), sino porque es tramposa: el aumento de estos acuerdos no se debe a que se buscara ninguna tercera vía, se trata de una explicación que surgió con posterioridad, e impostada: lo que se quería realmente era forzar a las empresas a cooperar⁴¹.

2.3 Los acuerdos en la práctica

La primera cuestión que hay que abordar es hasta qué punto estos acuerdos pueden marcar una tendencia o convertirse en la norma, si realmente su adopción es tan elevada en Estados Unidos. Siguiendo a Diamantis y Laufer, aproximadamente, 2000 empresas fueron denunciadas ante fiscales federales en la última década, resultando en entre 150 y 200 condenas⁴². Durante el segundo mandato del presidente Obama (2012-2016) y los primeros años de la presidencia de Trump este número ha descendido en torno a las 130 condenas, como también lo han hecho las investigaciones y enjuiciamientos por delitos económicos⁴³. Como concluyen los autores, la gran mayoría

32 Uhlmann, "Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability", 1306-1307.

33 Ver más adelante.

34 Elizabeth R. Sheyn, "Anything but a Racket: Why Professor Richard Epstein's Attack on the Nature and Function of Deferred and Non-Prosecution Agreements Misses the Mark", SSRN Electronic Journal, (2009): 1, <https://ssrn.com/abstract=1514905>; Uhlmann, "Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability", 1310-1311; Wulf A. Kaal y Timothy A. Lacine, "The Effect of Deferred and Non-Prosecution Agreements on Corporate Governance: Evidence from 1993-2013", The Business Lawyer 70, (2014): 1-59; Gordon Bourjaily, "DPA DOA: How and Why Congress Should Bar the Use of Deferred and Non-Prosecution Agreements in Corporate Criminal Prosecutions", Harvard Journal on Legislation 52, (2015): 545-546; Brandon L. Garrett, "The global evolution of corporate prosecutions", Law and Financial Markets Review 11, n.º 2-3 (2017a): 55.

35 Esta fue la base de una solicitud de información

del Congreso de Estados Unidos acerca de la actividad del Departamento de Justicia en el uso de estos acuerdos. United States Government Accountability Office, "Report to Congressional Requesters", Corporate Crime. DOJ Has Taken Steps to Better Track Its Use of Deferred and Non-Prosecution Agreements, but Should Evaluate Effectiveness (Estados Unidos: GAO, 2009), 1.

36 Corte Suprema de los Estados Unidos, "Sentencia de 31 de mayo de 2005 (544 U.S. 696)", Arthur Andersen LLP v. United States, 31 de mayo de 2005, párr. 120, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/544/696/>.

37 Este efecto, al parecer, carece de base real, ya que todo apunta a que la quiebra de Arthur Andersen fue la excepción y no la regla. Véase, Gabriel Markoff, "Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century", University of Pennsylvania Journal of Business Law, n.º 15 (2013): 830; Bourjaily, "DPA DOA: How and Why Congress Should Bar the Use of Deferred and Non-Prosecution Agreements in Corporate Criminal Prosecutions", 555-557; Garrett, "The Public Interest in Corporate Settlements", 1532. Sin embargo, el temor de las empresas a terminar igual sí es real y sí tiene influencia en sus pactos con la fiscalía. Bourjaily, "DPA DOA: How and Why Congress Should Bar the Use of Deferred and Non-Prosecution Agreements in Corporate Criminal Prosecutions", 547.

38 Como ejemplo benévolo de un acuerdo que consiguió evitar un perjuicio injusto a terceros se suele citar el caso WakeMed de 2013, con quienes se alcanzó un DPA que se consideró apropiado, ya que un proceso que hubiese terminado en condena hubiese dejado sin acceso a la sanidad a personas beneficiarias de los programas Medicare y Medicaid, destinados a personas mayores y discapacitadas, y a personas sin recursos económicos. Uhlmann, "Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability", 1322; Garrett, "The Public Interest in Corporate Settlements", 1502.

39 No faltan voces críticas con el protagonismo que han alcanzado los compliance programs en el marco de la responsabilidad penal de la persona jurídica, a pesar de que faltan evidencias sobre qué características de estos programas pueden realmente ayudar a prevenir el delito, con el riesgo de que se convierta en una medida únicamente cosmética que, mientras, supone un coste para el sector privado que no para de crecer. Diamantis y Laufer, "Prosecution and Punishment of Corporate Criminality", 455. Quizá por ello el Department of Justice elaboró una guía para la evaluación de los programas de compliance, actualizado en junio de 2020, aunque no soluciona el problema de la falta de base empírica. Esta guía se la puede acceder mediante el siguiente enlace: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>.

40 Brandon Garrett llama la atención sobre esta paradoja: "La rehabilitación es un aspecto desatendido en nuestro sistema de justicia penal, ya que nuestras superpobladas prisiones están diseñadas principalmente para castigar, no para hacer a los presos mejores personas. Sin embargo, los enjuiciamientos de empresas son una drástica excepción. Los fiscales dicen que un objetivo central es rehabilitar las corporaciones, para tratar de ayudar a hacerlas mejores y más éticas". Brandon L. Garrett, Too Big to Jail: How Prosecutors Compromise with Corporations (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2014), 46-47.

41 Uhlmann, "Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability", 1315.

42 En 2014 se denunciaron 2171 empresas ante la Fiscalía Federal. Se formalizó la acusación de 237 empresas y 162 fueron condenadas. TracReports, "Justice Department Data Reveal 29 Percent Drop in Criminal Prosecutions of Corporations", TracReports, 13 de octubre de 2015, <https://trac.syr.edu/tracreports/crim/406/>. Ese mismo año, se alcanzaron 30 acuerdos (tanto NPA como DPA).

43 Diamantis y Laufer, "Prosecution and Punishment of Corporate Criminality", 458.

de los delitos cometidos por personas jurídicas no se persiguen, de los que se persiguen la mayoría no llegan a condena, y las condenas que se imponen son muy cuestionadas⁴⁴.

En cuanto a la evolución de los acuerdos, si bien en los primeros años del presente siglo su adopción era residual⁴⁵, su incidencia fue creciendo progresivamente hasta alcanzar los 40 acuerdos en 2007. Los siguientes años las cifras oscilaron sin rebasar este máximo, hasta llegar al gran salto del año 2015, en el que se llegaron a adoptar 102 acuerdos (80 de ellos debido al *Swiss Bank Program*⁴⁶). Sin embargo, fue una anomalía: en 2016 volvieron a bajar a 40, 24 en 2017 y 2018, 32 en 2019 y 17 en la primera mitad del 2020⁴⁷. Con todo, hay que señalar que hasta el año 2009 el Departamento de Justicia no contaba con un sistema que centralizara la información sobre el número y el contenido de los acuerdos alcanzados⁴⁸.

En términos de recuperación de activos, estos acuerdos han permitido recuperar 5.500 millones de dólares en lo que va de 2020, con lo que ya han superado los casi 4.700 millones de dólares en recuperaciones del mismo periodo en 2019. Las cifras del presente 2020

también son superiores a las medias anuales de aproximadamente 4.800 millones de dólares en el periodo 2005-2019⁴⁹.

Lo que parece marcar la diferencia a la hora de que el proceso finalice con una sentencia de condena es el tamaño de la empresa: la mayor parte de las condenas son a pequeñas empresas de hasta 50 trabajadores, mientras que las medianas y grandes empresas consiguen acceder a acuerdos, especialmente, cuando se trata de grandes empresas cuyo procesamiento podría poner en riesgo a la economía⁵⁰, de donde surge la expresión *too big to jail* (es decir, cuando hay miedo de que se produzca un colapso como el de Arthur Andersen).

2.4 Principales críticas contra NPA y DPA

El debate sobre la pertinencia de estos acuerdos quizá sea el más enconado de los que se han hallado en la literatura norteamericana. Mientras que, sobre la existencia misma de la responsabilidad penal de la persona jurídica, aunque contestada, parece haber cierta resignación⁵¹, no sucede así con los NPA y DPA, donde hay un frente abierto entre los partidarios y los detractores⁵².

En contra de estos acuerdos –que algún autor estima que deberían ser prohibidos por el Congreso de los Estados Unidos⁵³– se dice que socaba el Estado de derecho al facilitar un sistema paralelo de resolución de casos sin supervisión judicial, ya que, al tratarse de acuerdos preprocesales, no hay control sobre las negociaciones. Al estar reservadas al Gobierno,

representada por el fiscal, y la persona jurídica, esta negociación va a ser profundamente desigual, ya que la alternativa de la empresa al acuerdo no es muy halagüeña⁵⁴ (la sombra de los efectos colaterales de la condena está muy presente). Esta desigualdad de poderes puede estar presente toda la vida del acuerdo si se establecen controles extrajudiciales para determinar si se cumplen o no las condiciones del acuerdo⁵⁵. En este sentido, se manifiesta que la presencia de un tercero neutral ayudaría a asegurar la equidad de los acuerdos, con una rendición de cuentas pública⁵⁶. Garrett incide en este extremo: la sociedad se puede beneficiar de estos acuerdos, pero para ello se debe dar voz en las negociaciones a víctimas y otros colectivos afectados. Pero, sobre todo, se debe dar una mayor importancia a la revisión judicial de los acuerdos (en concreto, de los DPA, donde ya existe esta posibilidad) para que no sea meramente formal, sino que los tribunales examinen cuidadosamente el interés público en juego para aprobarlos o no⁵⁷.

Hablando del papel de los fiscales, Uhlmann sostiene que los acuerdos preprocesales desvirtúan su papel en el sistema penal, cuya esencia es decidir si un caso debe ser objeto de persecución penal o no, luego no debería existir esa llamada tercera vía entre acusar o no. Si el fiscal concluye que la conducta es lo suficientemente grave como para declinar la acusación, debe presentarla; de otra manera, queda en cuestión el compromiso de la fiscalía con la defensa de la legalidad y la persecución del delito, y se crea la apariencia de que la persona jurídica puede deshacer la naturaleza delictiva de su conducta según lo que pueda ofrecer en el acuerdo. Por otro lado, si la conducta no es lo suficientemente grave como para continuar con la acusación, forzar el acuerdo es un abuso de poder por parte del fiscal⁵⁸.

Otra de las críticas es esa concepción de *too big to jail*, es decir, que haya empresas que tienen demasiada importancia en el sistema como para someterlas al proceso penal, lo cual ataca la legitimidad del sistema penal, por lo cual es preferible un acuerdo que permita forzar reformas en la entidad sin sufrir los daños colaterales. Esto resulta en un doble rasero, en el que precisamente las empresas con más capacidad para delinquir y provocar un gran daño a la sociedad son las que se benefician de acuerdos preprocesales. Esta práctica anula la denominada “función expresiva”⁵⁹ del derecho penal, el factor estigmatizante que tiene calificar a una conducta como delictiva, expresando el reproche social⁶⁰.

Esta práctica, además, altera el análisis coste-beneficio de la empresa que puede decantar la balanza de decisión de la empresa hacia la conducta delictiva al eliminar uno de los principales costes, que es la pena con todas sus consecuencias accesorias (no se tienen que preocupar de la pérdida de negocio o incluso de su posible desaparición). Todo ello redundaría también en la inequidad del mercado, ya que las empresas que se ajustan a la ley estarán en desventaja competitiva⁶¹. Por otro lado, el desarrollo de los DPA y NPA en las últimas dos décadas puede ser visto como una sumisión del poder estatal a los intereses empresariales que al final produzca una pérdida de la percepción de la legitimidad del Estado⁶².

44 Diamantis y Laufer, “Prosecution and Punishment of Corporate Criminality”, 467.

45 Se pueden consultar los datos sobre la investigación penal de las personas jurídicas en Estados Unidos en la página web Corporate Prosecution Registry, que se accede en el siguiente enlace: <https://corporate-prosecution-registry.com/>, base de datos impulsada por los Profs. Brandon Garrett y Jon Ashley. Incluye información detallada sobre todas las investigaciones federales desde 2001, así como sobre los NPA y DPA desde 1990.

46 El Swiss Bank Program del Department of Justice fue una vía para que los bancos suizos resolvieran posibles responsabilidades penales en los Estados Unidos. Los bancos que ya estaban siendo investigados penalmente en relación con sus actividades bancarias en Suiza y todas las personas físicas fueron expresamente excluidas del programa. Los requisitos para entrar en el programa incluían, entre otros, la divulgación completa de sus actividades transfronterizas; proporcionar información detallada, cuenta por cuenta, sobre las cuentas en las que los contribuyentes de los Estados Unidos tengan un interés directo o indirecto; o proporcionar información detallada sobre otros bancos que hayan transferido fondos a cuentas secretas o que hayan aceptado fondos cuando se cerraron las cuentas secretas. Para más información acceder al siguiente enlace: <https://www.justice.gov/tax/swiss-bank-program>.

47 Datos del informe de Gibson Dunn, “2020 Mid-year Update on Corporate Non-Prosecution Agreements and Deferred Prosecution Agreements”, Gibson Dunn, 15 de julio de 2020, <https://www.gibsondunn.com/2020-mid-year-npa-dpa-update/>.

48 Véase, United States Government Accountability Office. “Report to Congressional Requesters”, Highlights.

49 United States Government Accountability Office. “Report to Congressional Requesters”, Highlights.

50 Diamantis y Laufer, “Prosecution and Punishment of Corporate Criminality”, 458.

51 Al respecto, David M. Uhlmann, “The Pendulum Swings: Reconsidering Corporate Criminal Prosecution”, University of California, Davis 49, (2016); Diamantis y Laufer, “Prosecution and Punishment of Corporate Criminality”.

52 Un buen ejemplo de esta controversia es Sheyn, “Anything but a Racket: Why Professor Richard Epstein’s Attack on the Nature and Function of Deferred and Non-Prosecution Agreements Misses the Mark”.

53 Bourjaily, “DPA DOA: How and Why Congress Should Bar the Use of Deferred and Non-Prosecution Agreements in Corporate Criminal Prosecutions”.

54 Bourjaily, “DPA DOA: How and Why Congress Should Bar the Use of Deferred and Non-Prosecution Agreements in Corporate Criminal Prosecutions”, 547.

55 Bourjaily, “DPA DOA: How and Why Congress Should Bar the Use of Deferred and Non-Prosecution Agreements in Corporate Criminal Prosecutions”, 548.

56 Uhlmann, “Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability”, 1329.

57 Garrett, “The Public Interest in Corporate Settlements”, 1533 y 1543.

58 Uhlmann, “Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability”, 1343.

59 Fue Joel Feinberg quien formuló esta “función expresiva”. Joel Feinberg, “The Expressive Function of Punishment”, The Monist, 49, n.º 3 (1965): 397- 423.

60 Uhlmann, “Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability”, 1336.

61 Mary Kreiner Ramirez, “Criminal Affirmance: Going Beyond the Deterrence Paradigm to Examine the Social Meaning of Declining Prosecution of Elite Crime”, Connecticut Law Review 45, n.º 3 (2013): 914 y ss..

62 Jerry W. Markham, “Regulating the Too Big to Jail Financial Institutions”, Brooklyn Law Review, n.º 83 (2018): 517-578.

Conclusión

El presente trabajo inició hablando de algunas características del actual sistema penal español. Si se trasladan a la práctica, necesariamente hay que hablar del atasco procesal que se produce por la falta de medios de la Administración de Justicia y la necesidad de agilizarlo. Hay que afrontar la realidad: ningún Estado tiene recursos suficientes para perseguir todos los delitos que se cometen en su territorio. En el caso de las personas jurídicas, en concreto de las empresas de gran tamaño, se suma el componente transfronterizo y los amplísimos recursos con los que cuentan estas grandes corporaciones.

Esta situación de impotencia se agrava por las decisiones de política criminal que se han tomado en las últimas décadas, en las que se han aumentado notablemente las conductas y los sujetos punibles, sin dotar de más recursos a esa Administración de Justicia agonizante. Si siguen aumentando las conductas tipificadas como delito y las reformas tanto penales como procesales a coste cero –coletilla constante y aborrecible⁶³– habrá que potenciar la justicia negociada como medio para descongestionar la justicia penal (con otras ventajas como no alargar los procesos y evitar incurrir en dilaciones indebidas). Así las cosas, si se quiere maximizar la acción de la Justicia frente a la criminalidad empresarial habrá que acudir a alternativas al juicio oral. Aquello, sin olvidar el papel de los fiscales que está por venir como encargados de la investigación, que también ayudará a potenciar la eficiencia de los recursos personales con los que ya se cuenta.

Pero si de algo puede servir la experiencia norteamericana es para advertir de los peligros de una política criminal en la que los fundamentos se construyen *ex post*, para ajustarse a una práctica ya existente que, en realidad, surge por el miedo a unos efectos colaterales de la pena que son la excepción y no la regla. La principal enseñanza que se puede extraer es que los criterios para poder acceder a acuerdos deben estar prefijados y que las oportunidades de acceso no se deben regir por las características de la persona jurídica, sino por las de la conducta cometida. Por otro lado, si no se quiere perder la fuerza del sistema penal, y ante la evidencia de la comisión de una conducta tipificada como delito, aunque se puedan pactar unas condiciones, el acuerdo debe llevar a la imposición de la pena, es decir, se deberían primar figuras próximas al *plea agreement* más que los NPA y DPA.

⁶³ Véase en la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, Disposición adicional única. Previsión de costes: "Las medidas incluidas en esta norma no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones, ni de otros gastos de personal". España, Ley 41/2015, Boletín Oficial del Estado 239, 6 de octubre de 2015, Disposición adicional única, BOE-A-2015-10726, https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10726.

Bibliografía

- Aguilera Morales, Marien. "La deriva del 'principio' del consenso". *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal* 2, (2019): 49-66. <http://www.revistasmarcialpons.es/rivitsproc/article/view/la-deriva-del-principio-del-consenso>.
- . (1998): *El "principio de consenso". La conformidad en el proceso penal español*. Barcelona: Cedecs, (1998).
- Arlen, Jennifer. "Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals Into Corporate Cops". *New York University School of Law, Law & Economics Research Paper Series Working Paper*, n.º 17-09 (2018): 1-18.
- Bourjaily, Gordon. "DPA DOA: How and Why Congress Should Bar the Use of Deferred and Non-Prosecution Agreements in Corporate Criminal Prosecutions". *Harvard Journal on Legislation* 52, (2015): 543-569.
- Coffee, John C. "'No Soul to Damn: No Body to Kick': An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment". *Michigan Law Review* 79, (1981): 386-459.
- Corte Suprema de los Estados Unidos. "Sentencia de 31 de mayo de 2005 (544 U.S. 696)". *Arthur Andersen LLP v. United States*. 31 de mayo de 2005. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/544/696/>.
- Departamento de Justicia de los Estados Unidos. "Memorandum from Deputy Attorney General Sally Quillian Yates to Heads of Department Components and U.S. Attorneys, Individual Accountability for Corporate Wrongdoing". *Office of the Deputy Attorney General*. 9 de septiembre de 2015. <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download>.
- . "Principles of Federal Prosecution of Business Organizations". *Justice Manual*. Accedido 21 de septiembre de 2020. <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>.
- . "Plea Agreements with Corporations". *Justice Manual*. Accedido 21 de septiembre de 2020. <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>.
- . "Pleas - Federal Rule Of Criminal Procedure 11". *Justice Manual*. Accedido 23 de septiembre de 2020. <https://www.justice.gov/jm/jm-9-16000-pleas-federal-rule-criminal-procedure-11>.
- . "Pretrial Diversion Program". *Justice Manual*. Accedido 23 de septiembre de 2020. <https://www.justice.gov/jm/jm-9-22000-pretrial-diversion-program>.
- Diamantis, Mihailis E. y William S. Laufer. "Prosecution and Punishment of Corporate Criminality". *Annual Review of Law and Social Science*, n.º 15 (2019): 453-472.
- España. *Ley Orgánica 5/2010*. Boletín Oficial del Estado 152, 23 de junio de 2010, BOE-A-2010-9953. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-9953>.
- España. *Ley 41/2015*. Boletín Oficial del Estado 239, 6 de octubre de 2015, BOE-A-2015-10726. https://www.boe.es/diario_boe/txt.

php?id=BOE-A-2015-10726.

Feinberg, Joel. "The Expressive Function of Punishment". *The Monist*, 49, n.º 3 (1965): 397- 423.

Galán Muñoz, Alfonso. "La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la lo 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad". *Revista General de Derecho Penal*, n.º 16 (2011).

Garrett, Brandon L. *Too Big to Jail: How Prosecutors Compromise with Corporations*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2014.

Garrett, Brandon L. "The global evolution of corporate prosecutions". *Law and Financial Markets Review* 11, n.º 2-3 (2017a): 55-60.

Garrett, Brandon L. "The Public Interest in Corporate Settlements". *Boston College Law Review* 58, (2017b): 1483-1543.

Gracia Martín, Luis. "Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-05 (2016). https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20160808_04.pdf.

Gibson Dunn. "2020 Mid-year Update on Corporate Non-Prosecution Agreements and Deferred Prosecution Agreements". *Gibson Dunn*, 15 de julio de 2020. <https://www.gibsondunn.com/2020-mid-year-npa-dpa-update/>.

Kaal, Wulf A. y Timothy A. Lacine. "The Effect of Deferred and Non-Prosecution Agreements on Corporate Governance: Evidence from 1993–2013". *The Business Lawyer* 70, (2014): 1-59.

Laufer, William S. *Corporate Bodies and Guilty Minds. The Failure of Corporate Criminal Liability*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006.

Machado de Souza, Renato y Nicolás Rodríguez García. *Justicia negociada y personas jurídicas. La "modernización" de los sistemas penales en clave norteamericana*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.

Markham, Jerry W. "Regulating the Too Big to Jail Financial Institutions". *Brooklyn Law Review*, n.º 83 (2018): 517-578.

Markoff, Gabriel. "Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century". *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, n.º 15 (2013): 783-808.

Mazzacuva, Federico. "Justifications and Purposes of Negotiated Justice for Corporate Offenders: Deferred and Non-Prosecution Agreements in the UK and US systems of Criminal Justice". *The Journal of Criminal Law*, n.º 78 (2014): 249–262.

Neira Pena, Ana. *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

Ortega Calderón, Juan Luis. "Propuestas en materia de conformidad en el orden jurisdiccional penal como instrumento para el plan de choque en

la Administración de Justicia". *Elderecho.com*. 15 de abril de 2020. <https://elderecho.com/propuestas-materia-conformidad-orden-jurisdiccional-penal-instrumento-plan-choque-la-administracion-justicia>.

Ramirez, Mary Kreiner. "Criminal Affirmance: Going Beyond the Deterrence Paradigm to Examine the Social Meaning of Declining Prosecution of Elite Crime". *Connecticut Law Review* 45, n.º 3 (2013): 865-931.

Rodríguez García, Nicolás. *El consenso en el proceso penal español*. Barcelona: J. M. Bosch, 1997.

———. "La conformidad de las personas jurídicas en el proceso penal español". *La Ley Penal*, n.º 113 (2015): 1-33.

Schell-Busey, Natalie, Sally S. Simpson, Melissa Rorie y Mariel Alper. "What Works? A Systematic Review of Corporate Crime Deterrence". *Criminology & Public Policy* 15, n.º 2 (2016): 387-416.

Sheyn, Elizabeth R. "Anything but a Racket: Why Professor Richard Epstein's Attack on the Nature and Function of Deferred and Non-Prosecution Agreements Misses the Mark". *SSRN Electronic Journal*, (2009). <https://ssrn.com/abstract=1514905>.

Smith, Bruce P. "Plea Bargaining and the Eclipse of the Jury". *Annual Review of Law and Social Science*, n.º 1 (2005): 131–149.

Sollers, Wick, Dan Sale, Christina Kung y Kelli Gulite. "DOJ Issues Updated U.S. Attorneys' Manual". *American Bar Association*, 05 de febrero de 2019. <https://www.americanbar.org/groups/litigation/committees/criminal/practice/2019/doj-issues-updated-us-attorneys-manual/>.

TracReports. "Justice Department Data Reveal 29 Percent Drop in Criminal Prosecutions of Corporations". *TracReports*, 13 de octubre de 2015. <https://trac.syr.edu/tracreports/crim/406/>.

Uhlmann, David M. "Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability". *Maryland Law Review* 72, (2013): 1295-1344.

Uhlmann, David M. "The Pendulum Swings: Reconsidering Corporate Criminal Prosecution". *University of California, Davis* 49, (2016): 1235-1283.

United States Government Accountability Office. "Report to Congressional Requesters". *Corporate Crime. DOJ Has Taken Steps to Better Track Its Use of Deferred and Non-Prosecution Agreements, but Should Evaluate Effectiveness*. Estados Unidos: GAO, 2009.

Xiao, Michael Yangming. "Deferred/Non Prosecution Agreements: Effective Tools to Combat Corporate Crime". *Cornell Journal of Law and Public Policy* 23, (2013): 233-253.



LA PERSONA JURÍDICA ANTE EL PROCESO PENAL ECUATORIANO: UNA GUÍA INTRODUCTORIA

José Roberto Pazmiño Ruiz¹

1. Introducción

Todos los derechos y libertades concedidos por el ordenamiento jurídico son inútiles si no se pueden hacer valer en el proceso². Por ello, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos que han apostado por la responsabilidad penal de la persona jurídica (RPPJ), el régimen sustantivo ha venido acompañado de una regulación procesal –más o menos exhaustiva– que haga posible su aplicación. Pues, si el legislador ha decidido que las personas jurídicas sean penalmente responsables, estas deberán serlo conforme a un proceso penal con estricta observancia del debido proceso (art. 1 COIP; 76.3 CRE). Así, es innegable que la revolución de la RPPJ no es solo sustantiva, sino también procesal: el sujeto pasivo del proceso penal había sido siempre una persona física. En el caso de Ecuador, desde 2014 la regulación procesal ha sido más bien parca: se ha limitado a referirse genéricamente a la persona jurídica también como persona procesada, lo cual la facultaría, en principio, para ejercer todos los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (art. 440 COIP); además de contar con medidas cautelares específicas (art. 550 COIP).

¹ Abogado por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Máster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca. Máster en Derecho Penal económico por la Universidad Rey Juan Carlos. Postgrado en Compliance por la Universidad Carlos III y Pompeu Fabra. Doctorando en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Correo electrónico: jroberto.pazmino@gmail.com

² Heike Simon, *Deutsche Rechtssprache* (Munich: C.H. Beck, 2022), 187.

Pocos han sido los países que han vivido tal ausencia temporal de régimen procesal. En uno de ellos, España, debido a la pronta crítica doctrinal, el legislador corrigió tal indefinición en menos de un año. El Ecuador ha vivido casi ocho años esta incertidumbre procesal sin siquiera discutirse la posibilidad de un proyecto de reforma. Mientras tanto, los operadores de justicia son llamados a aplicar la ley. Por ello, a continuación, se tratará de dar luces sobre los temas procesales clave para facilitar la puesta en práctica de este nuevo régimen de RPPJ.

2. El proceso penal contra la persona jurídica depende del régimen sustantivo

El objeto de la ley procesal es hacer efectiva la ley material bajo el respeto de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales (art. 29 inc. 1 COFJ). Esto significa que el régimen procesal penal contra la persona jurídica depende del modelo sustantivo de RPPJ del que se parta. En otras palabras, para saber cómo emplear la ley procesal, primero se debe conocer cuál es la ley sustantiva que se quiere aplicar a través del proceso penal, pues las dudas sobre este nuevo régimen no se agotan en el plano sustantivo, sino que son, además, arrastradas al plano procesal.

Según la literalidad de la ley penal ecuatoriana (art. 49 COIP), el legislador parece haber apostado por un modelo vicarial: la persona jurídica responde por el delito individual cometido para su beneficio. Por otro lado, la doctrina mayoritaria se encuentra favorable a una interpretación en clave de un modelo de autorresponsabilidad: la persona jurídica responde por no haber controlado razonablemente que no se cometan delitos para su beneficio (defecto de organización). Para llegar a tal solución, predominantemente se propone una interpretación constitucional del precepto (art. 13.1 COIP): la responsabilidad penal debe ser atribuida por una conducta propia de la persona jurídica, mas no por hechos de terceros (principio de culpabilidad)³.

Esta discusión dogmática tiene un *efecto directo* sobre el proceso penal: el régimen sustantivo de RPPJ determina cuáles son los hechos que constituyen objeto del proceso penal. Estos hechos han de ser objeto de investigación (art. 580 COIP) y posteriormente de prueba (art. 453 COIP), y sobre ellos se ha de proyectar el derecho a la defensa. Solo sabiendo de qué y por qué la persona jurídica responde penalmente se puede establecer qué hechos imputarle, por qué hechos acusarla y, en su caso, condenarla⁴.

Así, si se sigue un modelo vicarial, los hechos relevantes serán la conducta delictiva de la persona física y su actuación para beneficiar a la empresa. En cambio, si se sigue un modelo de autorresponsabilidad, los hechos relevantes serán, además de la conducta delictiva de la persona física y su actuación para beneficiar a la empresa, el indebido control que ha facilitado el delito individual (defecto de organización). En la práctica, esta distinción teórica tiene mucho peso en el proceso penal: (1) si se sigue un modelo vicarial, la única defensa posible de la empresa es negar la existencia del delito o que este se haya cometido para su beneficio; (2) si se sigue un modelo de autorresponsabilidad, aparte de la anterior defensa, la persona jurídica puede alegar que el delito se ha cometido para su beneficio *a pesar* de que estaba bien organizada (exclusión del defecto de organización).

En todo caso, en ambos, la prueba del "delito base" será el mismo: delito individual cometido para beneficio de la empresa (hecho de conexión/referencia); al que se le deberá añadir el

³ Véase un análisis del régimen sustantivo en Alfredo Liñán Lafuente y José Roberto Pazmiño Ruiz, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿nueva era compliance en Ecuador? Un diálogo con España", *Iuris Dictio*, n.º 28 (2021): 76; anterior a la reforma de 2021 ("ley anticorrupción"), José Roberto Pazmiño Ruiz y Juan Francisco Pozo Torres, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance: caso Ecuador", *Derecho Penal y Criminología*, n.º 40 (2020).

⁴ Compárese con Fernando Gascón Inchausti, *Proceso penal y persona jurídica* (Madrid: Marcial Pons, 2012), 34.

defecto de organización, si se sigue el modelo de autorresponsabilidad. Así:

Modelo vicarial: delito + beneficio.

Modelo de autorresponsabilidad: delito + beneficio + defecto de organización.

3. Los derechos de la persona jurídica procesada

Desde la introducción del régimen de RPPJ en 2014, el legislador ecuatoriano ha dejado claro que la condición en la que interviene la persona jurídica en el proceso penal es la de una persona procesada (imputada) –además de su condición de víctima/acusador particular (art. 432.2 COIP)–, lo cual tiene consecuencias sobre el tratamiento procesal que se le debe otorgar a esta respecto de los derechos que ostenta según esta posición. La cláusula genérica del art. 440 COIP recoge lo anterior señalando que: "[s]e considera persona procesada a la persona natural o jurídica, contra la cual, la o el fiscal formule cargos. La persona procesada tendrá la potestad de ejercer todos los derechos que le reconoce la Constitución, los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y este Código"⁵.

Hay al menos tres formas de interpretar el ejercicio de derechos por parte de la persona jurídica procesada según el art. 440 COIP:

La persona jurídica puede ejercer todos los derechos del mismo modo que la persona física, casi como manifestación de la igualdad ante la ley: donde la ley no distingue, no se debe distinguir (*compatibilidad por equiparación*).

La persona jurídica puede ejercer todos los derechos en la medida en que *mutatis mutandis* sea imaginable alguna forma de actuación de tal derecho por parte de ella (*compatibilidad por correspondencia*).

La persona jurídica puede ejercer todos los derechos en tanto que las razones por las cuales tal derecho existe también le sean aplicables a esta (*compatibilidad por fundamento*).

A primera vista, parece existir una equiparación de derechos entre la persona natural y jurídica procesada. Empero, la *compatibilidad por equiparación* tiene el problema de que hay ciertos derechos que por su naturaleza no pueden ser aplicables a la persona jurídica, tales como el derecho a la vida, salud, integridad personal, etc.

La *compatibilidad por correspondencia* corregiría lo anterior imaginando alguna forma posible de que la persona jurídica ejerza tal derecho. Empero, extender derechos solo por la simple posibilidad de concebir situaciones comparables respecto a la persona jurídica no parece otorgar un criterio de delimitación razonable, por ejemplo, se puede entender que la pena de disolución de algún modo es análoga a la pena de muerte, y así excluirla del catálogo de penas (art. 66.1 CRE: "No habrá pena de muerte"); o, ya que la persona jurídica actúa en el proceso penal a través de un representante, entender que los derechos del representante son derechos de la persona jurídica, y así habría que admitir, por ejemplo, que la persona jurídica tiene derecho a no ser torturada, pues su representante tiene el mismo derecho y, viceversa, poder someter a prisión preventiva al representante (reducción al absurdo).

La *compatibilidad por fundamento* evitaría estos resultados ilógicos buscando la razón de ser de tal derecho en su naturaleza jurídica, para explicar si se justifica o no el reconocimiento de este

⁵ Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 440.

también a la persona jurídica⁶. Esto significa que se deberá analizar si la estructura del derecho en cuestión puede ser también aplicable a la persona jurídica, y en qué medida. A esta postura se le puede criticar la falta de base legal, pues, a diferencia de países como Chile (art. 21 Ley 20393) o Italia (art. 35 DLg 231/01) en donde la legislación sí que se refiere a la naturaleza de la persona jurídica para modular derechos, en el Ecuador no existe tal mención (art. 440 COIP).

Sea como fuere, parece claro que a la persona jurídica procesada le es de aplicación el catálogo de garantías básicas del debido proceso del art. 76 CRE y del debido proceso penal del art. 5 COIP (cfr. art. 29 inc. 2 COFJ), siendo de especial importancia el respeto a la presunción de inocencia y el derecho a la defensa⁷. Además, en los supuestos no previstos por el COIP respecto a la persona jurídica procesada, se deberá aplicar supletoriamente tanto el COFJ como el COGEP, en todo lo que sea conforme con la naturaleza del proceso penal acusatorio oral (Disposición General Primera COIP) (art. 29 inc. 3 COFJ).

3.1. ¿Persona jurídica y derechos humanos?

Si bien el art. 440 COIP faculta a la persona procesada a ejercer todos los derechos reconocidos en los "Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos", el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) no reconoce a las personas jurídicas como titulares de derechos. Bajo la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), de la cual el Ecuador fue signatario originario en 1969, las personas jurídicas no son titulares de derechos (art. 1.2 CADH: "persona es todo ser humano"). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha sido consistente

⁶ De similar línea argumental para el caso chileno, Héctor Hernández Basualto, "¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?", Revista de Derecho (Valparaíso), n.° XLIV (2015), 238 s., <https://www.redalyc.org/pdf/1736/173641334019.pdf>; en Ecuador, parece seguir esta última postura Gabriel Yovany Suqui Romero, "Sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica en Ecuador", (tesis doctoral, Universidade Da Coruña, 2021), 304 y passim.

⁷ De manera más detallada, véase, Suqui Romero, Sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica en Ecuador, 300 ss.



en sus pronunciamientos: "el sistema de protección de los derechos humanos en este hemisferio se limita a la protección de personas naturales y no incluye personas jurídicas"⁸. Diferente es el caso del Sistema Europeo de Derechos Humanos (SEDH) en donde sí se reconoce la titularidad de derechos a las personas jurídicas bajo la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) y, además, de manera expresa desde su primer Protocolo adicional de 1952 (art. 1: "Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes [...]").

4. La persona jurídica actúa en el proceso penal a través de un representante

Sabiendo que la persona jurídica tiene la condición de persona procesada en el Ecuador, se debe determinar ahora *cómo* se produce tal intervención en el proceso penal. Esto es, de qué manera se van a ejercer efectivamente esos derechos que se le han atribuido previamente (art. 440 COIP), en particular, el derecho a la defensa. Como se sabe, la persona jurídica es una ficción que actúa en el tráfico jurídico a través de un representante (art. 564 CC). Por ello, será la actuación de una persona natural la que en último término represente los actos de la persona jurídica (art. 571 CC).

El problema se encuentra en determinar quién ha de actuar en representación de la persona jurídica en el proceso penal, pues bien, puede suceder que su representante legal sea igualmente procesado, debido a que la persona jurídica responde por los delitos de sus miembros. Así, de los mismos hechos se puede derivar responsabilidad penal para ambos, lo cual puede generar un *conflicto de intereses*. Ante tal caso, y aunque en principio la estrategia de defensa pueda ser la misma (negar el delito base), para evitar un potencial conflicto, se debería impedir, por lo menos, que

⁸ Organización de los Estados Americanos, Informe n.° 10/91, Caso 10.169, Banco de Lima vs. Perú, <https://www.cidh.oas.org/annualrep/90.91sp/peru10169.htm>. Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) se refiere al "ser humano" y al "individuo". ONU Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 16 de diciembre de 1966, Preámbulo, párr. 3, art. 2.1, <https://www.refworld.org/es/docid/5c92b8584.html>.

dicha persona natural procesada represente a la persona jurídica en el proceso penal⁹, incluso evitar que estas sean defendidas por el mismo abogado. En la práctica comparada, lo normal es designar especialmente a un *representante para el proceso penal*¹⁰. En el Ecuador, esta opción sería viable a través del representante judicial (art. 33 COGEP)¹¹.

Ahora, resta saber quién designa al representante de la persona jurídica para el proceso penal. A falta de disposición procesal expresa, podrán ser los estatutos de la persona jurídica los cuales prevean un reemplazo del representante legal o, en su defecto, la designación se podrá realizar mediante un “acuerdo de la corporación” (art. 570 CC)¹².

En definitiva, para evitar cualquier conflicto de intereses, la persona jurídica deberá contar un representante judicial especialmente designado para el proceso penal, además de un abogado defensor propio. Por ejemplo, en el juicio n° 17282-2017-03592, el gerente y la persona jurídica, coprocesados por defraudación tributaria, contaron con diferentes abogados defensores, si bien el gerente (coprocesado) seguía representando a la persona jurídica en el proceso penal.

4.1. ¿Defensor público para la persona jurídica?

La Ley Orgánica de la Defensoría Pública establece una “prohibición de patrocinio a personas jurídicas”, la cual en “ningún caso” podrá ser brindado a estas (art. 13); al mismo tiempo, el art. 6.3. establece que el patrocinio en materia penal “es derecho de toda persona”. No designar un defensor público en estos casos, tendría la *consecuencia indeseada* de bloquear un eventual enjuiciamiento contra la persona jurídica, pues un requisito básico del proceso penal ecuatoriano es la necesidad de contar con un defensor –particular o, en su defecto, público– (art. 452 COIP), siendo esto expresión del derecho a la defensa como garantía básica del debido proceso (art. 76.7.g) CRE).

Para evitar tal situación de *indefensión corporativa* y así proseguir con el enjuiciamiento penal, países como Chile (art. 28 Ley 20393), Perú (Disposiciones Complementarias Finales 4° Ley 30424) o Italia (art. 40.1 DLg 231/01) señalan expresamente la posibilidad de que la persona jurídica cuente con un defensor público o de oficio. En el Ecuador, esta antinomia se resuelve aplicando las garantías básicas del debido proceso (*lex superior*): el derecho a la defensa incluye ser asistido por un abogado de libre elección o por un defensor público (art. 76.7.g) CRE).

5. La acusación a la persona jurídica es independiente

La regla general es que se puede acusar en un mismo proceso penal tanto a la persona física como a la jurídica. Sin embargo, dado que la responsabilidad de cada una es, en principio, independiente, el COIP permite acusar únicamente a la persona jurídica aun cuando (cfr. arts. 49-50):

9 Compárese con Ana María Neira Pena, “La persona jurídica como nuevo sujeto pasivo del proceso penal en los ordenamientos chileno y español”, Revista de Derecho (U. Católica del Norte) 21, n.° 1 (2014): 189 y ss., https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So718-97532014000100005; también véase España Tribunal Supremo, Sentencia 154/2016, 29 de febrero 2016, <https://vlex.es/vid/599579023>.

10 Compárese con Fernando Fernando Gascón Inchausti, Consecuencias procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal (Cizur menor (Navarra): Aranzadi, 2010), 61 y ss., señalando que en muchas legislaciones la existencia de un conflicto de intereses entre el representante legal y la persona jurídica “es motivo de incompatibilidad y fuerza de cambio de representante” y que por tal razón se ha de excluir también que ambas sean defendidas por el mismo abogado.

11 De la misma opinión, Suqui Romero, Sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica en Ecuador, 400. Como se adelantó, debido a la ausencia de regulación especial respecto a quién debe representar a la persona jurídica durante el proceso penal, se deberá aplicar supletoriamente el COGEP en la medida en que sea compatible con la naturaleza del proceso penal acusatorio oral (disposición general primera COIP). Así, el art. 33 COGEP establece que la persona jurídica deberá ser representada en el proceso por su representante legal o judicial, lo cual es compatible con la regulación de la acusación particular cuando la víctima sea una persona jurídica, pues esta podrá acusar mediante su representante legal, quien podrá actuar por sí mismo o mediante procurador judicial (art. 432.2 COIP).

12 Igualmente, Suqui Romero, Sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica en Ecuador, 400.

- No haya sido posible identificar a la persona natural infractora (art. 49 inc. 2 COIP).
- Haya circunstancias que afecten la responsabilidad de la persona natural (ausencia de culpabilidad): error de prohibición invencible, trastorno mental –pleno–, o embriaguez o intoxicación derivada de caso fortuito (arts. 35-37 COIP).
- La persona natural haya fallecido o eludido la acción de la justicia.
- Se extinga la responsabilidad penal de la persona natural por (art. 72 COIP): cumplimiento integral de la pena, extinción del delito o de la pena por ley posterior más favorable, muerte de la persona condenada, indulto, recurso de revisión favorable, prescripción y amnistía.
- Se dicte sobreseimiento respecto de la persona natural (art. 605 COIP).

Al respecto, se deben realizar algunas precisiones: (1) Si el recurso de revisión favorable para la persona natural afecta a los hechos del delito base generadores de RPPJ, la persona jurídica también se beneficiará de aquello, pues de esos mismos hechos se habría derivado responsabilidad penal para ambas (art. 652.5 COIP: efecto extensivo del recurso). (2) Si el sobreseimiento tiene como motivo una causa de exclusión de la antijuridicidad (arts. 30-33 COIP), en principio, la persona jurídica también tendría que beneficiarse de aquello, puesto que una causa de justificación hace que la conducta no sea contraria al ordenamiento jurídico (licitud), y de una conducta lícita no se puede derivar responsabilidad penal alguna (art. 605.3 COIP).

No obstante, y aunque no se pueda acusar a una persona física, sigue subsistiendo la necesidad de acreditar cierto hecho delictivo individual (similar al delito previo en el lavado de activos): mínimamente, se deberá probar la *existencia de una conducta típica y antijurídica* (injusto individual) que haya tenido que cometerse por alguna de las personas físicas descritas en el art. 49 inc. 1 COIP, “aun cuando no haya sido posible identificar” con exactitud a la persona natural infractora (“círculo potencial de infractores”; se evita así la “irresponsabilidad organizada”) (art. 49 inc. 2 COIP); y, además, que dicha conducta haya sido cometida para beneficio de la empresa (hecho de conexión). Así, las posibilidades de acusación/defensa de ambas son las siguientes:

	INDIVIDUO ACUSADO	INDIVIDUO NO ACUSADO
Empresa acusada	1. <i>Defensa conjunta</i> (“no hay delito base”). 2. <i>Defensa separada</i> : eventual conflicto por el criterio del beneficio (“fue en perjuicio, no en beneficio de la empresa”, o “en beneficio de un tercero”).	Defensa en 2 niveles: no hay delito base y/o fue en perjuicio de la empresa/en beneficio de un 3ro.
Empresa no acusada	Ambas comparten los hechos comunes del delito base: 1. Estos hechos deben ser probados garantizando el derecho a la defensa de cada una, caso contrario, existe nulidad del proceso (art. 652.10 COIP).	

6. Medidas cautelares aplicables a la persona jurídica

Como se sabe, toda medida cautelar debe cumplir con la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y el peligro en la demora (*periculum in mora*). En materia penal, el *fumus boni iuris* se identifica con la existencia de indicios suficientes de responsabilidad penal frente a la persona jurídica (*fumus delicti commissi*). El *periculum in mora* se traduce en que la medida cautelar sea apta para evitar un determinado riesgo, por ejemplo, una continuidad o reiteración delictiva. Además, por coherencia (*homogeneidad*; vid. también art. 520.4 COIP), la medida cautelar debe estar en concordancia con la clase de pena para la persona jurídica, así, no cabría clausura, suspensión o intervención, si solo se prevé como pena la multa a la persona jurídica¹³.

Aunque la persona jurídica cuente con medidas cautelares específicas (art. 550 COIP), como toda medida cautelar debe ser necesaria y proporcional (art. 520.4 COIP), deberán ser de *aplicación prioritaria* las medidas menos invasivas para la persona jurídica como, por ejemplo, el secuestro, incautación, retención y prohibición de enajenar (art. 549 COIP), así como las demás de la Sección Segunda (medidas cautelares sobre bienes)¹⁴, según la peligrosidad de la empresa. Además, en el caso de Ecuador, se deberán tomar también en cuenta las finalidades genéricas de toda medida cautelar previstas en el art. 519 COIP, pues dichas medidas sólo subsistirán en tanto que no desaparezcan las causas que le dieron origen (art. 521 COIP). Dicho esto, las medidas cautelares específicas para la persona jurídica son (art. 550 COIP):

- Clausura provisional de locales o establecimientos
- Suspensión temporal de actividades de la persona jurídica
- Intervención por parte del ente público de control competente

La clausura y la suspensión de actividades tienen como finalidad disminuir o eliminar el riesgo de continuidad delictiva surgido de la persona jurídica (medida preventivo especial). El COIP no establece la duración de estas medidas cautelares, pero se entiende que pueden ser revisadas en cualquier momento (art. 521 COIP). Además, estas medidas no tienen por qué abarcar todos los locales/establecimientos ni todas las actividades de la persona jurídica, sino que se puede restringir a ciertos lugares o actividades como, por ejemplo, la clausura del lugar donde se cometió la infracción (cfr. art. 71.3 COIP), o la suspensión de cualquier tipo de actividad en un determinado sector o solo de una determinada actividad relacionada con el delito base, dependiendo de la peligrosidad de la empresa¹⁵. Ejemplo: a una empresa intermediaria de productos financieros que haya cometido estafas relacionadas con el mercado de seguros, se la puede suspender temporalmente de toda actividad en mercados financieros o sólo de actividades relacionadas con seguros¹⁶.

La medida cautelar más controvertida para la persona jurídica es la intervención. En derecho comparado, suele atribuírsele primordialmente una finalidad reestructuradora/rehabilitadora¹⁷. Empero, en el Ecuador es muy difícil conciliar esta finalidad debido a que la pena estrella para la

persona jurídica es la disolución/extinción (según el recuento en las infracciones en particular)¹⁸. Ahora, eso no obsta que la intervención pueda ser más flexible y cumplir otras finalidades más acordes al caso ecuatoriano como, por ejemplo, garantizar el cumplimiento de la pena y la reparación integral (art. 519.2 y 4 COIP): la intervención puede usarse para prevenir una disolución encubierta o cualquier subterfugio societario para evadir la sanción, y asegurar así que la empresa pueda cumplir con el pago de la multa y la reparación integral¹⁹; si bien estas últimas, la multa y reparación integral, también pueden ser garantizadas mediante medidas menos gravosas como las de carácter real (cfr. arts. 554 s. COIP).

7. Memorando de acusación fiscal

Elementos mínimos que tomar en cuenta para la acusación de una persona jurídica según el derecho ecuatoriano vigente.

1. Persona jurídica penalmente relevante:

- Persona jurídica nacional o extranjera de derecho privado.
- Con o sin fines de lucro (ej.: las cooperativas son personas jurídicas de derecho privado e interés social, art. 21 LOEPS).
- Exclusión de las personas jurídicas de derecho público (001-18-SIN-CC, pp. 21 s.; vid. art. 225 CRE).

2. Delito base (hecho de conexión):

- El delito debe prever *expresamente* la responsabilidad penal de la persona jurídica en cada infracción en particular (sistema *numerus clausus*: Título IV COIP en adelante).
- *Prueba mínima* de una conducta típica y antijurídica para beneficio de la persona jurídica "o de sus asociados" (vid. 001-18-SIN-CC, p. 20) por parte de una de las personas físicas indicadas en el art. 49 inc. 1 COIP, "aun cuando no haya sido posible identificar a la persona natural infractora" (art. 49 inc. 2 COIP).
- *¿Actuación en ejercicio de actividades sociales?* (relación funcional con la empresa) Por ejemplo, esto excluiría los "hechos de exceso" del representante (cfr. art. 571 CC).

3. ¿Debido control empresarial? (defecto de organización). Varias opciones:

- Fundamento. *Interpretación constitucional* del régimen sustantivo de RPPJ (art. 13.1 COIP): el *compliance* también puede excluir la RPPJ (prohibición de responsabilidad objetiva)²⁰.

¹³ Compárese con Gascón Inchausti, Proceso penal y persona jurídica, 157 ss.

¹⁴ Similar, Suqui Romero, Sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica en Ecuador, 368-370, ("las medidas cautelares del art. 550 no son las únicas que el juzgador puede imponer a la persona jurídica procesada").

¹⁵ Similar, aunque limitando la suspensión de actividades a las "relacionadas directamente con la infracción", Suqui Romero, Sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica en Ecuador, 370 ss.; similar, María Paulina Araujo Granda, La nueva teoría del delito económico y empresarial en Ecuador (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), 2014), 93-102.

¹⁶ Compárese para el caso español, lo anterior y el ejemplo, Jacobo Dopico Gómez-Aller, "Circunstancias atenuantes, medidas cautelares y penas", en Los retos de la organización empresarial ante la nueva reforma del Código penal (Madrid: Fundación Ramón Areces, 2011), 52.

¹⁷ Véase, por todos, Adán Nieto Martín, La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Madrid: Iustel, 2008), pp. 286 ss.

¹⁸ Lo cual tampoco es compatible con la finalidad de la pena y su prohibición de neutralización (art. 52 COIP), y hace aún más necesaria una interpretación constitucional correctiva: véase. Liñán Lafuente y Pazmiño Ruiz, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿nueva era compliance en Ecuador? Un diálogo con España", 80 ss.

¹⁹ Véase con más en detalle, Suqui Romero, Sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica en Ecuador, 373 ss., indicando además que todas las medidas del art. 550 COIP están "ligadas estrechamente" con la finalidad de "preservar indicios", basándose en el art. 519.3 COIP (p. 358); por lo demás, Araujo Granda, La nueva teoría del delito económico y empresarial en Ecuador, 103 ss., ve en la intervención la medida menos lesiva del art. 550 COIP (aunque igualmente prosigue a criticarla) y aboga en general por procurar no imponer tales medidas cautelares, pues de lo contrario "nos podríamos enfrentar a una inestabilidad económica de la persona jurídica, que incluso puede reputar pérdidas económicas importantes, que podrían obligar a su cierre y la consecuente afectación a sus trabajadores". Curiosamente, sólo en el supuesto de falta de afiliación al IESS por parte de una persona jurídica, se menciona expresamente la intervención de la entidad por el tiempo necesario para precautelar los derechos de los trabajadores (art. 243 COIP).

- *Principio de oportunidad*, cuando se trate de infracciones sancionadas con pena privativa de libertad hasta 5 años (art. 412.1 COIP).
- *Sobreseimiento*, cuando se identifique que la persona jurídica está bien organizada (*compliance*) a pesar de que se cometió un delito en su beneficio (art. 605 COIP).
- *Conciliación*, cuando el delito sea sancionado con pena máxima privativa de libertad de hasta 5 años, o delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de 30 SBU (art. 663.1 y 3 COIP).
- *Procedimiento abreviado*, cuando la infracción sea sancionada con pena máxima privativa de libertad de hasta 10 años, en los casos en que la pena para la persona jurídica sea modulable (no así, por ej., la disolución/extinción) (art. 635 COIP).

Regla general: la persona jurídica pueda acogerse a toda regulación procesal, con tal que no vaya en contra de su naturaleza.

Como es el delito individual la base que puede generar eventualmente la RPPJ, es comprensible que siga siendo la persona natural (su infracción y su pena) la referencia procesal para, entre otros casos, aplicar el principio de oportunidad, conciliación o procedimiento abreviado, tanto para esta como para la persona jurídica. Esto, unido a que el modelo ecuatoriano tiene indudables rasgos del sistema vicarial (mixto, no puro: parte del delito individual), lo cual, evidentemente, también se refleja en el plano procesal, y que una reforma procesal exhaustiva no ha sido el camino escogido por el legislador, hace que la regla general sea partir del tratamiento procesal de la persona jurídica en igualdad de condiciones que la persona natural procesada, en la medida en que la ley procesal sea compatible con su naturaleza, lo cual se desprende del art. 440 COIP²¹.

8. Epílogo: la necesidad de una reforma procesal

En teoría, no es imprescindible una regulación procesal detallada para poder aplicar el régimen de RPPJ, puesto que los jueces ecuatorianos están llamados a colmar las dudas o vacíos procesales recurriendo a los principios generales del derecho procesal bajo el respeto de las garantías constitucionales del debido proceso, además de contar con la supletoriedad del COFJ y el COGEP en lo que sea aplicable al COIP (arts. 29 COFJ, 11.3 CRE). Prueba de ello es que en la actualidad se procesen penalmente a persona jurídicas. Empero, tales casos siguen siendo escasos, lo cual quizás se deba a la propia incertidumbre que genera la ausencia de disposiciones procesales que guíen de mejor manera a los operadores de justicia en cómo aplicar la ley²². Por ello, en aras a la seguridad jurídica, una reforma procesal parece seguir siendo necesaria para así superar el estado actual de inactividad procesal producto del abandono legislativo.

²¹ Alude a "serios cuestionamientos discriminatorios" al calificar la situación procesal de la persona jurídica. Suqui Romero, Sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica en Ecuador, 344, aunque de otra opinión sobre el principio de oportunidad y compliance (343 ss.), procedimiento abreviado (349), conciliación (354 s.) y sobreseimiento (408).

²² De lo cual, curiosamente, parece haber estado consciente el legislador ecuatoriano desde un comienzo: "Si bien es cierto, en otros países se ha dejado en manos de la doctrina y la jurisprudencia este desarrollo conceptual, en el caso ecuatoriano, este proceso resulta fallido. [...] los jueces penales han estado sometidos a una concepción excesivamente legalista" (Exposición de Motivos COIP: Actualización doctrinaria de la legislación penal).

Bibliografía

Araujo Granda, María Paulina. *La nueva teoría del delito económico y empresarial en Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP), 2014.

Dopico Gómez-Aller, Jacobo. "Circunstancias atenuantes, medidas cautelares y penas". en *Los retos de la organización empresarial ante la nueva reforma del Código penal*. Madrid: Fundación Ramón Areces, 2011.

Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.

España Tribunal Supremo. *Sentencia 154/2016*. 29 de febrero 2016. <https://vlex.es/vid/599579023>.

Gascón Inchausti, Fernando. "Consecuencias procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal". En *Repercusiones sobre el Proceso Penal de la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código Penal*. Cizur menor (Navarra): Aranzadi, 2010.

———. *Proceso penal y persona jurídica*. Madrid, Marcial Pons, 2012.

Hernández Basualto, Héctor. "¿Derecho de las personas jurídicas a no auto-incriminarse?". *Revista de Derecho* (Valparaíso), n.º XLIV (2015). <https://www.redalyc.org/pdf/1736/173641334019.pdf>.

Liñán Lafuente, Alfredo y Pazmiño Ruiz, José Roberto. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿nueva era *compliance* en Ecuador? Un diálogo con España". *Iuris Dictio*, n.º 28 (2021).

Neira Pena, Ana María. "La persona jurídica como nuevo sujeto pasivo del proceso penal en los ordenamientos chileno y español". *Revista de Derecho (U. Católica del Norte)* 21, n.º 1 (2014). https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So718-97532014000100005.

Nieto Martín, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Madrid: lustel, 2008.

ONU Asamblea General. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 16 de diciembre de 1966. <https://www.refworld.org/es/docid/5c92b8584.html>.

Organización de los Estados Americanos. *Informe n.º 10/91*. Caso 10.169. Banco de Lima vs. Perú. <https://www.cidh.oas.org/annualrep/90.g1sp/peru10169.htm>.

Pazmiño Ruiz, José Roberto y Pozo Torres, Juan Francisco. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance: caso Ecuador". *Derecho Penal y Criminología*, n.º 40 (2020).

Simon, Heike. *Deutsche Rechtssprache*, 7ª ed.. Munich: C.H. Beck, 2022.

Suqui Romero, Gabriel Yovany. "Sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica en Ecuador". Tesis doctoral, Universidade Da Coruña, 2021.

A close-up photograph of a person wearing a dark suit jacket, a light blue shirt, and a dark tie. Their hands are clasped together and resting on a white surface, possibly a desk or a folder. The background is blurred, showing what appears to be an office setting with a window.

EL COMPLIANCE PENAL EN ECUADOR ¿PRUEBA DE CARGO O DE DESCARGO PARA LA PERSONA JURÍDICA?

Alfredo Liñán Lafuente¹

1. Introducción²

La incorporación de la responsabilidad penal de la persona jurídica a los ordenamientos jurídicos de los Estados que no la tenían contemplada con anterioridad, como sucede en Ecuador y en España, ha llevado aparejada la introducción de conceptos ajenos al derecho penal que se han convertido en la columna vertebral de la responsabilidad penal de la empresa, si se aplica la teoría del defecto de organización³ como fundamento dogmático. Se hace referencia al concepto de cumplimiento normativo o *compliance*, que se ha transferido desde el ámbito mercantil regulatorio al penal.

Esta transferencia llega a tal extremo que el propio Código Penal se preocupa de regular los elementos mínimos que deben tener "los sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión" en la terminología del artículo 49 (párrafo cuarto) del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador (COIP), o

los "modelos de organización y gestión que incluyan las medidas idóneas para prevenir delitos" según la terminología utilizada en el artículo 31.bis.2.1ª del Código Penal Español (CPE).

Así, el *compliance* penal ha adquirido una sustantividad propia en la configuración de la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero que debe ser interpretada al amparo de la dogmática penal y de los principios orientadores del derecho penal, pues en este ámbito es en el que se desarrolla la responsabilidad penal de la persona jurídica y es en el que debe ser interpretado y aplicado.

Estos sistemas de prevención de delitos pueden ser utilizados como un medio para que la persona jurídica demuestre que ha llevado a cabo un debido control *ex ante* y le sirva para eximir o atenuar su responsabilidad penal, así hará la función de prueba de descargo en beneficio de la empresa. Pero también puede convertirse en una prueba de cargo, si la empresa que previno los riesgos penales a los que estaba sometida, no tomó las medidas idóneas para controlarlos y, a causa de su indolencia o pasividad, se produjo el resultado delictivo que previamente había sido previsto.

En las próximas líneas se esbozará esta idea, tomando como referencia la regulación del artículo 49 del COIP y comparándolo con el artículo 31 bis CPE y el desarrollo jurisprudencial que este ha tenido hasta el momento en España.

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Consultor académico del despacho Ollé Sesé Abogados. Correo electrónico: alinan@der.uned.es.

² Agradezco a José Roberto Pazmiño sus valiosos comentarios y correcciones, que me han ayudado a comprender mejor el sistema penal ecuatoriano.

³ Klaus Tiedemann, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Anuario de Derecho Penal (España: Grijley, 1996); originalmente, Klaus Tiedemann, "Die „Bebußung“ von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", Neue Juristische Wochenschrift 19, 1988.

2. Estado de la cuestión

Se ha de partir de que, como norma general, y a pesar de que en ocasiones se afirme lo contrario, la persona jurídica no está obligada a implantar un sistema de *compliance* penal⁴, sin perjuicio de las regulaciones sectoriales que específicamente incluyan obligaciones concretas de autorregulación. En el sistema ecuatoriano, la responsabilidad penal de la persona jurídica no surge por no tener implantado un sistema de prevención de delitos, sino por la comisión de uno de los delitos que provocan este tipo de responsabilidad por parte de determinadas personas que controlan la empresa o actúan bajo sus órdenes, siempre que el delito provoque un beneficio a la persona jurídica o a sus asociados⁵. Por lo tanto, la responsabilidad penal exige la concurrencia de dos elementos: la comisión de un delito, por acción u omisión, en el seno de la persona jurídica por alguna de las personas contempladas en el art. 49 inc. 1 COIP y el beneficio de la persona jurídica o la de alguno de sus asociados⁶.

Entonces, ¿dónde queda el *compliance* penal en este diseño? Según la lectura del citado precepto, servirá únicamente para atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica. De este modo, se puede interpretar que la empresa puede optar por un sistema de autorregulación interno por sí, en un momento determinado, se comete un delito en su seno, para que pueda ser atenuada la sanción a imponerle⁷, pero igualmente puede optar por no hacerlo, con la única consecuencia de que no se podrá aplicar esta atenuante.

Esta regulación tiene paralelismos con la elegida por el legislador español en la Ley Orgánica 5/2010⁸, en la que incorporó la responsabilidad penal de las personas jurídicas al Código Penal.

4 En el Proyecto de Reforma del Código Penal Español aprobado el 2º de septiembre 2013 se propuso la introducción de un artículo específico que castigaba la no implantación de los sistemas de compliance Boletín Oficial del Congreso de los Diputados. X Legislatura. Nº. 66-1.4-10-2013. Era el artículo 286.seis CPE y estaba redactado del modo siguiente: 1. Será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso, el representante legal o administrador de hecho o derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resulten exigibles para evitar infracciones de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida. La inclusión de este tipo penal en el proyecto fue criticada por la doctrina, y en el último trámite de enmiendas en el senado fue eliminado por la enmienda 816, propuesta por el Grupo Parlamentario Popular (que era el mismo que la había incluido). Doctrina en contra de la inclusión de este tipo penal de omisión: Adán Nieto Martín, "Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Manual de cumplimiento penal en la empresa (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 67; Alfredo Liñán Lafuente, "Los programas de prevención de riesgos penales como causa de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica y su falta de adopción como nuevo delito que afecta los administradores de la sociedad. Comentario al Proyecto de Reforma del Código Penal", Diario La Ley, n.º 8220 (2013); Carolina Bolea Bardón, "Delegación de funciones. Deberes de control y vigilancia", en Manual de Derecho Penal Económico y de Empresa. Parte general y parte especial (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016), 71. A favor, véase. Manuel Gómez Tomillo, Compliance Penal y política legislativa (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016), 15 y 69-94.

5 Véase, Roberto Pazmiño Ruiz y Juan Francisco Pozo Torres, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance: caso Ecuador", Revista de Derecho Penal y Criminología XL, n.º 109 (2019): 102-103.

6 El beneficio de sus asociados resulta un aspecto de compleja interpretación. Si se considera que se refiere a que el beneficio de un accionista o un socio sería suficiente, esta configuración difiere del sistema español, donde se exige que la persona jurídica obtenga un beneficio directo o indirecto. La diferencia es importante, pues en una situación en donde se cometa un delito en beneficio de un accionista que perjudique a la persona jurídica, en el sistema español no concurriría los requisitos para derivar responsabilidad penal a ésta, pero sí concurriría en el sistema ecuatoriano si se optase por esta interpretación. Ello exige ampliar el espectro de protección en el sistema de compliance en este último caso, pues se ha de contemplar la variable del beneficio exclusivo del asociado y prever los riesgos, lo que complica mucho el diseño de los planes de prevención. También se podría optar por una interpretación restrictivo-teleológica que considerase que el beneficio de sus asociados solo se produce si la persona jurídica también obtiene un beneficio. Parte de la doctrina (Pazmiño) defiende esta interpretación hilándola con la Sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador n° 001-18-SIN-CC de 27 de febrero de 2018, que se refiere al beneficio de sus asociados.

7 Aunque en caso de Ecuador esta expectativa se complica, pues por regla general se requieren al menos dos atenuantes (podrían ser medidas de compliance y otra atenuante específica o genérica) para reducir efectivamente la pena mínima en un tercio (art. 44 inciso 2 COIP).

8 Si bien, el artículo 31 bis CP introducido por la ley Orgánica 5/2010 establecía que la responsabilidad penal surgía en los supuestos que el delito lo cometían los empleados, "por no haberse ejercido el debido control", lo que habilitó la interpretación doctrina de que en caso de que se hubiese ejercido el "debido control" ex ante, y a pesar de ello se hubiese delinquido, la persona jurídica no debería tener responsabilidad penal.

Frente a ella, la doctrina identificó dos escollos dogmáticos graves que hicieron al legislador español modificar el sistema apenas cinco años después de la entrada en vigor de la reforma⁹.

El primero radicaba en el fundamento mismo de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Si bien en el artículo 31 bis CPE se partía de la base de que ambas responsabilidades penales eran independientes –la de la persona física que comete el delito y la de la persona jurídica (como sucede en el art. 49 inc. 2 COIP)–, la doctrina se preguntó ¿dónde radicaba el fundamento de la responsabilidad propia de la persona jurídica¹⁰? Dado que en el ámbito penal está proscrita la responsabilidad por transferencia del hecho ajeno, habría que encontrar un fundamento propio de responsabilidad para salvar la constitucionalidad del precepto. El medio para salvarlo era interpretar que la responsabilidad de la persona jurídica se fundamenta en un defecto de organización¹¹, por lo que la adopción de un debido control *ex ante* debería servir no solo para atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica, sino también para excluirla¹².

El segundo se focalizaba en el concepto de autorregulación regulada y el incentivo que se ofrecía a las empresas para llevarlo a cabo. En este nuevo sistema, el Estado pretende que las empresas inviertan en costosos recursos para que prevengan los delitos que se pueden cometer en su seno, pero la pregunta que surgió es ¿A cambio de qué? ¿Qué ofrece el Estado a las empresas para que acometan esta inversión? Pues además de la teoría de la mejora de la eficiencia y el gobierno corporativo, la empresa debe identificar un beneficio concreto para acometer estas reformas. La atenuante como tal se interpretaba como insuficiente, más si cabe cuando en caso de comisión de un delito¹³ podría ser aplicada si con posterioridad al mismo, la empresa adoptaba un sistema de *compliance ex post*. Por ello, en la reforma de 2015 se optó por establecer la posibilidad de eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica si cumple una serie de condiciones, entre ellas, destaca que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa su riesgo de comisión¹⁴.

Al analizar el sistema ecuatoriano, la pregunta que surge es si la persona jurídica que implante un sistema de *compliance* adecuado, incorporando los 11 requisitos que prevé el art. 49 COIP, con anterioridad a que se cometa un delito en su seno por alguno de los sujetos idóneos para generar su responsabilidad penal, ¿podrá eximirse de su responsabilidad probando la idoneidad *ex ante* de su modelo de prevención de delitos? De la lectura del precepto parece que la respuesta ha de ser negativa, pero parte de la doctrina, propugnando una interpretación constitucional y teleológica del precepto, defiende que sí, pues, de otro modo, se habría establecido una responsabilidad objetiva por transferencia que se encuentra absolutamente vetada en un derecho penal respetuoso con los derechos constitucionales¹⁵.

9 España, Ley Orgánica 1/2015, Boletín Oficial del Estado 77, 31 de marzo de 2015, BOE-A-2015-3439, https://oig.cepal.org/sites/default/files/2015_leyorganica1_esp.pdf.

10 Entre otros, Enrique Bacigalupo Zapater, Compliance y Derecho Penal, (Cizur Menor: Aranzadi, 2011), 96-100; Silvina Bacigalupo Saggese, "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)", Diario La Ley, n.º 7541 (2011); Javier Echarri Casi, "Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales", Diario La Ley, n.º 7632 (2011); Carlos Gómez-Jara, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal", Diario La Ley, n.º 7534 (2010); Adán Nieto Martín, "El artículo 31 bis del Código Penal y las Reformas sin estrenar", Diario La Ley, n.º 8248 (2014).

11 Tomando la teoría de Tiedemann, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas".

12 Véase, Nicolás González-Cuéllar Serrano y Angel Juanes Peces, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor", Diario La Ley XXXI, n.º 7501 (2010).

13 La atenuante se encuentra en el artículo 31. quater d. CPE y se encuentra redactada como sigue: Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios y/o bajo la cobertura de la persona jurídica.

14 España, Código Penal, Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, art. 31. Bis 2. 1º.

15 Véase, Alfredo Liñán Lafuente y Roberto Pazmiño Ruiz,

Sea como fuere, el presente artículo está enfocado en las personas jurídicas que voluntariamente deciden adoptar un sistema de *compliance* penal y en el modo de interpretar racionalmente¹⁶ los requisitos del art. 49 COIP para evitar que las medidas de mejora en el ámbito interno, debido a la incorporación de parámetros ajenos al derecho penal, puedan desplegar un efecto contrario para el que fue creado, y de un sistema de autorregulación diseñado para la mejora del control interno y del gobierno corporativo pase a convertirse en una prueba de carga contra la empresa en el proceso penal.

3. Los requisitos del *compliance* penal según el artículo 49 COIP

El art. 49 COIP establece una serie de requisitos mínimos para que el sistema interno de cumplimiento pueda ser tenido como una circunstancia atenuante de conformidad con el numeral 7, letra d) del art. 45 COIP. Desde una opinión personal, estos requisitos pueden agruparse en tres sistemas funcionales: elementos de creación y configuración del sistema, elementos de supervisión y elementos de reacción. A continuación, se analizarán y se propondrá una interpretación racional de estos, orientados al ámbito en el que habrá de desplegar su eficacia.

¹⁶ "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Nueva era *compliance* en Ecuador? Un diálogo con España", *Iuris Dictio*, n.º 28 (2021): 80-83.

¹⁶ Véase, Alfredo Liñán Lafuente, "La necesaria racionalidad de los programas de *compliance* penal", *Lex Mercatoria*, n.º 3 (2016): 45-49.

3.1. Elementos de creación y configuración

En este primer apartado se ubican los requisitos 1, 2, 6 y 11 del artículo 49 (párrafo cuarto) COIP.

REQUISITO 1: IDENTIFICACIÓN, DETECCIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE ACTIVIDADES EN LAS QUE SE PRESENTE EL RIESGO.

El primer paso para la configuración adecuada de un sistema de *compliance* penal es la identificación de riesgos penales. Esto no deja de ser una aplicación de la teoría de la estabilización de los focos de peligro de Gimbernat¹⁷. Las empresas, por su propia actividad, están sometidas a una serie de riesgos que se deben mantener controlados para evitar causar daños y afectar a bienes jurídicos. Es responsabilidad del empresario mantener esos riesgos en el nivel de control adecuado para evitar que se des controle y provoque consecuencias dañosas. Para controlar los focos de peligro, el primer paso es identificarlos, pues no se podrá controlar lo que no se conoce.

El marco de referencia estará determinado por los delitos que según el COIP provocan responsabilidad penal a la persona jurídica. Todos ellos han de ser confrontados con la actividad de la empresa, identificando cuáles están relacionados con su propia actividad y, por lo tanto, deben ser controlados. Será habitual encontrarse con riesgos penales directamente relacionados con la actividad (como podría ser un delito de contaminación ambiental –arts. 251 ss. COIP– respecto de una fábrica de productos químicos) y otros riesgos que, si bien no derivan directamente de la actividad productiva, sí afectan a cualquier empresa que actúe en el mercado (como puede ser la defraudación tributaria del art. 298 COIP).

En este ámbito, el instrumento conocido como "Mapa de Riesgos" en los programas de *compliance* penal adquiere una importancia capital, pues en él se representan los focos de peligro que afectan a la persona jurídica, y se interrelacionan con los departamentos, direcciones o procesos en donde dichos riesgos se focalizan de manera más habitual¹⁸. Dicho mapa se convierte en la piedra angular sobre la que el órgano de cumplimiento o de administración deberá basarse para implantar medidas de control tendentes a estabilizar los focos de peligro, y que el riesgo asumido por el empresario se encuentre dentro del nivel de riesgo permitido¹⁹. Para interpretar correctamente el mapa de riesgos, el mismo se ha de leer desde la perspectiva de que en este se han identificado focos de peligro hipotéticos que, de materializarse, conllevaría un beneficio (directo o indirecto) para la empresa²⁰ o para los asociados, pues lo que se trata de prevenir es la responsabilidad penal de la persona jurídica, aunque, a través de ello, se asegure la posición de las personas físicas que sean responsables de controlar los focos de peligro al encontrarse identificados²¹.

¹⁷ Enrique Gimbernat Ordeig, *Estudios sobre el delito de omisión* (Montevideo: BdeF, 2013), 318; Enrique Gimbernat Ordeig, "Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa", *ADPCP* 54, (2001): 5-26.

¹⁸ El análisis de riesgos puede presentarse a través de una matriz de riesgoso mapa de riesgos, donde de manera cualitativa se evalúa el riesgo. Además de este tipo de matrices, en relación a cada uno de los delitos que han resultado de la identificación de las posibles infracciones, debiera incluirse una explicación en la que se argumentara el porqué de cada uno de los anteriores valores cualitativos. Adán Nieto Martín, *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 159.

¹⁹ Compárese con Ana Isabel Pérez Machío, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español. A propósito de los programas de cumplimiento como instrumentos idóneos para un sistema de justicia penal preventiva* (Granada: Comares, 2017), 109-110.

²⁰ Compárese con José Manuel Palma Herrera y Rafael Aguilera Gordillo, *Compliances y responsabilidad penal corporativa* (Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2017), 52-54.

²¹ Alfredo Liñán Lafuente, *La responsabilidad penal del compliance officer* (Cizur Menor: Aranzadi, 2019), 22-27.

Ante ello, se ha de advertir que resulta realmente complejo establecer una prognosis sobre la probabilidad de que un riesgo que se ha identificado como hipotético, se acabe materializando. Los programas de *compliance* han importado, desde el mundo de la consultoría de riesgos, determinadas fórmulas que valoran el impacto y la probabilidad de la comisión de delitos. No obstante, y a pesar de que dicha valoración comience a ser exigible en la praxis, ya que esta crece y se desarrolla siguiendo lo que se impone en el mercado de la consultoría, la prognosis sobre la probabilidad²² de la comisión de un delito no debe ser interpretada como un requisito objetivo respecto del que una errónea valoración del riesgo pueda conllevar responsabilidad penal del que la valoró²³.

La evaluación del riesgo, en caso de hacerse, debe ser llevada a cabo con herramientas de la dogmática penal, y no con criterios pseudobjetivos importados desde un campo ajeno al derecho penal, cuyos ratios no resultan extrapolables. Resulta plausible acudir a un instrumento utilizado en la teoría de la imputación objetiva, como es la previsibilidad *ex ante* del resultado mediante la asunción de un riesgo jurídicamente desaprobado, para valorar el peligro y determinar qué riesgos son *ex ante*, y de acuerdo a la actividad desarrollada por la empresa, más previsible que se materialicen si se incumplen las medidas de control establecidas²⁴, ya que objetivamente, como advierte Gimbernat, "la ausencia de medidas de precaución hace más o menos probable que el foco de peligro desemboque en una lesión efectiva"²⁵.

Por ello, a la hora de evaluar si el programa de *compliance* cumple con el primer requisito, se ha de analizar la idoneidad de la identificación desde una perspectiva *ex ante* haciéndose la siguiente pregunta: ¿la identificación de los riesgos es adecuada desde el punto de vista de la previsibilidad objetiva del resultado? Ello servirá como canon para analizar si se cumple o no el primer requisito, teniendo en cuenta que el hecho de que se haya cometido un delito que no se previno no inhabilita de por sí el sistema de *compliance* si la probabilidad *ex ante* de su comisión era mínima.

Por ejemplo, en una empresa que se dedique a la construcción, serán riesgos previsible la corrupción en el sector privado (art. 320.1 COIP), el uso ilegal del suelo (art. 201 COIP), o la muerte provocada por la negligencia del contratista (art. 378 COIP), pero nada tiene que ver el riesgo de comercialización de productos médicos falsificados (art. 217.1 COIP). En el supuesto de que un directivo y accionista de la empresa utilizase las instalaciones de esta para almacenar y vender clandestinamente estos productos y que cometa este delito no implicaría que el mapa de riesgos fuese inválido porque no contemplase este riesgo, pues estaba totalmente desconectado de la actividad, con independencia de que el directivo haya podido cometer el delito en cuestión en su propio beneficio.

²² Se incorpora como requisito de la obligación de identificación de riesgos en la Norma UNE-ISO 19.600 – Sistema de Gestión del Compliance –, epígrafe.4.6., tercer párrafo.

²³ Alfredo Liñán Lafuente, "La necesaria racionalidad de los programas de compliance penal", Revista Lex Mercatoria, n.º 3 (2016), 45-49.

²⁴ Nieto Martín, Manual de cumplimiento penal en la empresa, 152-159.

²⁵ Gimbernat Ordeig, Estudios sobre el delito de omisión, 294.

REQUISITO 2: CONTROLES INTERNOS CON RESPONSABLES PARA PROCESOS QUE REPRESENTAN RIESGOS.

Una vez se han identificado los riesgos penales plausibles de materializarse, el siguiente paso será identificar los controles que existen para que ese riesgo se mantenga dentro del ámbito permitido. La labor consistirá en detectar los supuestos de ausencia de control, o control deficiente, y remediar esa situación para que el nivel de riesgo, el foco de peligro vuelva a estar estabilizado. En este ámbito, se han de diferenciar los riesgos que efectivamente pueden controlarse con el procedimiento adecuado –como por ejemplo el riesgo de contaminación, que puede estabilizarse aplicando las medidas de control que son obligatorias y de la que se encargan determinados responsables– de otros riesgos más genéricos respecto de los que resulta muy difícil establecer un procedimiento de control y un responsable, como podría ser el riesgo del delito de cohecho (art. 280 COIP). ¿Cómo controlar que un empleado no prometa una ventaja a un servidor público para agilizar sus funciones? ¿Cómo identificar un responsable de un proceso que no puede establecerse o que, de hacerlo, no puede ser controlado?

En este ámbito cobra especial importancia el requisito 6º, el Código de Ética, pues existen muchos riesgos que, por su propia configuración, solo pueden ser prevenidos a través del establecimiento de unos principios éticos que sean comunicados a todo el personal de la empresa y sean cumplidos y fomentados desde el órgano de administración. Así, la prohibición de recibir o entregar regalos por encima de determinados importes puede ser incluido en el Código Ético y puede ser supervisado si el regalo llega a la empresa, o se entrega desde esta, pero si el empleado recibe el presente en su domicilio particular es imposible que la empresa supervise la vida privada de su empleado y establezca un procedimiento a estos efectos. Por ello, el Código Ético representa un documento esencial para la prevención de determinados riesgos que deben ser interpretados como principios de actuación y deben ser respetados por todos los miembros de la persona jurídica.

Más complejo de interpretar resulta el requisito nº 11 del art. 49 COIP que exige implantar programas conozca a su cliente o debida diligencia. El Reglamento de para calificar y regular a los implementadores de *compliance* penal²⁶ cita este tipo de medidas como idóneas para prevenir la corrupción y para el *compliance* corporativo, refiriéndose a ellas como:

Procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros relacionados con la compañía, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial; La debida diligencia durante el otorgamiento de actos societarios, adquisiciones y demás contrataciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las compañías involucradas.²⁷

Realmente, estos dos tipos de procedimientos, que se aplican al ámbito de la prevención del lavado de activos, resultan muy complejos establecerlos y amplía el ámbito del control de riesgos a terceros que contraten con las empresas. En la actualidad, se les exige que firmen que cumplirán el Código de Ética, pero existen dudas de que ello sea suficiente para cumplir con estos requisitos, tal y como se han establecido.

²⁶ El Ministerio de producción, comercio exterior, inversión y pesca adoptó el Reglamento para calificar y regular a los implementadores de programas de cumplimiento penal el 21 de enero de 2021.

²⁷ Ecuador, Acuerdo Nro. MPCEIP-DMPCEIP-2021-0002, Registro Oficial 375, Cuarto Suplemento, 21 de enero de 2021, literal 7.

Antes de pasar a los elementos de supervisión, la persona jurídica debe tener en cuenta que puede ser mucho más perjudicial implantar este sistema y no cumplirlo, que no implantarlo. Partiendo de lo ya expuesto, si la persona jurídica no lo implanta no podrá aplicarse la atenuante específica y si lo implanta podrá utilizar este sistema como una prueba de descargo y conseguir una rebaja penológica si cuenta con otra atenuante (art.44 inc.2 COIP), e incluso la exención de responsabilidad penal, si se aceptase la interpretación propuesta unas líneas más arriba. Pero si la empresa analizó sus riesgos, los identificó, estableció los procedimientos de control y finalmente no los cumplió, y ese incumplimiento desestabilizó el foco de peligro y produjo el resultado lesivo, la posición de la empresa será mucho peor, pues conociendo el riesgo y el medio para remediarlo, decidió incumplirlo. En estos casos, el programa de *compliance* se transforma de una prueba de descargo a una de cargo, pues conociéndose el riesgo y el remedio, se decidió no aplicarlo y aceptar que el riesgo pudiese convertirse en una actuación delictiva.

Sirva un ejemplo para mostrar lo expuesto. Si una empresa identifica el riesgo de corrupción y para prevenirlo establece un procedimiento de homologación de proveedores y la obligación de pedir tres propuestas a partir de un determinado importe, si con posterioridad decide incumplir este procedimiento de control y se comete un delito de corrupción, la posición procesal de la empresa será mucho peor que si no hubiese implantado el procedimiento, pues siendo consciente de la existencia del riesgo y estableciendo un control idóneo, decidió incumplirlo, desestabilizando así el foco de peligro que desencadenó el resultado delictivo.

3.2. Elementos de supervisión

El requisito 3º incorpora la supervisión y monitoreo continuo, tanto internamente como evaluaciones externas e independientes de los sistemas, programas, políticas, protocolos o procedimientos para la adopción y ejecución de decisiones sociales. Así, el legislador exige a la empresa que el sistema que haya implantado sea supervisado, tanto internamente, que suele ser llevado a cabo por el departamento de auditoría interna –en caso de existir– o a través de informes y reportes que emita el órgano de cumplimiento al de administración, como externamente. A estos efectos, el Reglamento para calificar y regular a los implementadores de programas de cumplimiento penal exige una serie de requisitos administrativos y unos conocimientos técnicos a los implementadores del *compliance* penal²⁸ y que, en principio, deberían aplicarse a los evaluadores independientes a los que se refiere el COIP.

Junto con ello, se exige la existencia de programas de capacitación del personal (requisito 7º), el cual se entiende que deberá estar relacionado con la prevención de riesgos penales o el cumplimiento normativo que afecte a la persona jurídica, así como la imposición en el ámbito laboral de la obligación de informar al encargado sobre posibles riesgos o incumplimientos (requisito 9º); para ello, exige la habilitación de un canal de denuncias de la persona jurídica (requisito 5º). En el requisito 4º, Modelos de gestión financiera, el legislador ecuatoriano ha utilizado similar dicción que en los requisitos establecidos en el artículo 31.bis. 5.3º CPE, importados por el legislador español desde la legislación italiana²⁹. Sobre este requisito se ha interpretado por

parte de la doctrina que lo que el legislador persigue es que se cuente con un adecuado control de los recursos financieros, de los ingresos y gastos, como medida de prevención frente a determinados delitos³⁰. Si ello fuera así, se podría considerar como una repetición de la necesidad de implantar procedimientos de control, pero especificando el ámbito concreto donde se han de implantar. O también puede ser –y se considera más plausible– que el legislador español haya copiado el párrafo 6, 2, c), del Decreto Legislativo 231/2001 de Italia sin plantearse cuál es su significado concreto y qué persigue con su incorporación, pues también puede ser interpretado como la necesidad de dotar de recursos al sistema de *compliance*, y ello haya tenido un efecto multiplicador en otras legislaciones.

Con todos estos requisitos, el legislador exige que la adopción del programa cuente con un sistema de evaluación interno y externo que acrediten que el modelo que ha sido implantado se aplica y se cumple en todos los ámbitos de la empresa. Ello exige a la empresa destinar importantes recursos para el seguimiento del programa de prevención de riesgos generado. Nuevamente, sucede que la información generada en la supervisión podrá ser utilizada como prueba de descargo, si los informes son positivos, o de cargo, si los informes y evaluaciones –internas o externas– detectan deficiencias que la persona jurídica no se preocupa de corregir.

3.3 Elementos de reacción

Cuando la persona jurídica detecta que se va a cometer un delito en su seno, que se está cometiendo o que se ha cometido, el modelo establece unos requisitos del sistema que se encuentran relacionados con el deber de reacción ante incumplimientos. Así, contempla la necesidad de establecer mecanismos de investigación interna (requisito n.º 8), así como normas para sancionar disciplinariamente la vulneración de los sistemas de prevención de delitos (requisito n.º 10). El procedimiento de investigación interna deberá regular los pasos que se han de dar cuando el responsable de cumplimiento recibe una comunicación de que se han producido infracciones de la normativa externa o interna y las garantías que se han de otorgar a los “investigados”. Asimismo, el procedimiento disciplinario deberá circunscribirse a las medidas que la empresa pueda tomar en el ámbito laboral, pues no se ha de olvidar que, a pesar de este modelo de autorregulación, el *ius puniendi* sigue siendo una prerrogativa indelegable del Estado.

²⁸ Exige que hayan obtenido el certificado de aprobación de curso de auditores internos según ISO 9001:2015 o ISO 37001:2016

²⁹ Art. 6.2. c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati; d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello. Italia, Decreto Legislativo n.º 231, Diario

Oficial 140, 19 de junio de 2001, Art. 6.2. literal c, <https://web.camera.it/parlam/leggi/deleghe/01231dl.htm>.

³⁰ Carlos Gómez-Jara Díez, Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (Cizur Menor: Thomson Reuters, 2016), 206.

4. La documentación generada en el ámbito del *compliance* y su necesaria protección frente a terceros

A estas alturas del artículo, cualquiera que tenga experiencia en el ámbito forense habrá detectado la importancia que puede tener la documentación generada en el sistema interno de *compliance*, donde una persona jurídica identifica sus riesgos penales, sus procedimientos de control, se autoevalúa, documenta las denuncias internas, los procedimientos de investigación, las decisiones tomadas al respecto y las evaluaciones internas y externas. Nada puede ser más atractivo para la acusación en un procedimiento penal que obtener toda la documentación interna que la empresa ha generado respecto a los delitos que investiga. La pregunta que surge es si en una investigación penal ¿la persona jurídica está obligada a facilitar esa documentación? O el Derecho Fundamental del art. 77.7.c) de la Constitución de la República del Ecuador, que prohíbe obligar a una persona a declarar contra sí mismo en un proceso penal, es extrapolable a la persona jurídica.

Esta discusión se está planteando actualmente en España, pues si bien existe el mismo derecho fundamental en la Constitución (art. 24.2 CE)³¹ y el Tribunal Supremo se ha manifestado a favor de otorgar esta protección³², es habitual identificar supuestos en donde los jueces exigen la aportación de la documentación del *compliance* penal a una persona jurídica investigada o buscan subterfugios y vías indirectas para obtenerla, requiriéndola directamente a la entidad certificadora externa³³.

El nivel de confidencialidad y protección que se ha de otorgar a la documentación del *compliance* penal es un asunto complejo que no puede ser desarrollado en este artículo³⁴, pero se apunta porque es un aspecto fundamental si el Estado pretende que la empresa se autorregule de un modo seguro y responsable. Pues de otro modo, lo que se plantea a la empresa es que genere una documentación interna sensible que, en cualquier momento, podrá ser utilizada en su contra. Si en la balanza de costes/beneficios una persona jurídica se plantea si le merece la pena destinar recursos para implementar un sistema interno que cumpla los 11 requisitos mínimos del artículo 49 COIP para poder aplicarse una expectativa de atenuante en un futuro hipotético, con el riesgo de que toda la documentación generada en el sistema interno pueda ser utilizada en su contra, desgraciadamente parece que la balanza se inclina por no implementarlo. Y eso sería una muy mala noticia, pues, desde una perspectiva personal, se tiene convencimiento de las ventajas que genera a la empresa y a la sociedad la autorregulación interna y la implantación de la cultura de cumplimiento empresarial.

Pero, para ello, el Estado debe dar algo a cambio. Para que este sistema funcione, el empresario debe tener la esperanza de que, si consigue demostrar que hizo todo lo posible *ex ante* para prevenir la comisión de delitos en la empresa, en caso de que finalmente una de las personas

que trabajan en la empresa cometa un delito que le reporte beneficio a esta o a sus asociados, podrá optar por la exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Y en segundo lugar, debe tener la seguridad que la documentación interna generada en el sistema de *compliance* no será introducida en el procedimiento sin su consentimiento y él podrá decidir si aportarla para beneficiarse de la eximente o atenuantes correspondientes o decidir no hacerlo.

Desde una opinión propia, solo así podrá ir generándose un sistema de autorregulación efectivo y una cultura de cumplimiento que la persona jurídica asuma como propio y pueda identificar concretos beneficios sociales, jurídicos y económicos que le animen a implantar un modelo de prevención de delitos eficiente, pleno y responsable.

³¹ Parte de la doctrina, más que el derecho al silencio o al autoencubrimiento, lo identifica como el derecho a la no colaboración activa. Coral Arangüena Fanego, "El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable", en Tratado sobre compliance penal (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 470.

³² Véase España Tribunal Supremo, Sentencia 154/2016, 29 de febrero 2016, <https://vlex.es/vid/599579023>.

³³ En contra de que la persona jurídica pueda ser obligada a colaborar con su propia incriminación, véase, Iñigo Segrelles de Arenaza, "Estrategias de defensa de la persona jurídica en el proceso penal", en Mapa de riesgos penales y prevención del delito en la empresa (Las Rozas: Wolters Kluwer, 2020), 434 y ss.; Paloma Aguilar Fernández y Alfredo Liñán Lafuente, "El secreto profesional del abogado y su aplicación al asesoramiento penal preventivo del compliance officer", en Persuadir y Razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín. Tomo II (Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2018), 800 y ss.; a favor de restringir la aplicación del art. 24.2 CE a las personas jurídicas, Andrés Martínez Arrieta, "La prueba pericial en el marco de los delitos contra la corrupción. Colaboración de la persona jurídica", en La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín (Madrid: Fiscalía General el Estado, 2018), 274.

³⁴ Véase, Beatriz Goena Vives, "Investigaciones internas y expectativas de confidencialidad. Perspectivas a partir del derecho comparado angloamericano y continental", Revista La Ley Compliance Penal, n.º 7 (2021); Beatriz Goena Vives, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y nemo tenetur: análisis desde el fundamento material de la sanción corporativa", Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología 23, n.º 1 (2021).

Bibliografía

Aguilar Fernández, Paloma y Alfredo Liñán Lafuente. "El secreto profesional del abogado y su aplicación al asesoramiento penal preventivo del compliance officer". En *Persuadir y Razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*. Tomo II. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.

Arangüena Fanego, Coral. "El derecho al silencio, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable". En *Tratado sobre compliance penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Bacigalupo Saggese, Silvina. "Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)". *Diario La Ley*, n.º 7541 (2011).

Bacigalupo Zapater, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Cizur Menor: Aranzadi, 2011.

Bolea Bardón, Carolina. "Delegación de funciones. Deberes de control y vigilancia". En *Manual de Derecho Penal Económico y de Empresa. Parte general y parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

Echarri Casi, Javier. "Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales". *Diario La Ley*, n.º 7632 (2011).

Ecuador. *Acuerdo Nro. MPCEIP-DMPCEIP-2021-0002*. Registro Oficial 375, Cuarto Suplemento, 21 de enero de 2021.

España. *Código Penal*. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995.

———. *Ley Orgánica 1/2015*. Boletín Oficial del Estado 77, 31 de marzo de 2015, BOE-A-2015-3439. https://oig.cepal.org/sites/default/files/2015_leyorganica1_esp.pdf.

España Tribunal Supremo. *Sentencia 154/2016*. 29 de febrero 2016. <https://vlex.es/vid/599579023>.

Gimbernat Ordeig, Enrique. *Estudios sobre el delito de omisión*. Montevideo: BdeF, 2013.

———. "Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de la empresa". *ADPCP* 54, (2001): 5-26.

Goena Vives, Beatriz. "Investigaciones internas y expectativas de confidencialidad. Perspectivas a partir del derecho comparado angloamericano y continental". *Revista La Ley Compliance Penal*, n.º 7 (2021).

———. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y nemo tenetur: análisis desde el fundamento material de la sanción corporativa". *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología* 23, n.º 1 (2021).

Gómez-Jara, Carlos. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal". *Diario La Ley*, n.º 7534 (2010).

———. *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2016.

Gómez Tomillo, Manuel. *Compliance Penal y política legislativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

González-Cuellar Serrano, Nicolás y Angel Juanes Peces. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor". *Diario La Ley* XXXI, n.º 7501 (2010).

Italia. *Decreto Legislativo n.º 231*. Diario Oficial 140, 19 de junio de 2001 <https://web.camera.it/parlam/leggi/deleghe/01231dl.htm>.

Liñán Lafuente, Alfredo. "Los programas de prevención de riesgos penales como causa de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica y su falta de adopción como nuevo delito que afecta los administradores de la sociedad. Comentario al Proyecto de Reforma del Código Penal". *Diario La Ley*, n.º 8220 (2013).

———. "La necesaria racionalidad de los programas de compliance penal". *Lex Mercatoria*, n.º 3 (2016): 45-49.

———. *La responsabilidad penal del compliance officer*. Cizur Menor: Aranzadi, 2019.

Liñán Lafuente, Alfredo y Roberto Pazmiño Ruiz. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Nueva era compliance en Ecuador? Un diálogo con España". *Iuris Dictio*, n.º 28 (2021): 73-91.

Martínez Arrieta, Andrés. "La prueba pericial en el marco de los delitos contra la corrupción. Colaboración de la persona jurídica". En *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*. Madrid: Fiscalía General el Estado, 2018.

Nieto Martín, Adán. "El artículo 31 bis del Código Penal y las Reformas sin estrenar". *Diario La Ley*, n.º 8248 (2014).

———. "Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas". En *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

———. *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

Palma Herrera, José Manuel y Rafael Aguilera Gordillo. *Compliances y responsabilidad penal corporativa*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2017.


Pazmiño Ruiz, Roberto y Juan Francisco Pozo Torres. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance: caso Ecuador". *Revista de Derecho Penal y Criminología XL*, n.º 109 (2019): 89-122.

Pérez Machío, Ana Isabel. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español. A propósito de los programas de cumplimiento como instrumentos idóneos para un sistema de justicia penal preventiva*. Granada: Comares, 2017.

Segrelles de Arenaza, Iñigo. "Estrategias de defensa de la persona jurídica en el proceso penal". En *Mapa de riesgos penales y prevención del delito en la empresa*. Las Rozas: Wolters Kluwer, 2020.

Tiedemann, Klaus. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas". En *Anuario de Derecho Penal*. España: Grijley, 1996.

———. "Die „Bebußung“ von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität". *Neue Juristische Wochenschrift* 19, 1988.



LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y EL DELITO DE BLANQUEO DE DINERO EN ESPAÑA

Daniel González Uriel¹

Resumen

En este trabajo se realiza una exposición de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España. Para ello, se lleva a cabo un análisis de la normativa anterior al año 2010 –en que se introdujo dicho sistema en el ordenamiento punitivo español– y se apuntan las principales controversias doctrinales en cuanto a su admisión y respeto de los principios tradicionales del derecho penal. Los debates entre los autores todavía subsisten y se han intensificado en los últimos años, incluso entre los partidarios de esta incriminación y del establecimiento de un modelo de autorresponsabilidad de los entes corporativos. Esta discusión tiene su reflejo en la práctica judicial y sobresale la función nomofilática de la Sala 2ª del Tribunal Supremo. Por último, se lleva a cabo un estudio sobre las principales características del delito de blanqueo de bienes y su relación con la responsabilidad criminal de los entes corporativos.

Palabras clave: Responsabilidad penal de las personas jurídicas; Delito corporativo; Programas de *compliance*; Blanqueo de dinero; Autorresponsabilidad; Heterorresponsabilidad.

¹ Juez de apoyo en el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Audiencia Nacional. Doctor en Derecho. ORCID 0000-0001-8966-0571.

1. La situación anterior al año 2010

El hito legislativo consistente en la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España no se produjo hasta el año 2010. El Código Penal (CP) vigente es del año 1995 y, en dicho momento, gozaba de plena virtualidad la concepción de que los entes corporativos no podían cometer delitos. En la doctrina española era absolutamente minoritario el sector que sustentaba la necesidad de su incriminación – significadamente, desde 1980, lo defendía Zugaldía Espinar²–, aunque se ponía de manifiesto que en el derecho penal “moderno”, por contraposición al “clásico”, la noción de sujeto activo individual resultaba “insuficiente” para dar respuesta a la comisión de algunos injustos penales³, sobre todo, en aquellos casos en que los hechos se cometían en el marco de una organización empresarial, a la vista de la distribución de competencias dentro de ella, lo que impedía, en muchas ocasiones, la imputación del injusto a una concreta persona física. Así, se reclamaba que había que “reestructurar” ese “sujeto insuficiente”, propugnándose una ampliación del ámbito de imputabilidad, que habría de abarcar tanto a los individuos particulares como a las personas jurídicas.

A su vez, algún autor subrayó, desde momentos incipientes de la vigencia del texto punitivo, que aunque el legislador negaba dicha forma de responsabilidad, sí que recogía la responsabilidad directa de quien actuaba en su nombre y que, en todo caso, se podían imponer a los entes corporativos las “consecuencias accesorias” que “aunque no tienen el carácter de penas, materialmente presentan un contenido aflictivo análogo al de la sanción penal”⁴. Asimismo, dichas consecuencias eran concebidas con una función análoga a las medidas de seguridad. Por todo ello, dicho autor concluía que no existían “obstáculos insalvables” para sostener su tipificación, lo que ya se mantenía en otros ordenamientos jurídicos, como Francia y Reino Unido, y se había aconsejado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en la Recomendación 18/88, de 20 de octubre⁵, aunque sería “planteable una reelaboración dogmática de los conceptos de acción y culpabilidad”.

Un firme defensor de su incriminación era Zugaldía Espinar⁶, quien entendía que en el art. 129 CP se acogía un modelo de responsabilidad criminal de las empresas que se podía calificar como “propia e indirecta”. En su decir, cabían tres posibles modelos: i) una forma impropia, en que

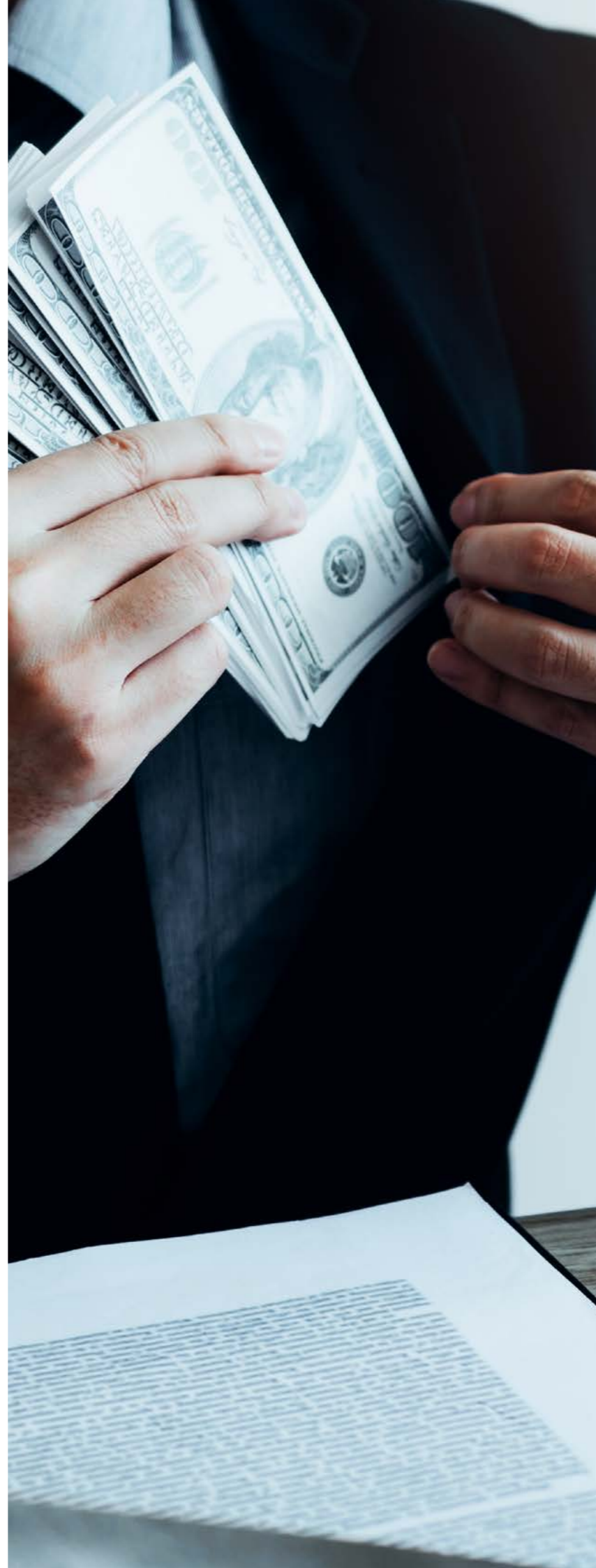
² José Miguel Zugaldía Espinar, “Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional “societas delinquere non potest””, Cuadernos de Política Criminal, n.º 11 (1980): 67-88.

³ Silvana Bacigalupo Saggese, La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un estudio sobre el sujeto del Derecho Penal, tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 1997, 450-452.

⁴ José Antonio Choclán Montalvo, “Hacia la unificación del Derecho Penal Comunitario. El Corpus Iuris Europaeo”, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, n.º 1 (1998): 15 y 16. (Se advierte al lector de que se ha empleado el documento electrónico de este artículo existente en la base de datos laleydigital, del grupo WOLTERS KLUWER, por lo que no coincide el paginado con el de la obra en papel. Aquí se citará la correspondencia numérica del documento electrónico, que consta de 24 páginas, sin perjuicio de que en la bibliografía final conste el paginado original).

⁵ Recomendación núm. 18/88: “[...] la aplicación de la responsabilidad y de sanciones penales a las empresas cuando la naturaleza de la infracción, la gravedad de la culpabilidad de la empresa y la necesidad de evitar otras infracciones”.

⁶ José Miguel Zugaldía Espinar, “Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, Cuadernos de Derecho Judicial, n.º 2 (1997), 230-234.



las consecuencias económicas –multa o responsabilidad civil– del delito se ponen a cargo del ente corporativo, ii) la “forma impropia indirecta”, que “permite, en determinados casos, que el delito de una persona física sea imputado también, con sanciones específicas, a una persona jurídica” y iii) la forma “propia y directa”, en la que es factible, de modo inmediato, atribuir tal responsabilidad al ente societario. En opinión de dicho autor, este último modelo era el “preferible”, puesto que cumple la finalidad de prevención de modo más eficaz, desde el punto de vista de política criminal. En cuanto a las resistencias doctrinales a su admisión, las residenciaba en los principios del hecho y de culpabilidad de los entes corporativos, por lo que abogaba por una construcción propia de la teoría jurídica del delito de las personas jurídicas.

Con todo, a propósito de la regulación entre los años 1995 y 2010, se puede citar a Mir Puig, cuando escribía que el art. 129 CP había establecido una “tercera vía”⁷: partía de que la pena, como tal, era solo imponible a las personas físicas, aunque matizaba que las personas jurídicas ostentaban una peligrosidad especial, que había de zanjarse mediante las consecuencias accesorias, que eran medidas preventivas previstas por el ordenamiento punitivo, basadas “en la peligrosidad objetiva, instrumental” de los entes societarios, y no en el principio de culpabilidad, y que no se fundamentaban en la capacidad de delinquir de las personas físicas. Puntualizaba que la citada peligrosidad no iba referida a una persona física que puede delinquir, sino a “la peligrosidad de un instrumento”. Además, el autor señalaba que había que diferenciar tales consecuencias de las penas y de las medidas de seguridad, por lo que abrían una “tercera vía”, aunque de modo “tímido”, ya que solo eran aplicables a determinados delitos. A su vez, Mir Puig indicaba que tales medidas deberían aplicarse aunque no se concretase el autor del delito, si bien ello conllevaba riesgos criminógenos, ya que podría conducir a que no se pusiese tanto empeño en determinar a los autores materiales del delito.

Si bien, se debe apostillar que, cuando aparecieron los textos prelegislativos de reforma del texto punitivo en orden a la inclusión de la responsabilidad penal de los entes corporativos, el estado de opinión doctrinal fue paulatinamente virando y aumentó el elenco de autores partidarios del cambio de paradigma⁸. Así, se dijo que el art. 129 CP era una “solución de compromiso”⁹, y que se introdujeron sanciones penales a las que “no se ha atrevido a denominar penas, sino consecuencias accesorias”. Asimismo, se defendía la idea de que los entes corporativos ostentaban capacidad de acción y que al dirigir también la persecución penal frente a la concreta persona física que ha ejecutado el delito en el seno del entramado societario no se vulnera el principio de culpabilidad;

⁷ Santiago Mir Puig, “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n.º 6 (2004): 4, 16 y 17, <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>.

⁸ No se puede obviar en esta década los valiosos trabajos de Carlos Gómez-Jara Díez, uno de los más relevantes autores en la materia –por no decir el más importante de todos ellos–, quien sedimentó una sólida construcción dogmática de la culpabilidad empresarial, y cuyos aportes han guiado, en buena medida, los avances jurisprudenciales hasta nuestros días. Sirva como ejemplo, en este momento, el título de su tesis doctoral, Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial, leída en el año 2004 en la Universidad Autónoma de Madrid.

⁹ María Angeles Cuadrado Ruiz, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?”, Revista Jurídica de Castilla y León, n.º 12 (2007): 132, 133, 135, 141, 142, 144 y 145.

además, se afirmaba la capacidad de pena de las personas jurídicas. En idéntica senda cabe incardinar a Bacigalupo Zapater¹⁰, quien argumentaba que las exigencias del Derecho de la Unión Europea (UE) habrían de llevar, tarde o temprano, a la incriminación expresa de las personas jurídicas. Apostillaba que, una vez admitida la responsabilidad administrativa de dichos entes, no había “razones de peso” para excluir la vía penal. También traía a colación la existencia de numerosos textos internacionales en dicha línea. Si bien, dicho autor anotaba que se trataba de una innovación “relativa”, puesto que, a su entender, el art. 129 CP acogía una “responsabilidad penal (accesoria) de las personas jurídicas respecto de los hechos punibles de sus órganos”. Por otro lado, después de efectuar varias críticas de técnica legislativa del Proyecto analizado, concluía Bacigalupo que “la culpabilidad de organización debe ser un presupuesto general de la responsabilidad de las personas jurídicas”.

2. La tipificación expresa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el CP español y el debate doctrinal

Como se ha apuntado, hasta el año 2010 el ordenamiento punitivo español no contaba con un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fue precisamente en este año, en virtud de la Ley Orgánica (LO) 5/2010, de 22 de junio, cuando se operó semejante cambio de paradigma mediante la incorporación del art. 31 bis CP. Con anterioridad a dicho momento gozaba de plena vigencia el principio *societas delinquere non potest*. A propósito de dicha fórmula se ha de significar que, frente a las consideraciones que la ubicaban, erróneamente, en el derecho romano o medieval –por su empleo del latín–, su paternidad se debe a la primera edición del manual de¹¹ Frank Von Liszt, publicada en el año 1881. No obstante, retomando el hilo cronológico, se debe poner de relieve que, tan solo dos años después, mediante la LO 7/2012, de 27 de diciembre, se pulieron algunos aspectos del art. 31 bis CP, suprimiendo de su apartado 5 la mención a partidos políticos y sindicatos como sujetos exentos de responsabilidad criminal. Sin embargo, la última reforma en dicha materia –hasta la fecha– se llevó a cabo mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo, en que se desarrollaron los aspectos embrionarios de este régimen y se agregaron varios preceptos –arts. 31 ter hasta el art. 31 quinquies–.

Por lo tanto, la regulación mollar de esta materia se contiene en los arts. 31 bis-31 quinquies¹²

10 Enrique Bacigalupo Zapater, “Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de «compliance»: a propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009”, Diario La Ley, n.º 7442 (2010): 1-3.

11 Víctor Martínez Patón, Responsabilidad penal de las personas jurídicas. La doctrina *societas delinquere non potest* (Montevideo: BdF, 2019), 30-31. En idéntico sentido se han pronunciado Enrique Orts Berenguer y José Luis González Cussac, Introducción al Derecho Penal. Parte General (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 147.

12 Art. 31 bis CP: “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, 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. b) De 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 aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. 2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a 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; 3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y 4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª 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. 3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada. 4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha

CP –que, a pesar de su extensión, se ha transcrito en nota al pie, para obtener una visión de conjunto completa y detallada–. En cuanto a la exégesis de dichos preceptos, se ha escrito que esta orientación late en muchas legislaciones de países miembros de la (UE)¹³, así como en varias Decisiones Marco comunitarias –2005/667, 2005/222, 2004/757–. Frente al sistema de consecuencias accesorias del anterior art. 129 CP, que se considera como “el embrión del sistema sancionador aplicable a la persona jurídica”, la LO 5/2010 introdujo un cambio radical, que se vio complementado con la LO 1/2015. Sobre su incorporación se ha destacado que obedece a una decisión política, fundamentada en la importancia creciente de estos entes en el tráfico económico, en su empleo para luchar contra la corrupción y la criminalidad organizada, en el auge de la denominada “cultura del cumplimiento normativo corporativo”, en la mejora de las organizaciones empresariales o en la reducción de los riesgos inherentes a la actividad societaria, lo que se vio espoleado por graves casos de corrupción internacional.

Se ha indicado que se ha configurado un derecho penal “de bases diferentes”, y que más que de un derecho penal “distinto” se podría hablar de “algo distinto al derecho penal”. En primer lugar, como notas características, los sujetos activos han de gozar de personalidad jurídica, para lo que habrá de estarse a la normativa civil. Los entes que carezcan de dicha personalidad se incardinan en el régimen de consecuencias accesorias que mantiene el art. 129 CP¹⁴. Se excluyen

adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo. 5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos: 1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. 2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. 3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios”

Art. 31 ter CP: “1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos. 2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente”.

Art. 31 quater CP: “1. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) 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. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”.

Art. 31 quinquies CP: “1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas. 2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”.

13 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, Derecho Penal. Parte General, 10ª ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 607-616; Orts Berenguer y González Cussac, Introducción al Derecho Penal. Parte General, 147-151; José Luis Díez Ripollés, Derecho Penal español. Parte General, 5ª ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 281-292; Jacobo Dopico Gómez-Aller, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en Derecho Penal económico y de la empresa (Madrid: Dykinson, 2018), 129-132.

14 Art. 129 CP: “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 artículo 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 artículo 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

el Estado, las administraciones territoriales e institucionales y los entes que ejercen potestades administrativas o de soberanía. El primer aspecto destacable es que existe un sistema de *numerus clausus* de delitos que se pueden cometer por estos entes. En segundo lugar, la persona jurídica solo responde cuando la persona física que cometa el hecho sea representante legal de la organización, o actúe en su nombre, u ostente facultades de organización y control, o bien, que se trate de empleados que hayan cometido el delito por déficit de control de los sujetos anteriores. A su vez, dicho delito debe haberse cometido en nombre o por cuenta de la empresa y en su beneficio, tanto directo como indirecto.

De ahí que se hable de dos vías de imputación o "hechos de conexión", que permiten transferir o derivar la responsabilidad de un sujeto a otro: por representación y por culpa *in vigilando*, lo que se asimila al "defecto de organización". El "debido control" que ha de ejercer el ente corporativo se traduce en normas, mecanismos e instrumentos para evitar la comisión de delitos en su seno, y puede operar como eximente de la responsabilidad penal si se cumplen todos los requisitos legales, de donde se extrae la relevancia de los "modelos de organización", popularmente conocidos como *compliance programs*, aunque se anota que tales programas han de ser eficaces, sin que sean idóneos los meramente formales o semánticos, denominados *paper compliance*¹⁵, que serían puramente cosméticos y carecerían de toda virtualidad práctica.

Sobre el sistema de responsabilidad penal instaurado, se ha indicado que el legislador acoge un "principio de excepcionalidad", en atención al sistema de *numerus clausus*. En este caso, destaca la síntesis de Dopico Gómez-Aller, quien enuncia siete aspectos fundamentales de este modelo: i) los delitos han de ser cometidos en beneficio del ente corporativo, ii) siempre que se trate de un delito incardinado en el catálogo cerrado, iii) coexisten penas de imposición obligatoria con otras facultativas, iv) concurre una doble vía de imputación –cuando el hecho lo cometen los máximos responsables del ente o quien se encuentra bajo su supervisión–. v) Se trata de una responsabilidad cumulativa con la de la persona física, vi) se otorga una relevancia capital a la actuación preventiva de la entidad, fomentándose la idea de autoorganización, por lo que vii) la idea del defecto de organización es la clave sobre la que pivota la construcción.

Otro rasgo del sistema es que coexisten la responsabilidad penal individual y corporativa, que no son excluyentes entre sí, aunque ha de modularse la pena de multa cuando se condene a ambas personas. El sistema de exención de responsabilidad penal a las organizaciones se introdujo en el año 2015, y requiere la adopción de modelos de gestión y organización eficaces con anterioridad a la comisión del delito. Asimismo, el art. 31 quater CP recoge atenuantes específicas de las personas jurídicas. El modelo no prevé circunstancias agravantes específicas para tales sujetos colectivos, aunque cabe atender a su reincidencia como elemento a valorar en la determinación de la pena, ex art. 66 bis CP. Por lo que respecta a las penas que se les pueden imponer, se enumeran en el art. 33.7 CP y todas ellas ostentan la condición de graves. En punto a la responsabilidad civil *ex delicto*, conforme al art. 116.3 CP, ha de ser satisfecha de modo solidario por la persona jurídica y por las personas físicas declaradas penalmente responsables.

Con todo, se ha de anotar que un aspecto fundamental reside en determinar si se trata de un sistema de autorresponsabilidad o bien, de heterorresponsabilidad. La LO 1/2015 excluye de modo expreso que se trate de un sistema de responsabilidad vicarial, como es de ver en el núm. III de su Preámbulo, cuando prescribe que "se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial". No obstante, pese a esta proclamación, una de las voces

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 artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7."

¹⁵ Juan Antonio Frago Amada, "El paper compliance, su detección y tratamiento procesal del mismo", en Actualidad Compliance 2018 (Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2018), 317-329.

más autorizadas ha contestado que se trata de una responsabilidad vicaria¹⁶, ya que exige como presupuesto la comisión de un delito por una persona física. Sin embargo, señala que se trata de una "vicariedad matizada", ya que no se exige la condena previa o simultánea de la persona física, ni su concreta culpabilidad; así las cosas, del Moral García defiende la idea de un sistema de responsabilidad criminal vicaria, acumulativa o dual y directa y restringida.

Precisamente, la cuestión relativa al título de imputación y al acomodo o no de este sistema en el molde de la teoría jurídica del delito ha hecho verter ríos de tinta en la doctrina española¹⁷. Se trata de uno de los temas estrella en este momento, que ha propiciado un ingente e incesante aparato bibliográfico, como gráficamente y con sumo ingenio ha descrito el citado del Moral García, cuando refiere que "el tema se ha convertido en una auténtica *vedette* del mundo académico penal de estos últimos años"¹⁸.

Pues bien, a la vista de que está en un estado práctico embrionario, y de que se ha controvertido una pluralidad de postulados doctrinales, se ha de efectuar una exposición esquemática de los principales argumentos de los autores que lo han tratado. En el sector doctrinal que propugna el sistema de autorresponsabilidad de las personas jurídicas destaca Gómez-Jara Díez¹⁹, quien ha escrito que el punto de partida es la asunción de la noción de "delito corporativo"²⁰. En su decir, solo un actor corporativo puede cometer un delito corporativo, Para ello, acude a la teoría de los sistemas sociales autopoieticos, y estima que la responsabilidad penal ha de predicarse de un ente totalmente independiente –imputable–, que no es un mero instrumento, zanjando que dicha independencia es "un límite normativo que probablemente irá variando a lo largo del tiempo". Únicamente es predicable de entidades con un sustrato organizativo complejo, que adquieren una capacidad de autodeterminación. En este sentido, el ciudadano corporativo ha de ser fiel al derecho, y ha de articular un sistema de gestión conforme a él, siguiendo sus pautas, implantando un modelo ético, a la vista de la relevancia socioeconómica de la actuación de las grandes corporaciones. En la síntesis de su elaborada construcción destaca la idea de una cultura de cumplimiento normativo de las empresas y, por ende, la afirmación de que su responsabilidad penal se basa en un injusto propio del ente corporativo, el delito corporativo, fundamentado en un defecto de organización, que tiene como presupuesto –no requisito– un hecho ejecutado por una persona física. Así, fundamenta la culpabilidad empresarial en un concepto constructivista, que toma como referente al ciudadano empresarial fiel al derecho, por lo que las entidades sin organización interna compleja podrían ser "inimputables".

Por otro lado, Zugaldía Espinar²¹ explica que entre los partidarios de la autorresponsabilidad de los entes corporativos se pueden discriminar cuatro posturas: i) la teoría del dominio de la

¹⁶ Antonio Del Moral García, "Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español", en Proceso penal y responsabilidad de las personas jurídicas (Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2017), 57-58.

¹⁷ Existe una multitud inabarcable y casi diaria de ensayos sobre temas relacionados con personas jurídicas, tanto sustantivos como procesales, o estudios variados sobre compliance y su aplicación práctica. Por ello, vaya por delante en esta nota una disculpa con las omisiones de artículos y trabajos de referencia. Por ende, se ha aplicado un criterio no exhaustivo de selección de algunos materiales señeros en este ámbito, si bien, el espacio acotado conlleva que no se puedan desarrollar lo suficiente todos los aspectos.

¹⁸ Del Moral García, "Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español", 48.

¹⁹ Carlos Gómez-Jara Díez, Actor corporativo y delito corporativo. Elementos de un sistema de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas desde una perspectiva teórico-práctica (Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2020), 21-63. También sobresale su la síntesis jurisprudencial que efectúa en otra obra destacada: Carlos Gómez-Jara Díez, El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura, 2ª ed., (Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2019).

²⁰ Término acuñado en la doctrina española por Bernardo José Feijoo Sánchez, El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad de las empresas, 2ª ed. (Cizur Menor: Thomson Reuters Civitas, 2016). Noción que ha sido aplaudida por algún autor, que la concibe como "fructífera y prometedora" en el ámbito de la delincuencia económica, ya que "que sitúa el foco de la investigación en el hecho de que el delito se comete en el interior de una empresa -de un colectivo- y se realiza a su favor", por lo que se coloca el acento en el "grupo". Dopico Gómez-Aller, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", 41 y 45.

²¹ José Miguel Zugaldía Espinar, "Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de conexión", Cuadernos de Política Criminal, n.º 121 (2017): 15-23. (Cursivas en el original).

organización funcional sistemática, que se basa en el aumento del riesgo propio de la actividad de la empresa, con una "culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial"; ii) la teoría de los sistemas sociales autopoieticos, que, como se ha mencionado, reside la acción típica en un defecto de organización empresarial, si bien, Zugaldía critica la idea de que se convierta al hecho humano en un "extraño presupuesto", y estima que incurre en una "gran falacia" cuando "intenta presentar como propio de la persona jurídica lo que no es sino obra las personas físicas que la integran y a través de las cuales actúa". iii) La teoría de la acción comunicativa, que estima que la acción típica de la persona jurídica es "el incumplimiento del deber que jurídicamente le incumbe". iv) El "modelo del hecho de conexión" –por el que aboga Zugaldía– atiende al aumento del riesgo propio de la actividad de la empresa por la realización "por una persona física competente, de la vertiente objetiva y subjetiva de un tipo penal (hecho de conexión) en el que se admita la responsabilidad criminal de las personas jurídicas y que, en tanto realizada con los requisitos del art. 31 bis CP (en el giro de empresa, en nombre, por cuenta y en beneficio de la persona jurídica), sea al mismo tiempo, jurídica, sociológica y criminológicamente, una *acción propia de la persona jurídica y expresión de su específico obrar corporativo*". En esta concepción se trata de "determinar bajo qué condiciones normativas se puede atribuir directamente el hecho a la persona jurídica como propio, como su autora", y se concluye que la culpabilidad del ente se basa en el defecto de organización.

Con todo, las fórmulas basadas en la autorresponsabilidad han cosechado severas críticas doctrinales, así como la propia noción de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En este sentido, se pueden recapitular²² algunas objeciones frontales. Se ha descrito como "extraviado y disparatado constructo", como "zombi político criminal" que acelera la "entropía" del derecho penal. Se ha aseverado que, a diferencia de la noción de culpabilidad, la "responsabilidad" es multívoca y que es errado aplicar dicho concepto a este campo. También se ha cuestionado cuál es la acción y la culpabilidad propias del ente corporativo, qué es la norma de determinación o en qué consisten el dolo o la imprudencia de la persona jurídica. Así, Gracia Martín concluye negando "contundente y radicalmente que la persona jurídica pueda ser transubstanciada y transfigurada en sujeto jurídico-penalmente imputable e idóneo de ser penado". Se ha escrito que con la reforma de 2015 se está ante un modelo "cuestionado", que va a permitir que muchos entes puedan eludir su responsabilidad; y que es una modificación "apresurada" que constituye una "traducción prácticamente literal de la regulación italiana". A su vez, se indica que la persona jurídica no tiene capacidad de acción ni de omisión, por lo que las penas asignadas tienen un carácter "simbólico" y un presupuesto distinto al de las personas físicas.

En cuanto a sus carencias, se expresa que persisten delitos que se limitan a prever las consecuencias accesorias del art. 129 CP y que se incluyen muy pocos delitos susceptibles de comisión imprudente; además, se estima "improcedente" la noción propia de culpabilidad de la empresa. También se ha escrito que se trata de una ficción jurídica, ya que las personas jurídicas ni delinquen ni actúan, por lo que se da un uso equivoco del lenguaje –v. gr. en el concepto de dolo–, y se ha propuesto que se mantengan en el "derecho penal de cosas", ante su carácter instrumental. Se ha apelado a la necesidad de manejar con cautelas tales ficciones en el ordenamiento punitivo "para no traicionar algunos de sus principios básicos"; a su vez, se ha resaltado que se infringen los principios de responsabilidad por el hecho propio y de personalidad de las penas, y que "*societas delinquere non potest [...] sed puniri potest*".

²² Luis Gracia Martín, "La doctrina de la responsabilidad "penal" de las personas jurídicas: climax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad entre las palabras y las cosas, y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura", Revista Foro FICP, n.º 2 (2014): 16-78; Díez Ripollés, Derecho Penal español. Parte General, 281-292; Santiago Mir Puig, "Las nuevas "penas" para personas jurídicas, una clase de "penas" sin culpabilidad", Revista Foro FICP, n.º 1 (2014): 24 y 31; Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, "La acción de las personas jurídicas: límites de una ficción", La Ley Compliance Penal, n.º 3 (2020): 1-8; Del Moral García, "Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español", 48-51; Ricardo Robles Planas, "Volver a empezar: las personas jurídicas y el Derecho penal", La Ley Compliance Penal, n.º 8 (2022); Diego Manuel Luzón Peña, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3ª ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016), 163-170, (se advierte al lector de que en este trabajo se ha empleado la versión de la monografía que obra en la biblioteca online de Tirant lo Blanch, en que no aparece paginado en el cuerpo del texto, por lo que las distorsiones que se aprecien entre el libro en papel y el documento electrónico empleado se deben a dicho particular).

En este orden de ideas, se ha colocado el acento en el carácter "premio" que tiene la adopción de sistemas de *compliance*, no como deber, sino como "incumbencia" de los entes corporativos, por lo que "el beneficio permite justificar al Estado que fomente o incentive que las empresas sean cuasi-funcionarias o colaboradoras activas en la prevención y detección del delito. La 'herejía' de la persona jurídica sería no adoptar ese papel". En apretada síntesis, Luzón Peña estima que ha de mantenerse el concepto de acción como conducta humana, por lo que niega su aplicación a las personas jurídicas, en las que su voluntad o decisión no responde "a un sistema espiritual humano en situación consciente, sino que se forma por acuerdo", además, no puede tener dolo –carece de conciencia y voluntad– y no realiza ella el acto imprudente en la organización o vigilancia, sino sus órganos directivos, por lo que no es dable ampliar la noción de acción a tales entes. A su vez, dicho autor sostiene que el delito lo habría cometido una persona física y no el ente corporativo. Por último, Luzón Peña afirma la incapacidad de culpabilidad de las personas jurídicas y la inadecuación de que se apliquen penas frente a ellas, tanto por el quebranto del principio de personalidad de las penas como por el hecho de que dicho sistema "no se ajusta –o, al menos, no se ajusta bien– a los fines de la pena".

En la primera Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo en que se analizó la materia²³, la STS 154/2016²⁴, se indicó que el CP proclamaba un sistema de autorresponsabilidad de los entes corporativos, cuyo injusto típico radicaba en un defecto organizativo, y en el que el comportamiento de las personas físicas era reputado como presupuesto, pero no como fundamento de la punición, por cuanto, de lo contrario, se trataría de un modelo de responsabilidad por hecho ajeno –es decir, asumió los postulados de Gómez-Jara Díez–. Con todo, esta primera STS contó con una fuerte discrepancia, ya que siete de los quince magistrados de la Sala firmaron un voto particular disidente en el aspecto relativo a la ausencia de una cultura de respeto al derecho como elemento definidor de la tipicidad, reputándolo como "evanescente". Con todo, con posterioridad ha habido varias decenas de resoluciones, en las que el Alto Tribunal ha ido perfilado los elementos del sistema, tanto sustantivos como procesales, y se ha asentado en la jurisprudencia la nota de la autorresponsabilidad de los entes corporativos. Destaca la asunción de la noción de "delito corporativo", fórmula útil, que condensa la presencia de un delito propio de la persona jurídica, por lo que se enfatiza en su hecho diferencial, si bien, pese al carácter preciso de tales conceptos, su empleo ha sido fuertemente contestado por algunos sectores doctrinales y desde la *praxis* judicial diaria, puesto que, quien suscribe ha observado, en variados escritos procesales, que esta formulación es discutida, que se plasma que no aporta ningún beneficio adicional y que carece de sustento en el texto punitivo.

Si bien, como se ha indicado, se configura una materia dinámica, en plena y continua evolución, en que el TS está cumpliendo su labor nomofiláctica y en la que resultan esenciales los aportes de la doctrina. Como se ha podido apreciar con la exposición de las principales posturas en liza, el debate doctrinal continúa siendo prolijo, ya que incluso entre los propios autores partidarios de la incriminación de las personas jurídicas y del sistema de autorresponsabilidad se observan notables controversias, por lo que habrá que permanecer a la expectativa en los progresos teóricos, con su innegable repercusión en la práctica judicial.

²³ Bernardo Del Rosal Blasco, "Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTs 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado", Diario La Ley, n.º 8732 (2016): 1-13.

²⁴ España Tribunal Supremo, Sentencia 154/2016, 29 de febrero de 2016, ECLI: ES:TS:2016:613, <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/46e8ea8f10494412/20160302>.

3. Algunas notas sobre su conexión con el delito de blanqueo de dinero

En sede de delito de blanqueo de dinero²⁵ –arts. 301-304 CP– se posibilita, en su art. 302.2 CP²⁶, el castigo de las personas jurídicas. Se parte de que el blanqueo de dinero, como procedimiento tendente a ocultar bienes procedentes de un delito para alejarlos de su ilícita fuente originaria y aflorarlos con posterioridad, con una pátina de legitimidad, en el tráfico económico, es un delito de referencia, en relación con una actividad delictiva previa –delito fuente, base, precedente, antecedente o previo–, pero es un tipo autónomo, pluriofensivo, en que se tutelan la licitud de los bienes en el tráfico económico y financiero de curso legal y la Administración de Justicia. Además, se da la peculiaridad de que se combinan la normativa penal y la administrativa, plasmada en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, con lo que existe una duplicidad de órdenes jurisdiccionales afectados, si bien, han de delimitarse los correspondientes ámbitos de actuación –preventivo y represivo–, sin que se deje de llamar la atención sobre la posibilidad de imposición de sanciones en virtud de la Ley 10/2010.

Retomando el hilo conductor, se debe apostillar que el delito de blanqueo de bienes es un tipo en continua expansión, que bebe de la normativa internacional y en que se producen solapamientos con los actos de agotamiento

del delito previo, lo que lleva a disfunciones interpretativas, a forzados maridajes y a concursos de delitos que casan mal con el principio *non bis in idem*, por lo que se propone una intelección restrictiva de su ámbito de aplicación, para lo cual ha de tomarse en cuenta una interpretación teleológica con base en el bien jurídico tutelado, en conexión con el principio de insignificancia –recordando que el tipo en España no prevé un umbral o frontera cuantitativa a partir de la cual quepa apreciar el delito–, en orden a excluir los comportamientos de bagatela y que carezcan de idoneidad para afectar al bien jurídico tutelado.

En cuanto al art. 302 CP, la doctrina ha indicado que, aunque dicho precepto se aluda a la comisión de los hechos perteneciendo o desde una organización, semejante fórmula no se corresponde con la persona jurídica²⁷. Con anterioridad al año 2010, las consecuencias penales se residenciaban en el ámbito del art. 129 CP. Asimismo, con carácter previo a dicho año se podía diferenciar entre las “organizaciones” legales que habían “escondido accidentalmente un proceso de blanqueo” y las que eran únicamente sociedades o negocios ficticios que se destinaban a transformar bienes de procedencia delictiva. Pues bien, con la regulación vigente cabe discriminar entre los delitos de lavado de activos cometidos por “personas jurídicas legales”, cuya responsabilidad criminal se prevé de modo expreso, y los cometidos por organizaciones criminales, para cuyos dirigentes o miembros se establecen cualificaciones de la pena. Así las cosas, y pese a su carácter obvio, Quintero Olivares recuerda que “no cabe responsabilidad penal de la organización criminal”.

A juicio de Fernández Teruelo²⁸, la previsión del art. 302.2 CP “tiene un especial interés e incidencia en los delitos de blanqueo en la medida en que cada vez resulta más frecuente el recurso a sociedades para ejecutar actos de blanqueo”, y enuncia las dos formas posibles para ello: i) la constitución y

utilización de sociedades específicamente destinadas al lavado, que concibe como “puramente instrumentales”, concibiendo dicho modelo como el más frecuente, y ii) el aprovechamiento de sociedades con un fin lícito para realizar actuaciones de blanqueo, en cuyo caso interesaba que los órganos judiciales seleccionasen las medidas “menos lesivas”, dado que se trataría de “entidades subsanables”. Asimismo, dicho autor expone que, en relación con el art. 31 bis CP, dicha previsión ostenta “especial interés en el ámbito de la criminalidad socioeconómica y la relacionada con la corrupción, (específicamente como formas de delincuencia organizada)”.

En esta materia, destacan las sólidas aportaciones realizadas por la más autorizada voz española²⁹ sobre blanqueo de dinero ya que, en su acertada exposición, Abel Souto pone de manifiesto que, usualmente, se produce una instrumentalización de las personas jurídicas para cometer delitos de lavado de activos, motivo que justificó su incriminación en el año 2010. A su vez, destaca el papel de los programas de cumplimiento normativo, tanto por su carácter preventivo como en orden a la exención o atenuación de la pena. En todo caso, el punto de partida es la vinculación entre criminalidad organizada y el blanqueo en el mundo empresarial, como se ponía de relieve en la clausura de establecimientos, en la suspensión de actividades sociales y en el cierre de locales. Paralelamente, de modo crítico, Abel Souto anota que la reforma operada por la LO 1/2015 incurre en contradicciones en este campo, dado que, en virtud de los apartados 2 y 4 del art. 31 bis CP, exime de responsabilidad criminal a los entes corporativos “por un blanqueo que no debería haber existido en virtud de la adopción y ejecución eficaz de programas de cumplimiento idóneos o adecuados para prevenirlo”. Anota, Abel Souto, que no resultaba obligado el legislador español a adoptar este sistema de responsabilidad, ya que cabían las medidas administrativas, de seguridad u otras consecuencias jurídicas diferentes de la pena y que, en todo caso, podrían ser reputadas como “efectivas, proporcionadas y disuasorias”. De gran interés es la llamada de atención que efectúa en cuanto al papel de la empresa como

“fuente de peligro” en el tráfico económico y de la posición de los administradores o directivos, que se convierten en una suerte de “agentes de policía”, de “garantes de la no comisión de delitos de blanqueo en su organización”, con una distorsionadora translación de funciones policiales. Souto insiste en que los programas de cumplimiento constituyen un “requisito necesario pero insuficiente para la exención o atenuación”, ya que han de ser idóneos, lo que no implica que sean infalibles. Dicha ponderación ha de realizarse *ex ante*, por lo que se aprecia una evidente relación entre la prevención del blanqueo de dinero y los programas de cumplimiento.

No obstante, entre las atinadas reflexiones de Abel Souto que se ha sintetizado, hay que detenerse en la entidad de la organización de la cual se trate y de las consecuencias jurídicas que cabe anudar a tal aspecto. En este sentido, debe valorarse el grado de participación, total o mayoritario, de los responsables penales en el ente corporativo; asimismo, ha de analizarse si concurre un “sustrato material suficiente” que permita considerar como “imputable” a la persona jurídica: se alude a los supuestos en los que aparecen “tortuosas cadenas de sociedades vinculadas”, es decir, tramas con multitud de entes interpuestos, que persiguen diluir el rastro del dinero y su trazabilidad, por lo que su fin ulterior es lavar el dinero delictivo. En tales supuestos, cuando se presentan entidades instrumentales “inimputables”, habrán de aplicarse a ellas las consecuencias accesorias del art. 129 CP. Se estiman “imputables” las que desarrollan su actividad con normalidad en el tráfico económico. También se afirma la imputabilidad empresarial de aquellas entidades que desarrollan la mayor parte de su actividad de modo ilegal, blanqueando bienes, aunque también desempeñen una actividad económica real, de menor valor cuantitativo, y en cuyo seno se opera una confusión o mezcla de bienes, tanto de lícita como de ilícita procedencia. En tercer término, serán corporaciones “inimputables” las que carecen de toda actividad económica legal, y cuya única finalidad es la tenencia de bienes delictivos a su nombre, por lo que pretenden separar titularidades reales. En este último supuesto, se trataría de meras sociedades pantalla, o fachadas que carecen de todo tipo de patrimonio, de organización o de infraestructura, por lo que se trata de “herramientas delictivas” empleadas para “entorpecer la investigación” y, en tales

²⁵ Para una mayor profundidad en el estudio de este delito, véase, Daniel González Uriel, Aspectos básicos del delito de blanqueo de dinero (Granada: Comares, 2021).

²⁶ Art. 302 CP: “1. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezca a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones. También se impondrá la pena en su mitad superior a quienes, siendo sujetos obligados conforme a la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, cometan cualquiera de las conductas descritas en el artículo 301 en el ejercicio de su actividad profesional. 2. En tales casos, cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sea responsable una persona jurídica, se le impondrán las siguientes penas: a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años. b) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

²⁷ Gonzalo Quintero Olivares, “De la receptación y el blanqueo de capitales”, en Comentarios a la parte especial del Derecho Penal, 10ª ed. (Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2016), 1015- 1016.

²⁸ Javier Gustavo Fernández Teruelo, “El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales (los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas)”, Diario La Ley, n.º 7657 (2011): 10.

²⁹ Miguel Abel Souto, “Blanqueo de dinero, responsabilidad criminal de las personas jurídicas y directivas de 2018”, en La justicia penal del siglo XXI ante el desafío del blanqueo de dinero (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 41-75.

supuestos, sería dable acudir a figuras de raigambre civil, como la simulación contractual o el recurso al “levantamiento del velo” para comprobar qué personas físicas subyacen al instrumento societario. También, estima Abel Souto, que se presentan sociedades inimputables cuando concurre una “identidad absoluta y sustancial” entre la persona jurídica y su gestor, por lo que se daría un solapamiento de voluntades y su doble penalidad conllevaría una vulneración del basilar principio *non bis in idem*.

Otro dato sobre el que llama la atención Abel Souto es la esencia del tejido empresarial de referencia, toda vez que en España las pequeñas y medianas empresas (PYMES) representan el 99,9% de dicho conglomerado de entidades, y muchas de ellas, un 89%, son familiares, generadoras del 67% del empleo estatal. En este sentido, denuncia, de modo certero, que se trata de un campo abonado para la doble incriminación vulneradora del *non bis in idem*. Contrapone a dicha situación que, en su surgimiento, los programas de cumplimiento normativo estaban pensados para grandes empresas y multinacionales, si bien, ello ha de tamizarse por la realidad del sector empresarial patrio, en que “los deberes de administración y control suelen reunirse en la misma persona y las consecuencias delictivas van a parar a ella”.

A continuación, el citado autor detalla una serie de reformas operadas en la Ley 10/2010 en que se han agregado algunos instrumentos, tales como la creación de un *compliance* específico en materia de blanqueo, la introducción de canales internos de denuncia, así como de comunicación de potenciales incumplimientos, la realización de auditorías anuales o de informes de seguimiento por expertos, de carácter bienal. A su vez, entre otras medidas de naturaleza administrativa, dicha ley acoge en su art. 13.3 la prohibición de que las entidades de crédito mantengan relaciones con “bancos pantalla”, calificando como tales a toda “entidad de crédito, o entidad que desarrolle una actividad similar, constituida en un país en el que no tenga presencia física que permita ejercer una verdadera gestión y dirección y que no sea filial de un grupo financiero regulado”. Asimismo, el art. 4.4. de la citada ley advierte que es necesario identificar a quienes sean titulares reales de personas jurídicas, indicando que se tomarán como tales a quienes posean más del 25% de su capital

o de los derechos de voto, o bien, que las controlen por otros medios.

Por otro lado, en cuanto al análisis de la normativa comunitaria, se debe atender a la Quinta Directiva de la UE contra el blanqueo – Directiva 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 30 de mayo de 2018– que establece, entre otros aspectos, la exigencia de un registro de titularidad real para sociedades y otras entidades jurídicas, así como para los fideicomisos y otros instrumentos jurídicos análogos. En este sentido, el considerando 4º de la citada Directiva refleja de modo cristalino la finalidad que persigue, cuando expone que: “es clara la necesidad de un mayor incremento de la transparencia global del entorno económico y financiero de la Unión. La prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo no puede ser eficaz si el entorno no es hostil para los delincuentes que buscan refugio para sus finanzas a través de estructuras opacas”. Por último, en cuanto a la normativa comunitaria relacionada con esta materia, se puede citar la Directiva 2018/1673, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el derecho penal, en la que se refiere a la responsabilidad de las personas jurídicas en el art. 7º, sin adjetivarla como “penal”, y a las sanciones aplicables a ellas en el art. 8º. Además, se

30 Art. 7 Directiva 2018/1673: “1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de cualquiera de las conductas a que se refieren el artículo 3, apartados 1 y 5, y el artículo 4 que cometa en beneficio de ellas cualquier persona, actuando a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, basado en cualquiera de los siguientes elementos: a) un poder de representación de la persona jurídica; b) la facultad de adoptar decisiones por cuenta de la persona jurídica; o c) la facultad de ejercer control en el seno de la persona jurídica. 2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables cuando la falta de supervisión o control por parte de una persona de las contempladas en el apartado 1 del presente artículo haya hecho posible la comisión, por parte de una persona sometida a su autoridad, de cualquiera de las conductas a que se refieren el artículo 3, apartados 1 y 5, y el artículo 4, en beneficio de dicha persona jurídica. 3. La responsabilidad de las personas jurídicas en virtud de los apartados 1 y 2 del presente artículo no excluirá la incoación de procesos penales contra las personas físicas que sean autoras, inductoras o cómplices de las conductas a que se refieren el artículo 3, apartados 1 y 5, y el artículo 4”.

31 Art. 8 Directiva 2018/1673: “Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas consideradas responsables en virtud del artículo 7 sean castigadas con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o no penal y podrán incluir otras sanciones, tales como:

efectúa una mención directa de los delitos cometidos por cuenta de las personas jurídicas en el art. 10.2.b)º de la Directiva.

En este punto, no se puede obviar la lúcida crítica que realiza Gómez-Jara Díezº, dado que se produce una injustificada diferencia punitiva entre las personas físicas y las personas jurídicas en la fijación de la pena de multa. Así, el legislador ha incurrido en una severa discordancia en el tratamiento punitivo dado a las personas físicas y a las personas jurídicas, puesto que la multa máxima que se puede imponer a estas últimas, fijada mediante el sistema de días-multa, resulta notablemente inferior a la que cabe establecer para las personas físicas –para quienes se articula la multa proporcional–, por lo que se quiebra toda proporcionalidad y es un elemento que habría de ser subsanado. Asimismo, dicho autor critica la propia literalidad del art. 302.2 CP, en cuyo inicio se menciona “en tales casos”, por lo que

a) inhabilitación para obtener beneficios o ayudas públicas; b) exclusión temporal o permanente del acceso a la financiación pública, incluidas las licitaciones, subvenciones y concesiones; c) inhabilitación temporal o definitiva para ejercer actividades mercantiles; d) sometimiento a intervención judicial; e) orden judicial de disolución; f) clausura temporal o definitiva de los establecimientos que se hayan utilizado para cometer el delito”.

32 Art. 10.2.b) Directiva 2018/1673: “2. Un Estado miembro informará a la Comisión cuando decida ampliar su jurisdicción sobre las conductas a que se refieren los artículos 3 y 4 que hayan sido cometidas fuera de su territorio cuando: [...] b) el delito se haya cometido en beneficio de una persona jurídica establecida en su territorio”.

33 Gómez-Jara Díez, El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura, 161-176.

una interpretación literal del precepto llevaría a entender que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es solo predicable de los supuestos que trata el art. 302.1 CP, por lo que únicamente sería reprimible el ente corporativo cuando reciclase los fondos procedentes de una “organización” dedicada a cometer delitos de blanqueo, lo que reputa incorrecto y ha sido aclarado por la jurisprudencia, puesto que se ha subrayado, v. gr. en la STS 583/2017º, que la meritada fórmula “en tales casos” se refiere a todos los supuestos del art. 301 CP, y no solo a los del art. 302.1 CP.

Por lo que hace a las resoluciones de la Sala 2ª del TS sobre blanqueo de dinero cometido por personas jurídicas, resulta sumamente clarificador el Fundamento de Derecho 28º de la citada STS 583/2017, que se transcribe en este punto por su capacidad de síntesis y su didáctico contenido:

Se han acreditado todos los elementos necesarios para que surja la responsabilidad penal de una persona jurídica. La atribución de responsabilidad penal a Transpinelo S. L. se ajusta, en efecto, a las exigencias contenidas en el art. 31 bis, tanto según la redacción vigente en el momento de los hechos, como en la emanada de la reforma de 2015.

34 España Tribunal Supremo, Sentencia 583/2017, 19 de julio de 2017, ECLI: ES:TS:2017:3210, <https://vlex.es/vid/693373145>.



A Sus administradores y directivos (tanto de hecho como de derecho: Amadeo Pio, Manuel Roberto, Alberto Benito) actuando en representación de la empresa han llevado a cabo una continuada actividad encajable en el art. 301 CP que es precisamente una de las figuras delictivas en que el legislador prevé la imposición de penas para las personas jurídicas (art. 302 CP; que en ese punto, por otra parte se adelanta a lo previsto en la propuesta de Directiva de 21 de diciembre de 2016 sobre la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho Penal).

B Concorre un innegable provecho o beneficio directo para la sociedad: Amadeo Pio realiza sucesivas inyecciones de dinero a la empresa, para introducir en el circuito económico lícito ganancias provenientes del tráfico de drogas; y adquiere para la Sociedad vehículos y maquinaria con metálico de idéntica procedencia.

C Y, por fin, está cubierta también la faz negativa de esa atribución de responsabilidad: la persona jurídica carecía de un sistema efectivo de control implementado para anular o, al menos, disminuir eficazmente el riesgo de comisión en el seno de la empresa de ese delito. No exige esto aquí demasiados comentarios a la vista del panorama al que nos enfrentamos. Ni siquiera se hace necesario evocar lo que sobre este punto y en relación a esta entidad lo que razonó la STS 154/2016. Es patente que en una empresa cuyos únicos administradores cometen de consuno dolosamente una infracción penal actuando en nombre de la entidad con la colaboración de la mayor parte de los titulares formales del capital social (también condenados por conductas dolosas), no es dable imaginar otra hipótesis que no sea la de compartida responsabilidad penal del ente colectivo. Lo destaca la sentencia de instancia: sería un contrasentido que quienes controlan la persona jurídica a la que utilizan para canalizar su actividad delictiva a su vez implantasen medidas para prevenir sus propios propósitos y planes.

Nada diferente puede decirse en relación a Transportes Moreno Ioan S.L. Manuel Roberto es su administrador (aunque según la sentencia actúa a las órdenes y al servicio de Amadeo Pio) y es titular de un 99% de la Sociedad. Recibe la entidad dinero procedente de la actividad de tráfico de drogas que lidera Amadeo Pio.³⁵

En estos párrafos se advierten las claves esenciales del sistema: en primer lugar, el blanqueo es un delito que se incluye en el listado cerrado de ilícitos penales que pueden ser cometidos por entes corporativos. En segundo término, se observa una conducta de los directivos de la mercantil que sería incardinable en la esfera del lavado de activos, en representación de la empresa, por cuanto desarrollaron una serie de actividades económicas, de transacciones y operaciones que movían, ocultaban y afloraban el dinero de procedencia delictiva, desconectándolo de su fuente originaria –el narcotráfico– y, añadiendo un paso más, tales adquisiciones se realizaban en beneficio de la persona jurídica, por lo que se afirma el provecho que le reportaban tales actos de lavado. En cuanto al elemento consistente en la cultura de respeto al derecho y su infracción, este se ve colmado mediante la omisión de las medidas eficaces para prevenir, descubrir y evitar el delito o los riesgos de que se lleve a cabo un delito de blanqueo.

Pues bien, a la vista de todo lo que antecede, se ha de concluir que el delito de blanqueo de dinero requiere una interpretación muy restrictiva³⁶, para evitar los excesos a que aboca su carácter indebidamente expansivo. En conexión con ello, ha de afirmarse la posibilidad de que las personas jurídicas cometan este delito. La propia dinámica negocial y mercantil convierte a los entes corporativos en elementos idóneos para llevar a cabo operativas de blanqueo de dinero de las más variadas formas. Existe una pluralidad de *modus operandi* y de negocios en los que la intervención de tales organizaciones resulta esencial y, a través de estas, se canaliza y facilita la legitimación de fondos: las operaciones de compraventa, las transferencias internacionales, o entre sociedades pertenecientes a un mismo entramado societario vinculado a la comisión de actividades ilícitas, la mezcla entre activos legales e ilegales, el empleo de excesivo dinero en metálico, los cobros mediante cheques, la realización de operaciones circulares o que no respondan a criterios de racionalidad económica, la adquisición de inmuebles, la compra de acciones y participaciones en otras mercantiles, la deslocalización de filiales en el extranjero, significadamente en territorios de nula tributación o con normativa fiscal opaca, etc., son solo algunos de los ejemplos de actuaciones que pueden desarrollar las empresas en el giro o tráfico de su negocio y a través de los cuales pueden reintroducir en los cauces económico-financiero legales tales fondos dinerarios.

El punto esencial ha de fijarse en la imputabilidad de la persona jurídica en cuestión: en atención a su tamaño, complejidad interna, organización, estructura, número de trabajadores e integrantes, etc. En este sentido, han de valorarse tales extremos a la hora de considerar que la persona jurídica es una entidad que merece un reproche punitivo propio o, en caso contrario, ha de estimarse suficiente la responsabilidad penal de las concretas personas físicas que hubiesen ejecutado los hechos en cuestión. Si se trata de un ente sin personalidad jurídica no hay problema, ya que es aplicable el art. 129 CP, en que se consignan las consecuencias accesorias aplicables. Las dificultades surgen en relación con las sociedades que ostentan personalidad jurídica, y cuya organización no es lo suficientemente compleja como para imputarle la comisión del delito de lavado. De esta manera, la noción de imputabilidad empresarial resulta esencial para poder atribuir la comisión del delito. Como bien ha referido Gómez-Jara Díez³⁷ a la hora de perfilar la complejidad necesaria para poder atribuir la responsabilidad penal a la entidad, “el límite a partir del cual se considerará que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente –y por tanto no instrumento– de la persona física es un límite normativo que, probablemente, irá variando a lo largo del tiempo”. A ello, se debe anudar que ha de deslindarse con la suficiente precisión cuándo existe actividad económica real y cuándo no. En segundo término, si existe actividad parcialmente lícita, ha de determinarse su proporción o magnitud en relación con el total del volumen de negocios. En tercer lugar, ha de tomarse en consideración si se trata de una entidad diferenciable de sus administradores o directivos o bien si existe una confusión plena –pensar en el caso de las sociedades unipersonales–.

³⁶ En este sentido, a propósito de la necesidad de una interpretación restrictiva de este delito, véase, Daniel González Uriel, “Por enésima vez: el blanqueo de dinero no es un delito de sospecha, al hilo de la STS 982/2021”, Revista de Derecho y Proceso Penal, n.º 65 (2022): 145-163.

³⁷ Carlos Gómez-Jara Díez, “El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora”, Diario La Ley, n.º 8724 (2016).

La persona jurídica no ha de consistir en una suerte de parapeto o envoltura exterior que, en realidad, no ejecute ningún tipo de actuación en el tráfico económico, ya que, si así fuera, se estima plenamente aplicable la doctrina del levantamiento del velo cobertor de la sociedad y que se persiga a las concretas personas físicas que instrumentalizan el ente en cuestión. Por lo tanto, afirmada la existencia de una persona jurídica, que desarrolla su actividad de modo legal en el tráfico mercantil, el siguiente elemento es precisar su estructura organizativa interna, su complejidad, en definitiva, su grado de imputabilidad. Si esta se afirma, habrá de analizarse si se han adoptado o no las medidas de prevención y detección de delitos y, por lo tanto, si cabe hablar de un delito corporativo cometido por la organización por la ausencia de una cultura ética de respeto al derecho y el consiguiente defecto estructural en su organización, que ha permitido la comisión del delito.

En dicho sentido, mediante el referido delito se habría cometido blanqueo de dinero, siempre y cuando se diesen los elementos del tipo. En todo caso, desde aquí se propugna una interpretación restrictiva, tanto de la existencia de la responsabilidad penal del ente corporativo como de la comisión de un delito de lavado de activos procedentes de un delito. Por lo que operará como criterio de corrección la consideración de los actos como neutros, asumidos por el riesgo inherente al giro o tráfico de la empresa de que se trate, por lo que han de deslindarse tales actuaciones, reputadas lícitas, de las operativas de reciclaje de capitales. Asimismo, y de modo esencial, habrá de tomarse en cuenta el cumplimiento de la normativa de prevención del blanqueo de capitales y, en conexión con dicho aspecto, si existen programas de cumplimiento normativo específicos para evitar la comisión de delitos de legitimación de bienes.

Como se puede observar, han de tomarse en consideración una pluralidad de elementos antes de poder afirmar, de modo concluyente, que una persona jurídica ha cometido un delito de blanqueo de dinero. Tales aspectos operan como filtros de decantación y evitan que se caiga en un indebido automatismo, propio de modelos expansivos del blanqueo, los cuales se rechaza y se combate de modo expreso.

Bibliografía

Abel Souto, Miguel. "Blanqueo de dinero, responsabilidad criminal de las personas jurídicas y directivas de 2018". En *La justicia penal del siglo XXI ante el desafío del blanqueo de dinero*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

Bacigalupo Saggese, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un estudio sobre el sujeto del Derecho Penal*. Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 1997.

Bacigalupo Zapater, Enrique. "Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de «compliance»: a propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009". *Diario La Ley*, n.º 7442 (2010).

Choclán Montalvo, José Antonio. "Hacia la unificación del Derecho Penal Comunitario. El Corpus Iuris europeo". *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 1 (1998): 1916-1927.

Cuadrado Ruiz, María Angeles. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un paso hacia adelante ... ¿un paso hacia atrás?". *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 12 (2007): 121-152.

Del Moral García, Antonio. "Regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español". En *Proceso penal y responsabilidad de las personas jurídicas*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2017. 47-75.

Del Rosal Blasco, Bernardo. "Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTs 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado". *Diario La Ley*, n.º 8732 (2016).

Díez Ripollés, José Luis. *Derecho Penal español. Parte General*, 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Dopico Gómez-Aller, Jacobo. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas". En *Derecho Penal económico y de la empresa*. Madrid: Dykinson, 2018. 129-168.

España Tribunal Supremo. *Sentencia 154/2016*. 29 de febrero de 2016. ECLI: ES:TS:2016:613. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/46bea8f10494412/20160302>.

España Tribunal Supremo. *Sentencia 583/2017*. 19 de julio de 2017. ECLI: ES:TS:2017:3210. <https://vlex.es/vid/693373145>.

Feijoo Sánchez, Bernardo José. *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad de las empresas*, 2ª ed. Cizur Menor: Thomson Reuters Civitas, 2016.

Fernández Teruelo, Javier Gustavo. "El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales (los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas)". *Diario La Ley*, n.º 7657 (2011).

Frago Amada, Juan Antonio. "El paper compliance, su detección y tratamiento procesal del mismo". En *Actualidad Compliance 2018*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

Gómez-Jara Díez, Carlos. *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial*. Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 2004.

- . "El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora". *Diario La Ley*, n.º 8724 (2016).
- . *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*, 2ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- González Uriel, Daniel. *Aspectos básicos del delito de blanqueo de dinero*. Granada: Comares, 2021.
- . "Por enésima vez: el blanqueo de dinero no es un delito de sospecha, al hilo de la STS 982/2021". *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 65 (2022): 145-163.
- Gracia Martín, Luis. "La doctrina de la responsabilidad "penal" de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad entre las palabras y las cosas, y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura". *Revista Foro FICP*, n.º 2 (2014): 16-78.
- Luzón Peña, Diego Manuel. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- Martínez Patón, Víctor. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. La doctrina societas delinquere non potest*. Montevideo: BdF, 2019.
- Mir Puig, Santiago. "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 6 (2004). <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>.
- . "Las nuevas "penas" para personas jurídicas, una clase de "penas" sin culpabilidad". *Revista Foro FICP*, n.º 1 (2014).
- Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Orts Berenguer, Enrique y José Luis González Cussac. *Introducción al Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Quintero Olivares, Gonzalo. "De la receptación y el blanqueo de capitales". En *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, 10ª ed. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2016. 993-1019.
- Robles Planas, Ricardo. "Volver a empezar: las personas jurídicas y el Derecho penal". *La Ley Compliance Penal*, n.º 8 (2022).
- Sánchez-Ostiz Gutierrez, Pablo. "La acción de las personas jurídicas: límites de una ficción". *La Ley Compliance Penal*, n.º 3 (2020).
- Zugaldía Espinar, José Miguel. "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional "societas delinquere non potest"". *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 11 (1980): 67-88.
- . "Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas". *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 2 (1997): 211-239.
- . "Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de conexión". *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 121 (2017): 9-34.

MISCELÁNEOS



DERECHO SANITARIO EN ESPAÑA Y EN EL ECUADOR: USO EXCESIVO DE LA JURISDICCIÓN PENAL

Ignacio Montoro Iturbe-Ormaeche¹

1.Introducción

Los profesionales del derecho que litigan con frecuencia, llevan años denunciando el uso indebido de la jurisdicción penal para la reclamación de daños y perjuicios derivados de posibles negligencias médicas. En la práctica forense, muchos de ellos olvidan – voluntariamente, para intentar ahorrar los costes de la vía civil o administrativa, o por desconocimiento– el principio de intervención mínima, o última ratio del derecho penal, máxime cuando lo que se reclaman son injustos imprudentes o culposos.

Así las cosas, se presentan diariamente en los juzgados asuntos que nunca debieron de iniciarse a través de la jurisdicción penal²; procedimientos que, en muchas ocasiones, por desconocimiento de algunos tribunales y fiscales, o por impericia de los médicos forenses y peritos³, terminan en la fase de juicio oral, celebrando vistas de varias sesiones para acabar absolviendo al médico por el delito imprudente del que se le acusaba desde hacía

varios años. Este hecho provoca en el galeno una irrecuperable pena de banquillo, que se agrava ante la lentitud de la justicia española en instruir y sentenciar una causa –a menudo, más de 10 años en obtener una sentencia en primera instancia–.

Quienes habitualmente ejercen la defensa de este colectivo están hartos de escuchar de estos profesionales frases del estilo: “ha sido la peor experiencia de mi vida”; “ya no voy a poder mirar a un paciente de la misma forma”; “el paciente se ha convertido en mi enemigo en consulta”; etc. Pues bien, más allá de que *infra* se entrará a valorar con más detenimiento las consecuencias negativas del uso abusivo de la jurisdicción penal en las reclamaciones por negligencias médicas, ya se puede apuntar la primera conclusión de este breve artículo: los médicos españoles y ecuatorianos tienen un problema derivado del incremento de denuncias con solicitud de penas de prisión e inhabilitación por sus actuaciones.

Este aumento de reclamaciones también genera perjuicios para la sanidad y los pacientes, dado que los médicos comienzan a ejercer la conocida “medicina defensiva, lo que conlleva solicitud de pruebas diagnósticas innecesarias, desconfianza en los pacientes, aumento del gasto público, etc.

¹ Socio en Summons Abogados. Profesor de Derecho Penal y Penitenciario de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España. www.summons.es

² Según comenta la abogada especialista en Derecho sanitario de origen ecuatoriano, Amalia García Holguín, del despacho DS Legal Group, la mayor parte de reclamaciones por negligencias médicas en Ecuador se tramitan a través de la jurisdicción penal.

³ Tanto en España como en Ecuador existe una carencia de peritos médicos especialistas.

2. Imprudencia grave y menos grave en el Código Penal español

Sin que este trabajo pretenda profundizar en los delitos imprudentes en España, dada su brevedad, sí resulta, al menos necesario, realizar una somera introducción de los delitos más comunes aplicables al colectivo sanitario.

El artículo 142 del Código Penal regula el conocido como homicidio imprudente – homicidio culposo por mala práctica profesional del artículo 146 del COIP, tipificado como delito autónomo en Ecuador en el año 2014–, y en su redacción actual únicamente prevé dos formas de formas de comisión: la imprudencia grave⁴ y la imprudencia menos grave⁵. De la misma forma, el artículo 152 del Código Penal contempla el delito de lesiones imprudentes, que en función del resultado de los daños⁶, conllevará unas determinadas penas. Nótese

4 Apartado 1 del art. 142 CP: 1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.

5 Apartado 2 del art. 142 CP: El que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro, será castigado con la pena de multa de tres meses a dieciocho meses. En el año 2015, a través de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo se despenalizó la falta de homicidio y lesiones derivada de imprudencia leve.

6 Se remite a los delitos de lesiones dolosas, y en su apartado primero, diferencia entre las lesiones básicas, es decir, lesión que requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico (pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses); lesiones que conlleven la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica (pena de prisión de uno a tres años); y las lesiones que causen la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad (pena de prisión de seis meses a dos años).

que ambos injustos son delitos de resultado, se requiere muerte o lesión para hablar de un delito consumado.

No obstante, tal y como posiblemente conozca el lector, en España, pese a que es una facultad –no una obligación– del órgano judicial encargado de la ejecución, habitualmente las penas de prisión quedan suspendidas y no se produce el ingreso efectivo en un centro penitenciario conforme al artículo 80.2 del Código Penal, cuando: el reo haya delinquido por primera vez; la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años; y cuando se hayan satisfecho las responsabilidades civiles, o al menos, el condenado asuma el compromiso de satisfacer este pago de acuerdo a su capacidad económica.

En consecuencia, dado que los médicos no suelen ser delincuentes habituales –máxime cuando no se tienen en cuenta a efectos de reincidencia los antecedentes penales por los delitos imprudentes o por delitos leves–, su máxima preocupación es la sanción de inhabilitación especial para ejercer su profesión; pena principal ligada a los delitos por imprudencia profesional grave –no los delitos leves por imprudencias menos graves que, además, solo son perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal–.

En la inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo⁷, el Código Penal contempla para los homicidios imprudentes una suspensión por un periodo de tres a seis años y, para las lesiones, un periodo de seis meses a cuatro años; tiempo suficiente para truncar la carrera profesional de un sanitario. Además de esta pena, habría que sumar la más que probable grave crisis reputacional a la que se tenga que enfrentar: medios de comunicación, comentarios descalificadores en redes sociales, denuncias ante su colegio profesional, etc.

No obstante, la imprudencia grave o menos grave, máxime tras la despenalización

7 Habrá que delimitar en sentencia si se le inhabilita para ejercer la profesión médica en general, es decir, "para todo"; o la inhabilitación únicamente será para ejercer una especialidad y actividad en concreto: cirugía plástica, cardiología, ginecología, etc.

de la culpa penal leve, es restringida por la jurisprudencia española a tratamientos médicos o quirúrgicos que inciden en "comportamientos descuidados, de abandono y de omisión del cuidado exigible, atendidas las circunstancias del lugar, tiempo, personas, naturaleza de la lesión o enfermedad, que olvidando la 'lex artis' conduzcan a resultados lesivos para las personas"⁸. En suma, no todas las acciones u omisiones negligentes tendrán entidad suficiente para incardinarse en los delitos imprudentes, exigiendo, para ello, que se encuentre ante errores manifiestos, groseros, o sin posibilidad de explicación, bajo las reglas básicas de la lex artis ad hoc, por lo que, es un profundo error llevar, como norma, estos casos al ámbito penal.

Otro de los injustos aplicables a los sanitarios, especialmente a matronas y médicos especialistas en obstetricia, aunque mucho menos habitual, es el aborto imprudente, regulado en el artículo 146 del Código Penal, que únicamente castiga la modalidad de comisión por imprudencia grave, y prevé una pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses, más inhabilitación especial de uno a tres años.

3. Imprudencia tanto por acción como por omisión

La negligencia profesional suele consistir en una acción médica imprudente, aunque los facultativos también responden en comisión por omisión ex artículo 11 del Código Penal. En estos casos, el profesional podrá responder de los daños "cuando la no evitación del mismo [del resultado], al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación".

Esta norma otorga al sanitario la conocida posición de garante de la vida y de la salud de paciente *cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar*, por lo que, responderá debido a esta condición, de las omisiones imprudentes que equivalgan a la causación del resultado, como por ejemplo, errónea interpretación de la pérdida de

bienestar fetal y omisión en la necesidad de prescribir una cesárea urgente, omisión de pruebas diagnósticas básicas que pudieran haber evitado un daño grave, omisión de la vigilancia de un médico anesthesiologo en el cuidado del paciente durante la intervención, etc.

4. Relación de causalidad e imputación objetiva en los delitos de imprudencia médica

La arcaica doctrina de la causalidad natural ha sido superada desde hace mucho y complementada por la teoría de la imputación objetiva en los delitos imprudentes. Así, el Tribunal Supremo español ha venido reiterando que no basta con probar la relación de causalidad natural, sino que ha de existir imputación objetiva:

la jurisprudencia viene sosteniendo que la relación entre la acción y el resultado no se limita sólo a la comprobación de la causalidad natural, sino que **depende de la posibilidad de la imputación objetiva del resultado de la acción, y esto sólo ocurre cuando la conducta ha creado un riesgo no permitido, es decir, jurídicamente desaprobado y el resultado producido es la concreción de dicho peligro.**⁹

En orden a recordar a los lectores las nociones más básicas de la teoría de la imputación objetiva en los injustos imprudentes, se explicarán, de forma somera, sus principales características:

9 España Tribunal Supremo, Sentencia 844/99, 29 de mayo de 1999. <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/9ebc201b53b63c76>. El énfasis le corresponde al autor.

Primer nivel: creación de un riesgo penalmente relevante

Se exige la creación de un riesgo relevante de producción del resultado que sea jurídicamente desaprobado¹⁰. Además, la peligrosidad generada por la conducta ha de sobrepasar el riesgo permitido. Si se menciona que la conducta ha creado un riesgo penalmente relevante, aquello significa que supera las fronteras del riesgo permitido – algunas conductas, aun siendo peligrosas, no sobrepasarán el riesgo permitido, por lo que no serán penalmente disvaliosas–.

Además, para que la conducta causante de un resultado típico pueda considerarse realizadora de la parte objetiva es necesario que fuera previsible *ex ante* y apareciese como creadora de un riesgo típicamente relevante conforme a los parámetros del hombre medio ideal –hombre prudente–. En los casos de imprudencias sanitarias, se hablaría del médico medio ideal, es decir, ni el más hábil de los cirujanos, si bien, tampoco el más necio o incapaz. Este es uno de los errores más frecuentes de algunos médicos forenses y peritos al valorar una causa, dado que se analiza la actuación desde los ojos del facultativo más diestro. Esto no es praxis médica, como ha recogido el Tribunal Supremo español: “queda también fuera del ámbito penal por la misma razón, la falta de pericia cuando ésta sea de naturaleza extraordinaria o excepcional”¹¹.

Otro error muy común en los juicios contra los profesionales sanitarios es valorar su conducta de forma *ex post*, conociendo el resultado; lo que vulgarmente se llamamos en España, “a toro pasado”, es decir, tratar de analizar su actuación conociendo todo lo que ocurrió tras su asistencia. Pues bien, esta forma de examinar a un médico resulta completamente errónea, toda vez que lo que se tiene que hacer es tratar de valorar esa actuación con los datos e información con los que se disponía en ese momento: sintomatología y signos clínicos que

presentaba el paciente, pruebas diagnósticas realizadas, asistencia de otros facultativos previos, etc. No se pueden imputar daños a un médico que no podía prever el riesgo para el paciente. La solución para el juez –aunque también para la Fiscalía antes de acusar– sería olvidarse de qué le sucedió al paciente, esto es, del resultado, y valorar la actuación del facultativo en el momento concreto que intervino, preguntándose, con la información que disponía, si ¿pudo prever y evitar el resultado?

En estos supuestos imprudentes, la doctrina y jurisprudencia¹² apuntan a la necesidad de infracción de la norma objetiva de cuidado por parte del profesional sanitario:

b) una **infracción del deber de cuidado**, esto es actuar el médico incumpliendo lo exigible en cada ocasión, conforme a lo señalado por la ciencia en ese concreto momento, y para esa concreta situación del paciente, es decir, **no observar las reglas de comportamiento profesional conforme al estado actual de la ciencia** para dar respuesta a la actuación médica exigible y en este elemento deben ser consideradas ciertas circunstancias, como “la naturaleza mortal del ser humano, que ejercer la medicina es una obligación de medios, no de resultados, que la medicina no es una ciencia exacta ya que intervienen numerosos factores, como son la evolución de la enfermedad en el paciente en función de coordenadas, que escapan de la actividad médica, como lo es su propio sistema celular o su metabolismo personal y las deficiencias en la organización y en el sistema sanitario, que pueden incidir negativamente en la decisión del médico, que no es responsable personalmente de tales anomalías.

c) **Creación de un riesgo previsible y evitable**, que es diferente a los riesgos generales o normales en la actividad médica de los que debe ser completa y suficientemente informado.¹³

Segundo nivel: realización del riesgo en el resultado

Que el riesgo penalmente relevante creado por la conducta se haya materializado en el resultado, es decir, que este sea la realización del riesgo que la norma infringida tenía por misión evitar. Tiene que ser la realización del riesgo por el cual la conducta del sujeto estaba prohibida y no la realización de cualquier otro riesgo¹⁴.

Por tanto, no es suficiente con que la conducta creadora de un riesgo típicamente relevante cause materialmente el resultado típico, es necesario, además, que el resultado causado pueda verse como la realización del riesgo precisamente inherente a la conducta, es decir, la realización de ese riesgo, no otros. Así, más allá de la relación de causalidad necesaria, se exige una relación de riesgo entre la conducta y el resultado. Por último, el riesgo debe de estar incluido dentro del fin de protección de la norma¹⁵.

Es este segundo nivel el que más dificultades probatorias suscita en la práctica forense, toda vez que, pese a que el Ministerio Fiscal y el resto de las acusaciones logren probar la imprudencia del facultativo, deberán de ser capaces de acreditar su vinculación con el resultado. Esta cuestión siempre ha sido muy complicada, máxime cuando el Alto Tribunal español partía de la teoría de la evitabilidad, o la de la probabilidad rayana a la certeza, como criterio causalista hipotético de imputación normativa del resultado a la conducta imprudente. Según esta doctrina, debe dilucidarse si la conducta omitida habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, la lesión o el menoscabo

del bien jurídico que tutela la norma penal¹⁶. Es la llamada tesis del comportamiento hipotético, pues solo cuando se tenga la absoluta certeza de que realizando la acción alternativa indicada o correcta el resultado hubiera sido otro distinto, cabría imputar el resultado a dicha conducta: “rayana en la certeza, de que el resultado es concreción de la conducta omisiva y que sin la misma tal resultado no se habría producido”¹⁷.

Sin embargo, esta doctrina parece haber sido superada tras el trágico caso del conocido en España como “Madrid Arena”¹⁸, en el que murieron varias adolescentes en una avalancha en una fiesta organizada sin respetar el máximo de aforo permitido¹⁹. Así, esta sentencia, ha marcado un hito dentro de la aplicación de la imputación objetiva y causalidad en los delitos imprudentes al colectivo médico, toda vez que, el Alto Tribunal descarta la exigencia de la probabilidad o certeza prácticamente absoluta de que el resultado dañoso se hubiera evitado de haber actuado conforme a la *lex artis*; optando en el examen de la praxis de uno de los médicos que atendieron a la víctima por la teoría del incremento o aumento del riesgo desarrollada en España por Gimbernat Ordeig²⁰.

Dado el interés en esta conocida e ilustrativa sentencia del Alto Tribunal español, se reproducen los extractos más relevantes:

en el delito imprudente, varios son los criterios de imputación del resultado, destacando la teoría del incremento del riesgo; la teoría del ámbito de protección de la norma y por último la teoría de la evitabilidad; [...] para refutar el argumento

¹⁶ Véase entre otras la STS Sala Segunda de 27 de octubre de 2009.

¹⁷ Doctrina mantenida por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº 7, en la sentencia Nº 488/2016, en el conocido caso del “Madrid Arena”, en el que murieron varias adolescentes por superar el aforo máximo permitido por parte de la organización, y en que finalmente fue condenado también uno de los médicos por parte del Tribunal Supremo al casar la sentencia instancia.

¹⁸ Con voto particular del Magistrado Excmo. Sr. D. Alberto Jorge Barreiro.

¹⁹ España Tribunal Supremo, Sentencia 805/2017, 11 de diciembre de 2017, <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac24c13003b2ec45c8c4fc74ef5ba7b51393>.

²⁰ Enrique Gimbernat Ordeig, “Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2008), 21-62, ISBN:0210-3001.

¹⁰ Margarita Martínez Escamilla, María Martín Lorenzo, Margarita Valle Mariscal de Gante, Derecho penal: Parte general (Madrid: Universidad Complutense de Madrid. (UCM), 2020), ISBN: 9788484812234.

¹¹ España Tribunal Supremo, Sentencia 782/2006, 6 de julio de 2006, <https://vlex.es/vid/imprudencia-profesional-medica-b-c-24300313>.

¹² Véase a modo de ejemplo, desde hace décadas las STS nº. 751/1994, Sala Segunda de 29 de octubre de 1994.

¹³ España Tribunal Supremo, Sentencia 751/1994, 29 de

de la Audiencia, acerca de que no se llegó a probar, con una probabilidad rayana en la certeza que se hubiera evitado su fallecimiento, que **lo que se debe constatar es precisamente lo contrario, esto es, que a pesar de haber dispensado el tratamiento médico correctamente no se hubiera salvado**, de todos modos, la vida de la enferma. **Solamente así se hubiera podido exonerar al médico.** Pero si no se hace nada, o lo que se hace es patentemente negligente, como por otra parte asegura la Audiencia, **no puede fundamentarse su absolución en el hecho de que, de todos modos, no se sabe cuál hubiera sido el desenlace;** [...] En suma, **la responsabilidad del médico surge porque ha incrementado el riesgo permitido, y lo ha hecho al haber actuado negligentemente,** y con tal comportamiento ha contribuido al resultado, siéndole reprochada su conducta **a través de la teoría de la imputación objetiva;** [...] Nos referimos, en consecuencia, a la **imputación objetiva del resultado por la teoría del incremento del riesgo**, conforme a la cual **cabe imputar objetivamente el resultado una vez que se constata que el autor generó el riesgo desaprobado aunque no sea seguro que la conducta ajustada a derecho lo hubiera evitado.** No se trata de una infracción de peligro, sino de resultado, pero es precisamente el **peligro el que incrementa el riesgo, y con él, se coadyuva a la producción del resultado.** Es claro que sin resultado no puede existir delito de imprudencia, y en este caso, el fatal resultado está fuera de toda duda.²¹

En consecuencia, se puede apreciar cómo la doctrina jurisprudencial española viene a imponer la teoría del incremento del riesgo en los delitos imprudentes sanitarios; teoría que ya comienza a aplicarse en la jurisprudencia menor.

21 España Tribunal Supremo, Sentencia 805/2017. El énfasis le corresponde al autor.

5. Supuestos médicos atípicos

Errores de diagnóstico

Una de las equivocaciones más comunes en el derecho sanitario es acudir a la jurisdicción penal ante malas praxis derivadas de errores de diagnóstico. Así, se encuentran, en la práctica forense diaria, muchos casos que acaban en juicio por simples retrasos o errores diagnósticos. Sin embargo, la jurisprudencia, por regla general, ha excluido estas omisiones como elemento integrador del delito imprudente cuando no sean inexplicables, groseros, o de extremada gravedad.

Así, el Tribunal Supremo español descarta²², desde hace mucho, la tipicidad de estas conductas:

El Tribunal de instancia ha descartado la calificación de los hechos imputados al acusado como constitutivos de un delito de homicidio imprudente, poniendo de manifiesto que "en el caso concreto de la culpa médica, se ha venido admitiendo que **no existe negligencia inexcusable cuando se comete un error de diagnóstico** (excepto cuando sea de tal **magnitud y flagrancia que resulte casi inexplicable**)" [...] no cabe incriminar como delito el simple error científico o diagnóstico equivocado, salvo cuando **cualitativa o cuantitativamente resulte de extremada gravedad;** [...] lo que se incrimina y da origen a la responsabilidad médica en el ámbito, no olvidemos, penal, **no son errores de diagnóstico.**²³

La jurisprudencia menor también ha venido a recoger esta cuestión en numerosas ocasiones²⁴:

22 Véase entre otras la STS Sala Segunda, nº 782/2006 de 6 de julio de 2006; o las STS Sala Segunda de 14 febrero 1991 y 13 noviembre 1992.

23 España Tribunal Supremo, Sentencia 782/2006. El énfasis le corresponde al autor.

24 Véase el auto de la Audiencia Provincial de Valencia nº 58/2019, de 18 de enero de 2019; o el auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 12 de junio de 2018.

Las diligencias de instrucción practicadas **no permiten pues afirmar la gravedad o el carácter grosero de dicho retraso en el diagnóstico** o la relación causal del retraso en la intervención quirúrgica con el fatal desenlace. No se debe pues obviar que la culpa médica profesional, sobre todo en lo que al nivel de *lex artis* se refiere, **no la constituye un mero error científico o de diagnóstico.**²⁵

Ausencias de información

También es muy común que se sigan llevando causas a la jurisdicción penal con la única alegación de falta de información, cuando la jurisprudencia ha aclarado en multitud de ocasiones que la falta de firma del consentimiento informado no constituye, por sí solo, elemento integrador del tipo de la impudencia penal²⁶: "la **infracción de ese deber de información adecuada no puede transformar en un ilícito penal la conducta desplegada** por el denunciado. Así lo que en ningún momento plantea dudas a esta Sala es que no nos hallamos ante un ilícito penal en ninguna hipótesis"²⁷.

Esto no significa que para llevar a cabo un tratamiento médico, por regla general, no sea necesario la firma de un consentimiento informado, tal y como exige, entre otras, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (Ley de autonomía del paciente). De hecho, recientemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Estrasburgo²⁸, ha condenado a España por

25 España Tribunal Provincial de Valencia, Auto de audiencia 58/2019, 18 de enero de 2019. El énfasis le corresponde al autor.

26 Véase a modo de ejemplo, el auto de la Audiencia Provincial de Toledo, Secc. 2ª, nº 77/2011 de 15 marzo de 2011, Rec. 57/2010.

27 España Tribunal Provincial de Toledo, Auto de audiencia 77/2011, Secc. 2ª, Rec. 57/2010, 15 marzo de 2011. El énfasis le corresponde al autor.

28 El Tribunal de Estrasburgo en sentencia de 8 de marzo de 2022, ha condenado a España al considerar que una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que fue ratificada por el Supremo, no dio una respuesta adecuada a la exigencia que recoge la ley de obtener el consentimiento por escrito para las operaciones quirúrgicas; indemnizando a los padres del menor con 24.000 euros.

no garantizar la exigencia de consentimiento escrito para operaciones quirúrgicas. No obstante, lo que se plantea es que la mera ausencia de información, por regla general, no convertirá la omisión en un delito imprudente; siendo un error más propio de la jurisdicción civil o administrativa.

6. Otros delitos relacionados con los profesionales sanitarios

Además de los ilícitos imprudentes a los que se ha hecho referencia *supra*, cada día se encuentran en los juzgados, cada vez más, estos tipos de delitos cometidos por el colectivo sanitario de forma dolosa: el descubrimiento y revelación de secretos y la omisión del deber de socorro profesional.

El primero se consuma cuando un sanitario accede sin autorización al historial clínico de un paciente, y se regula en los artículos 197 y 198 del Código Penal. Además, al tratarse de información confidencial "de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección", el apartado cinco dispone que la sanción se impondrá en su mitad superior, por lo que se podría llegar a penas, en algunos casos, de hasta cinco años por delito. Además, con la inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años si el sujeto activo fuera autoridad o funcionario, es decir, que lo cometiera en un centro sanitario público –sin depender esta categoría de si posee un contrato de empleado público o de personal laboral conforme al artículo 24 del Código Penal–.

Sobre esta conducta, recientemente ha aparecido en todos los medios de comunicación del país, una enfermera que ha sido condenada a dos años y medio de prisión por consultar sin motivo el historial clínico de pacientes²⁹. Otro

29 El TS condena por un delito de revelación de secretos a 2 años y medio de prisión y a 6 años de inhabilitación absoluta a una enfermera que accedió «por curiosidad» y sin causa justificada, al historial clínico de tres pacientes que no tenía asignados. Poder Judicial, "Dos años y medio prisión a una enfermera por consultar sin motivo y «por curiosidad» el historial clínico de

ejemplo, se puede encontrar en la noticia en la que el Tribunal Supremo ratifica la condena de 2 años y medio de prisión a un médico, por acceder ilegalmente a datos privados de cinco compañeros³⁰.

Pues bien, la Ley de autonomía del paciente únicamente permite, en su artículo 16, y con ciertas reglas, el acceso a la historia clínica a:

- Los profesionales asistenciales del centro que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente.
- Los profesionales con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia.
- El personal de administración y gestión de los centros sanitarios solo puede acceder a los datos de la historia clínica relacionados con sus propias funciones.
- El personal sanitario debidamente acreditado que ejerza funciones de inspección, evaluación, acreditación y planificación para el cumplimiento de sus funciones de comprobación de la calidad de la asistencia.

Además, la propia Ley exige a los centros sanitarios que garanticen la trazabilidad de los accesos a la historia clínica, por lo que, siendo estos, en la actualidad mayoritariamente digitales, será relativamente sencillo obtener una prueba fehaciente de las entradas indebidas. No obstante, lo que desgraciadamente sucede, en ocasiones, es que algunos facultativos dejan su sesión abierta en el programa informático al que acceden con su tarjeta personal, dado que suelen haber poco ordenadores en el centro, y otros compañeros lo aprovechan para acceder –voluntariamente o por error– de forma indebida a historias clínicas de otros pacientes.

En consecuencia, el registro fehaciente de los accesos y el cambio de la relación médico-paciente –transformándose de una relación completamente vertical en el pasado, a una relación horizontal en la actualidad, en la que los pacientes conocen perfectamente sus derechos–, ha provocado un aumento considerable de denuncias por descubrimiento y revelación de secretos a profesionales sanitarios.

El segundo de los delitos que comienza a extenderse en España es la omisión del deber de socorro profesional regulada en el artículo 196 del Código Penal, que castiga al "profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonar los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas". En este delito especial impropio se distinguen dos modalidades: la denegación de la asistencia y el abandono de los servicios sanitarios. Ambos están sancionados con las penas de hasta doce meses y la inhabilitación especial por tiempo de seis meses a tres años.

La primera es el supuesto más común en la práctica y exige que exista una solicitud por parte de la víctima o de terceros, que, habitualmente, son sus familiares o agentes policiales, y que el profesional sanitario tenga conocimiento de esa situación de riesgo grave para su salud y, pese a ello, deniegue la asistencia. A diferencia de los delitos imprudentes ya analizados, este delito de omisión no es de resultado (no dependerá para su consumación de la vinculación de la omisión y el resultado acaecido; la muerte o lesión del paciente), sino que basta para consumarse la denegación dolosa de asistencia conociendo la gravedad de la situación.

pacientes", Iberley, 08 de abril de 2021, párr. 2, <https://www.iberley.es/noticias/dos-anos-medio-prision-enfermera-consultar-motivo-curiosidad-historial-clinico-pacientes-30897>.

30 El Supremo ratifica la condena de 2 años y 6 meses de prisión a un médico por acceder ilegalmente a datos privados de 5 compañeros. Confilegal, "El Supremo ratifica la condena de 2 años y 6 meses de prisión a un médico por acceder ilegalmente a datos privados de 5 compañeros", Confilegal, 03 de octubre de 2015, párr. 1, <https://confilegal.com/20151003-supremo-condena-prision-medico-por-acceder-a-datos-privados-companeros/>.

Por ello, con relativa frecuencia, en España, un médico recibe una denuncia por este delito de omisión del deber de socorro profesional, el cual, por cierto, es enjuiciado bajo el Tribunal del Jurado, por ser uno de los delitos de su competencia contemplados en la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo.

Habitualmente, suelen ser médicos de urgencias domiciliarias que aguardan en los centros de salud la llamada de los operativos telefónicos de emergencias (112) para salir³¹. Estos supuestos plantean dudas porque, en muchas ocasiones, los protocolos no son claros y, ante el aviso de un familiar que acude al centro a solicitar ayuda para un paciente que se encuentra en una vivienda, alegando que la ambulancia a la que han llamado no llega, el facultativo no sabe si esperar a que le avisen del 112 como tienen marcado, o si salir y asistir al enfermo; corriendo el riesgo de que vaya al domicilio y la asistencia ya se encuentre allí, denegando la asistencia a un posible segundo paciente que necesite también su ayuda si lo avisaran al centro y no se encontrara allí.

Normalmente, los servicios de emergencias del 112 realizan un triaje telefónico al paciente y deciden si envían una unidad de vigilancia intensiva (UVI) medicalizada, una ambulancia básica, o para casos menos graves, avisan al médico de urgencias del centro de salud, quien acude andando o con su vehículo con material únicamente de primeros auxilios. En consecuencia, ¿qué sucede cuando el 112 no avisa al médico, pero la UVI o ambulancia se retrasan y la familia acude presencialmente solicitando atención urgente? Desde una opinión personal, no habría, en este supuesto, una actuación delictiva del médico porque no existiría dolo; no concurriría una verdadera denegación de asistencia, sino que el facultativo se limitó a seguir unas directrices, no siendo el culpable del retraso en enviar la atención medicalizada.

La segunda modalidad se enmarca en el abandono de los servicios sanitarios, que también debe de poner en riesgo grave a la salud de las personas. Estos casos son menos frecuentes, se dan cuando el facultativo deja su puesto de trabajo con pacientes que requieren urgentemente su atención.

7. Conclusiones

1. Se evidencia un aumento de las reclamaciones penales a profesionales sanitarios, tanto en España como en el Ecuador. En muchas ocasiones, motivado por el desconocimiento de los operadores jurídicos, o por la utilización de la jurisdicción criminal para el ahorro de los costes que conlleva una reclamación civil o administrativa: pago de costas procesales, de peritos, etc.
2. Este incremento provoca un profundo malestar en el colectivo médico, que siente que su trabajo genera demasiados riesgos y que no se ve recompensado. Parece que los aplausos por los sacrificios realizados durante la pandemia de la COVID-19 ya han sido olvidados³².
3. El uso de la medicina defensiva perjudica tanto al colectivo médico, como a los usuarios y a la propia sanidad.
4. La utilización indebida de la jurisdicción penal también genera perjuicios en los pacientes, que esperan que se resuelvan sus casos por periodos de más de diez años, para, en muchos supuestos, obtener una sentencia desfavorable. Se debería incentivar el uso de la mediación y la jurisdicción civil y administrativa para la resolución de estas reclamaciones³³.

31 Por ejemplo, la STS Sala Segunda nº 56/2008 de 28 enero de 2008.

32 Olga Pereda, "Aplausos en toda España para agradecer al personal sanitario su titánico esfuerzo", el Periódico, 14 de marzo del 2020, párr. 1, <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20200314/coronavirus-aplausos-vecinos-personal-medico-7890204>.

33 Además, en Ecuador será necesario dotar de mayor seguridad jurídica al sistema con un baremo para cuantificar, al menos de forma orientativa, los daños y perjuicios, a fin de intentar establecer criterios más objetivos para su valoración económica.

5. Las únicas modalidades negligentes que contempla el Código Penal español son la imprudencia grave y menos grave, por lo que únicamente estas conductas deberían incardinarse en el ilícito penal médico.
6. También se prevén delitos dolosos como el descubrimiento y revelación de secretos y la omisión del deber de socorro profesional.
7. El médico tiene una posición de garante respecto a la vida y salud de sus pacientes, por lo que podrá responder en comisión por omisión.
8. En la teoría jurídica de los delitos imprudentes, la relación de causalidad natural ha sido superada por la teoría de la imputación objetiva.
9. Los criterios de imputación objetiva han venido cambiando a lo largo de los años en estos delitos, optándose, últimamente, por la teoría del incremento del riesgo.
10. Los errores de diagnóstico y la ausencia de información no son elementos configuradores de los ilícitos penales imprudentes.

Bibliografía

Confilegal. "El Supremo ratifica la condena de 2 años y 6 meses de prisión a un médico por acceder ilegalmente a datos privados de 5 compañeros". *Confilegal*, 03 de octubre de 2015. <https://confilegal.com/20151003-supremo-condena-prision-medico-por-acceder-a-datos-privados-companeros/>.

España Tribunal Provincial de Toledo. *Auto de audiencia* 77/2011. Secc. 2ª, Rec. 57/2010. 15 marzo de 2011.

España Tribunal Provincial de Valencia. *Auto de audiencia* 58/2019. 18 de enero de 2019.

España Tribunal Supremo. *Sentencia* 751/1994. 29 de octubre de 1994. <http://www.poderjudicial.es/search/ANopenDocument/763e0bb40effbdf6/20030626>

———. *Sentencia* 844/99. 29 de mayo de 1999. <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/9ebc201b53b63c76>. El énfasis le corresponde al autor.

———. *Sentencia* 782/2006. 6 de julio de 2006. <https://vlex.es/vid/imprudencia-profesional-medica-b-c-24300313>.

———. *Sentencia* 805/2017. 11 de diciembre de 2017. <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac24c13003b2ec45c8c4fc74ef5ba7b51393>.

Gimbernat Ordeig, Enrique. "Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo". En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2008. ISBN:0210-3001.

Martínez Escamilla, Margarita, María Martín Lorenzo, Margarita Valle Mariscal de Gante. *Derecho penal: Parte general*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. (UCM), 2020. ISBN: 9788484812234.

Mir Puig, Santiago. *Derecho penal, Parte General*, 9ª ed. Barcelona: Reppertor, 2011.

Poder Judicial. "Dos años y medio prisión a una enfermera por consultar sin motivo y «por curiosidad» el historial clínico de pacientes". *Iberley*, 08 de abril de 2021. <https://www.iberley.es/noticias/dos-anos-medio-prision-enfermera-consultar-motivo-curiosidad-historial-clinico-pacientes-30897>.

Pereda, Olga. "Aplausos en toda España para agradecer al personal sanitario su titánico esfuerzo". *elPeriódico*, 14 de marzo del 2020. <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20200314/coronavirus-aplausos-vecinos-personal-medico-7890204>.

ANopenDocument/763e0bb40effdbf6/20030626.



FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO



ECUADOR

Número de edición 032

ISSN: 2661-6920

Dirección: Juan León Mera N19-36 y Av. Patria
Edificio Fiscalía General del Estado. Piso 6

Teléfono: (02) 3985 800 Ext. 173037

Mail: estudiospenales@fiscalia.gob.ec

Fiscalía General del Estado

Dirección de Estudios Penales
Quito - Ecuador