

# **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



VOLUMEN 2

# **RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS:**

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

**PERFIL CRIMINOLÓGICO**

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Sanciones corporativas: el modelo germano versus el modelo latino de responsabilidad de personas jurídicas por la comisión de delitos.....	8
<i>Bernardo Feijoo Sánchez</i>	
El riesgo de contaminación de la responsabilidad penal corporativa en los grupos empresariales: la atribución de responsabilidad penal a la matriz por los delitos de sus filiales.....	30
<i>Miquel Fortuny Cendra</i>	
Los compliance programs y la atenuación de la responsabilidad penal. La situación en España .....	45
<i>Patricia Faraldo Cabana</i>	
Autorregulación y normalización internacional del compliance .....	58
<i>Alain Casanovas</i>	
De Beccaria a Zaffaroni: una propuesta para la humanización del sistema penal colombiano .....	70
<i>André Scheller D'angelo</i>	
<i>Juliana Giraldo Vanegas</i>	



Bernardo Feijoo Sánchez<sup>1</sup>

# SANCIONES CORPORATIVAS: EL MODELO GERMANO VERSUS EL MODELO LATINO DE RESPONSABILIDAD DE PERSONAS JURÍDICAS POR LA COMISIÓN DE DELITOS

## I. El modelo germano: el Proyecto de Colonia

La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y otras entidades ha sido intensamente discutida en Alemania en los últimos tiempos<sup>2</sup>, dando lugar a posiciones de lo más variado. Si bien el Proyecto de 2013 del Ministerio de Justicia de Renania del Norte-Westfalia (Nordhein-Westfalen), influido por la legislación austriaca (*Verbandsverantwortlichkeitsgesetz* del año 2005<sup>3</sup>), dio lugar a un intenso debate dogmático, nunca tuvo tramitación parlamentaria y desembocó en vía muerta. Como continuación de este impulso, el Proyecto de Colonia para una ley de sanciones para personas jurídicas y otras asociaciones o agrupaciones de personas (*Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes*) permite analizar un concreto modelo fundamentado y defendido por relevantes representantes de la academia alemana a partir de una profunda y extensa investigación: los Profs. Hessler, Hoven y Weigend, de la Universidad de Colonia; y por el Prof. Kubiciel de la Universidad de Augsburg<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Penal, Universidad Autónoma de Madrid.

<sup>2</sup> Buenos resúmenes en Gerhard Dannecker, "Zur Ausgestaltung der Verbandsverantwortlichkeit als straf- oder verwaltungsrechtliches Sanktionssystem", en *Grundfragen eines modernen Strafrechts* (Alemania: Baden-Baden, 2017), 17 ss.; Claus Roxin y Luis Greco, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5<sup>a</sup> ed. (Múnich: Beck C. H., 2020), 8/60 ss.; Martin Paul Wassmer, "La (infinita) reforma del Derecho penal empresarial", en *Revista Penal*, nº 49 (2022): 137 ss. Una amplia exposición de las críticas que se pueden plantear frente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Wolfgang Frisch, "Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung", en *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter* (Berlín: FS Wolter, 2013), 371 ss.; Franziska Weidenauer, "Das neue Gesetz zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität-Paradigmenwechsel im deutschen Strafrecht oder Instrumentarium zur Sanktionierung Unschuldiger?", en *Corporate Compliance Zeitschrift* 2, (2021): 56 ss., en la línea de Frisch en relación con el Proyecto gubernativo alemán.

Se deben relativizar las críticas basadas en los fines de la pena, ya que ello implica asumir el modelo desde el que se realizan las críticas. Así, por ejemplo, ciertas críticas son evidentes si se asume un modelo preventivo-general intimidatorio (en defensa de este modelo Jesús María Silva Sánchez, "¿Quia peccatum est" o "ne peccetur"? Una modesta llamada de atención al Tribunal Supremo", en *InDret Penal* 1, (2021). O bien se tiene que negar que las normas se puedan dirigir a personas jurídicas o bien sus efectos sólo pueden lograrse indirectamente incidiendo en el comportamiento de personas físicas (Maximilian Kohlhof, *Die Legitimation einer originäre Verbandsstrafe. Eine straftheoretische Untersuchung* (Berlín: Duncker & Humblot, 2019), 64 ss., 68 ss. La prevención general basada en la disuisión de conductas no supone un fundamento normativamente válido para una pena corporativa. Incluso aunque se parte de los incentivos que tal pena puede tener para decisiones de gestores y socios de las empresas, se trataría de una pena impuesta a la corporación por decisiones individuales.

<sup>3</sup> Michael Kubiciel y Niklas Gräbener, "Grundlinien Eines Modernen Verbandssanktionenrechts", *Zeitschrift Für Rechtspolitik* 49, n.º 5 (2016): 138 ss.

<sup>4</sup> Que han defendido su posición en multitud de publicaciones, tal como se recoge en los anexos al proyecto. Se omite aquí una cita directa a dichas obras por razones

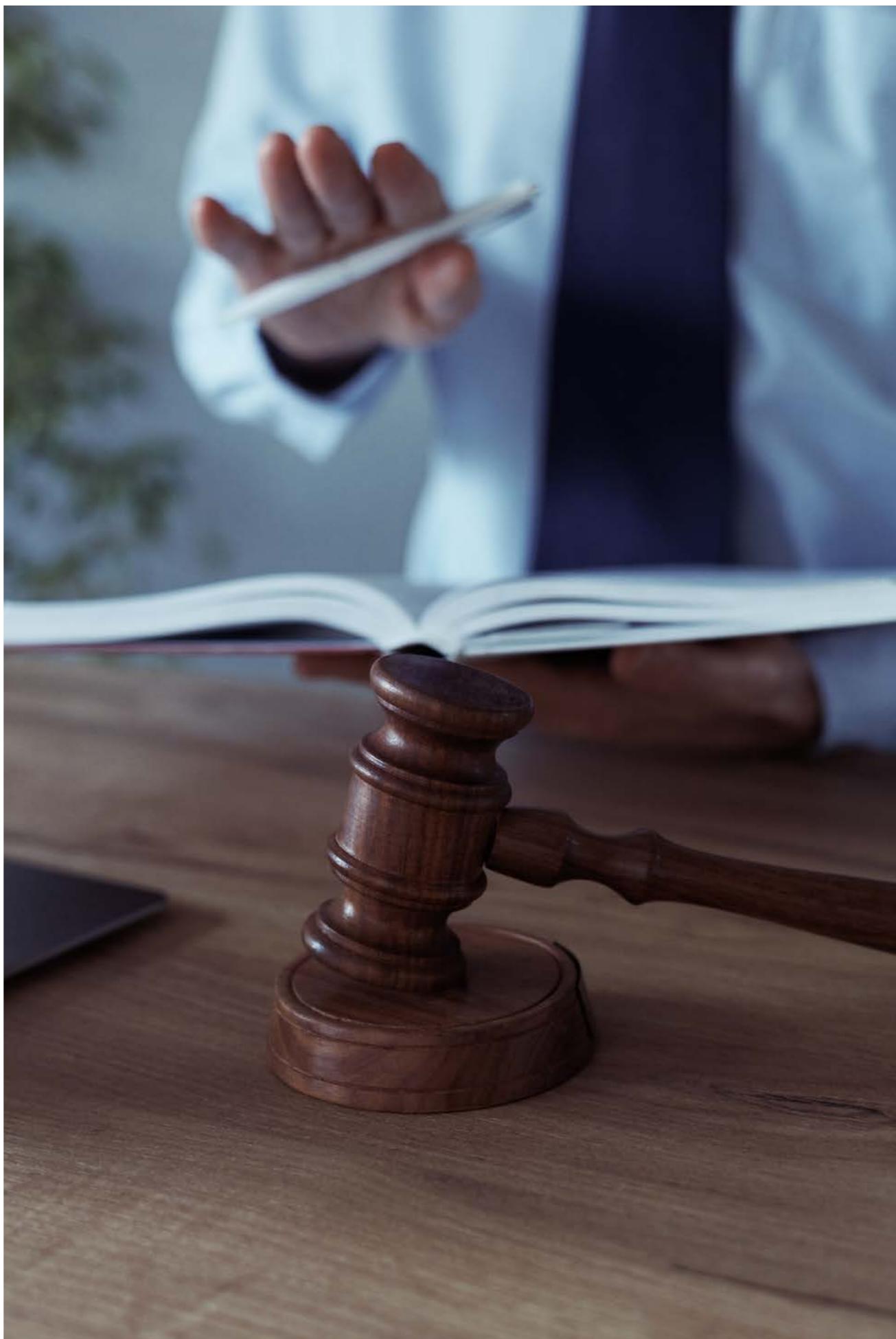
El 12 de junio 2020 el gobierno federal cerró (publicación 16 de junio) y presentó posteriormente en sede parlamentaria un proyecto de ley para el fortalecimiento de la integridad de la economía (*Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft*), que pretendía modernizar el sistema de sanciones para corporaciones que operan en el mercado con fines económicos mediante una Ley para sancionar hechos penales vinculados a asociaciones (*Gesetz zur Sanktionierung verbandsbezogener Straftaten*). Este proyecto encontró un fuerte rechazo de partida en el *Bundesrat* y en el 2021 quedó definitivamente frustrada esta iniciativa legislativa con la finalización del período legislativo y el cambio de gobierno tras las elecciones.

El modelo del proyecto del gobierno presentaba características similares al denominado Proyecto de Colonia<sup>5</sup> presentado a finales de 2017, pero este está dogmáticamente mejor trabajado. Si bien entre ambos existen diferencias relevantes, tienen en común que renuncian a un modelo genuino de responsabilidad penal de personas jurídicas o, en palabras del proyecto del gobierno, la introducción de un derecho penal para empresas. Se trata de un sistema de sanciones que quedaría al margen del ordenamiento penal en sentido estricto. Esta "tercera vía" entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal para atender a la demanda de organizaciones como la OCDE por el que ha optado el modelo germano, tendría como objetivo estimular la adopción de medidas de compliance<sup>6</sup>. En ambos tiene gran relevancia

de espacio. Me limito a citar Elisa Hoven y Thomas Weigend, "Der Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes", en Zeitschrift für Rechtspolitik 51, n.º 2 (2018): 30 ss.

5 Véase el documento elaborado por Martin Hessler, Elisa Hoven, Michael Kubiciel y Thomas Weigend, con el título: *Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft*, Art. 1: „Gesetz zur Sanktionierung verbandsbezogener Straftaten“. Entre ambos no se puede dejar de mencionar el Proyecto muniqués (Frank Saliger et al., *Münchner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes* (Alemania: NSTZ, 2020), 24 ss.). Otras propuestas son recogidas en la fundamentación de este proyecto, pero no pueden ser abordadas aquí.

6 Kubiciel y Gräbener, "Grundlinien Eines Modernen Verbandssanktionenrechts", 139. Expone los argumentos que se han proporcionado para que el Derecho Penal estimule programas de cumplimiento, especialmente en el ámbito del Derecho Penal económico, Dennis Bock, *Criminal Compliance* (Alemania: Baden-Baden, 2011), 27 ss.



la regulación de las investigaciones internas, pero esta es una cuestión que, por razones de espacio, no puede ser abordada en este trabajo.

Centrando el enfoque en el Proyecto de Colonia, el texto pretende regular, desde el punto de vista sustantivo y procesal, la imposición de sanciones a personas jurídicas y otras entidades por la comisión de delitos vinculados a sus actividades (*verbandsbezogene Straftaten*), buscando superar los déficits del derecho alemán vigente con respecto a delitos vinculados a empresas y otras entidades, especialmente la deficiente aplicación del § 30 OWiG, una vez que el Código Penal solo contempla sanciones para personas físicas<sup>7</sup>. Se busca una mayor homogeneidad y uniformidad, eficacia (*enforcement*) y previsibilidad en el uso de las sanciones con respecto a la OWiG debido a las diferencias detectadas entre la *praxis* de las fiscalías. En la misma línea de reforzar la relevancia práctica de las sanciones para corporaciones por la comisión de delitos, la multa sufre en el proyecto un importante incremento con respecto a la OWiG, que tiene un límite de 10 millones de euros (aunque se puede incrementar por razones confiscatorias, como ha sucedido en los casos más relevantes como el de Siemens o Volkswagen). Este límite máximo independiente de la capacidad económica de la empresa ha venido acrediando escasos efectos preventivos para las grandes multinacionales alemanas. El límite máximo queda ahora fijado, a diferencia del Proyecto de 2013 del Ministerio de Justicia de Nordhein-Westfalen, por el nivel de facturación o volumen de negocio de la entidad o del grupo de empresas en la línea del derecho de competencia.

Este modelo ha buscado inspiración en los sistemas austriaco y estadounidense. El primero sirve, sobre todo, como referencia de legitimación para los autores del proyecto con el objeto de señalar como en un país que forma parte de la misma tradición jurídica no han experimentado las consecuencias negativas que señalan algunos críticos en cuanto a la afectación de garantías – especialmente aquellas vinculadas al principio de culpabilidad – para las personas físicas. En el año 2016<sup>8</sup> el Tribunal Constitucional declaró la VbVG conforme a la Constitución austriaca, negando que fuera contraria a principios como el de culpabilidad o proporcionalidad.

Las contravenciones o transgresiones (*Zuwiderhandlungen*) son entendidas por la ley en el § 1 como acciones antijurídicas, que se corresponden con el tipo objetivo de una ley penal (injusto objetivo). Se entiende que están vinculadas a la entidad ("hecho de conexión"/"fatto di connessione") siempre que:

7 Kubiciel y Gräbener, "Grundlinien Eines Modernen Verbandssanktionenrechts", 137 s.; Hoven y Weigend, "Der Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes", 30 s.

8 Alemania Verfassungsgerichtshof, Sentencia G 497/2015-26, G 679/2015-20, Verfassungsgerichtshof, 2 de diciembre de 2016, [https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH\\_G\\_497-2015\\_Verbandsverantwortlichkeit\\_Entscheidung\\_anon.pdf](https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH_G_497-2015_Verbandsverantwortlichkeit_Entscheidung_anon.pdf).

9 El concepto se utiliza en el § 130 OWiG.

a) la asociación o agrupación se enriquece o debería haberse enriquecido; o,

b) se ha infringido un deber que corresponde a la entidad, siempre que no se vea perjudicada inmediatamente por la contravención.

Tal vinculación o conexión con el delito individual basada en la actuación en beneficio o que mediante el hecho se hayan vulnerado deberes específicos de la corporación permite transferir o trasladar las sanciones a la entidad.

El § 2 regula la aplicación territorial para permitir bajo determinados presupuestos la aplicación extraterritorial de la normativa.

Existe un doble presupuesto para la imposición de sanciones a la entidad, que va en la línea de las Directivas europeas:

1) La vía de la dirección (*Leitungspersonen*), tal como es definida en el apartado (4) del § 1, que se corresponde a grandes rasgos con lo que el Decreto legislativo italiano denomina como *soggetti in posizioni apicali*.

2) La vía de los subordinados (*Mitarbeiter*) a estos (*soggetti in posizioni subordinata*), tal como son definidos en el apartado (5) del § 1. En este caso, lo relevante es la – objetiva– omisión de medidas necesarias y exigibles por parte de los sujetos en posición apical.

De acuerdo con lo dispuesto en el § 3, el primer supuesto se da si una persona en el puesto de dirección, actuando en interés o por cuenta de la sociedad, comete una contravención vinculada a una entidad de forma dolosa, antijurídica y culpable. En caso de que exista una modalidad imprudente bastará con un comportamiento imprudente (también antijurídico y culpable se entiende).

Es posible no aplicar la sanción cuando la persona de dirección desatiende con su comportamiento una indicación expresa y concreta y elude medidas de seguridad idóneas para evitar tal tipo de contravenciones. De esta manera, se pretende no hacer responder a la corporación en los casos que

Kubiciel denomina de "exceso"<sup>10</sup> por parte del administrador o directorio o, lo que es lo mismo, los casos más evidentes donde es ilegítimo que la corporación responda por una conducta en clave exclusivamente individual porque no se trata de un "hecho de la organización".

En el segundo supuesto, se trata de un subordinado actuando en interés de la sociedad, que comete la contravención vinculada a la entidad, siempre que esta haya sido posibilitada o facilitada sustancialmente por el hecho de que una persona del ámbito de la dirección haya omitido medidas necesarias y exigibles para evitar tales contravenciones. En estos casos, no hace falta que el comportamiento del subordinado sea culpable, basándose la sanción en la infracción de los deberes de cuidado, diligencia, control, vigilancia o supervisión por parte de los superiores.

Este § 3 del Proyecto, que establece los criterios materiales para imponer las sanciones, está fuertemente influido por el § 3 de la ley austriaca. El Proyecto de Colonia ha optado por imputar a la persona jurídica exclusivamente aquellos delitos en los que los administradores o directivos cometan culpablemente un delito, o cuando no han impedido o dificultado un delito de un subordinado mediante su infracción de deberes. La sanción esencial es la multa (§ 4), que puede ser parcialmente suspendida. Los criterios de determinación se encuentran en el mismo párrafo en el apartado (3), adaptándose a las características de las corporaciones con un nivel de concreción mucho mayor que el existente en el Derecho vigente.

Uno de los aspectos relevantes del Proyecto es que la multa puede ser suspendida parcialmente (§ 5) siempre que existan expectativas de que se cumplan las condiciones que se impongan –esencialmente la reparación del daño causado y la implantación de medidas técnicas, organizativas y personales que sean adecuadas para evitar las contravenciones corporativas– y que en el futuro se comportará de forma fiel al derecho («*sich künftig rechtstreue verhalten wird*»). Para la suspensión, cobra especial importancia la figura de un *compliance-monitor*, que se ha adoptado

<sup>10</sup> Kubiciel y Gräbener, "Grundlinien Eines Modernen Verbandssanktionenrechts, 139.

de la tradición estadounidense. También se contempla como sanción específica la confiscación o comiso de las ganancias (§ 7).

Se deja un amplio margen para el principio de oportunidad (§ 14), si bien existe un deber de investigación para superar los inconvenientes del derecho vigente que actúa con criterios propios del derecho administrativo<sup>11</sup>.

La propuesta no supone una alternativa radical al sistema ya existente, salvo en lo referente a los procesos de reestructuración organizativa. La entidad puede ver enormemente reducido el pago de la multa si adopta medidas de reestructuración, pero la multa a la entidad sigue siendo una consecuencia accesoria (*Nebenfolge*<sup>12</sup>) del delito cometido por la persona física. Es difícil afirmar que las personas jurídicas y otras asociaciones pasen a ser sujetos de imputación, aunque su posición procesal sea ya de sujeto y no de mero objeto. Simplificando mucho la propuesta, se trata de corregir y superar ciertas deficiencias del modelo vigente, pero manteniéndolo como un modelo vicarial y de hetero-responsabilidad (*Zurechnungsmodell*), destacando que se complementa con medidas de re-estructuración o re-organización que pueden reducir el importe de la multa. Pero no es posible hablar en propiedad de *Verbandsschuld* o de *Organisationsschuld*<sup>13</sup>. Más que un delito corporativo, en puridad se trata de un delito individual vinculado a la corporación. La reducción de la multa compensa en la fase de individualización de la sanción el esfuerzo económico de la corporación con posterioridad al hecho. Se trata, en definitiva, de modernizar la solución tradicional de la OWIG (*Bussgeld* como sanción económica que no se rige por los mismos criterios de la pena de multa), enriqueciéndola con una orientación preventivo-especial (re-estructuración/re-organización) en el momento de individualización de la sanción en sentido amplio<sup>14</sup>. Pero la prevención especial

<sup>11</sup> Roxin y Greco, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 8/63 d. Este también es un objetivo expreso del Proyecto del gobierno.

<sup>12</sup> Roxin y Greco, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 8/60.

<sup>13</sup> En este sentido son correctas las críticas de Wolfgang Wohlers, "Grundlagen der Verbandsverantwortlichkeit", en Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und, (2018): 416 ss.

<sup>14</sup> Como señala Katharina Beckemper, es dudoso que la multa sea una sanción idónea para una orientación preventivo-especial como la que proponen los autores del Proyecto de

no se encuentra en la sanción pecuniaria, sino en su suspensión o en las alternativas procesales (diversión). Se trata de una combinación de enfoque utilitario, donde la multa sirve de incentivo para una cooperación de la entidad, con fines preventivo-especiales. La consecuencia es que sufrirían el coste económico al completo exclusivamente las entidades no dispuestas a cooperar, o que no sean susceptibles de re-estructuración.

## II. El modelo latino

A pesar del intenso intercambio de ideas entre las doctrinas alemana, italiana y española, el proyecto de Colonia no ha tenido en consideración la opción legislativa iniciada hace más de 20 años por el Decreto Legislativo italiano de 8 de junio de 2001, n. 231, que se fijó especialmente en ciertas tendencias del derecho australiano. Si bien este Decreto Legislativo define la responsabilidad corporativa como administrativa dependiente del delito<sup>15</sup>, el derecho penal español ha utilizado este modelo para introducir en el año 2010 la regulación de una genuina responsabilidad penal de personas jurídicas por la comisión de delitos y, poco antes, Chile, mediante la Ley 20.393, lo adoptó en una ley penal especial que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de determinados delitos.

Es de sobra conocido que en Italia ello ha dado lugar a un debate sobre la naturaleza jurídica de las sanciones, donde se habla de un fraude de etiquetas o, incluso, de un *tertium genus*<sup>16</sup>. Esta última opción emparenta la opción

---

Colonia. Es, en realidad, la suspensión la que permite dicha orientación. No es, pues, la multa la que tiene una orientación preventivo-especial, sino que es el motivo para una re-estructuración que tiene ese fin. Katharina Beckemper, "Der Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes-Sanktionen und Einstellungsmöglichkeiten", en Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und, (2018): 420

<sup>15</sup> Art. 1: Il presente decreto legislativo disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato.

<sup>16</sup> Giulio De Simone, Persone giuridiche e responsabilità da reato (Pisa: EDIZIONI ETS, 2012), 303 ss., 324 ss. y Marco Pelissero, "La responsabilità degli enti", en Manuale di diritto penale. Leggi complementari, XIV ed., II, (2018): 813 ss., ambos con ulteriores referencias. Relazione ministeriale 1.1: «Con la consecuencia di dar luogo alla nascita di un tertium genus che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemporare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia».



legislativa italiana con las últimas propuestas realizadas en Alemania que se han expuesto.

En España, si bien ha existido un intenso debate sobre si sería posible hablar de auténticas penas ("penas criminales")<sup>17</sup>, lo cierto es que las personas jurídicas han pasado a ser sujetos de imputación jurídico-penal junto a

las personas físicas, de tal manera, que no se puede imponer la pena de multa, como pena central del sistema, sin una responsabilidad propia de la persona jurídica diferenciada de la persona física y la pena es proporcional a la gravedad del hecho y a la responsabilidad de la persona jurídica en relación con el mismo. La persona jurídica tiene sus propias atenuantes y su propia eximente de responsabilidad penal diferenciada de las eximentes de la culpabilidad individual. Es importante resaltar que el Código Penal español diferencia, en general, entre una responsabilidad criminal que

<sup>17</sup> Bernardo José Feijoo Sánchez, El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad de las empresas, 2<sup>a</sup> ed. (Cizur Menor: Thomson Reuters Civitas, 2016), 33 ss.

contempla penas criminales (para personas físicas mayores de edad e imputables) y otros subsistemas que generan responsabilidad penal. Así, por ejemplo, el art. 19 CP establece que "los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código", para afirmar a continuación que "podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor". Se puede afirmar, pues, que el Decreto Legislativo italiano inició una andadura político-criminal en el año 2001, que el Derecho español adoptó (en dos fases, 2010 y 2015) de forma radical, introduciendo una responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal junto a la responsabilidad criminal de las personas físicas y que está teniendo una influencia decisiva en el ámbito latinoamericano como ha sucedido, paradigmáticamente, con el Código Penal para el Estado libre y soberano de Quintana Roo (Méjico).

Lo que se puede denominar modelo latino añade a los criterios para entender que el delito individual es también un delito de la entidad (diferenciando igual que el Proyecto de Colonia entre *soggetti in posizioni apicale* y *soggetti in posizioni subordinata*), una regulación específica de la exclusión de la responsabilidad de la corporación que permite hablar de una responsabilidad diferenciada. Esta regulación es más amplia que la mera constatación de un "hecho de conexión" e independiente de la culpabilidad de las personas físicas, aunque tenga como presupuesto la infracción individual de la norma penal (antijuridicidad penal).

Para entender el modelo resulta esencial el art. 8 d.lgs. italiano, que habla expresamente de la *autonomia delle responsabilità dell'ente*, como piedra angular. Este artículo supone una ruptura con el sistema vicarial (*par ricochet*) o de transferencia de la responsabilidad del individuo a la organización. Si bien el Código Penal español no adoptó esta referencia expresa a la responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica como hace, por ejemplo, el art. 5 de la ley chilena, la auto-responsabilidad ha sido defendida por un sector de la doctrina<sup>18</sup> y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo

<sup>18</sup> Miguel Bajo Fernández, Bernardo José Feijoo Sánchez, Carlos Gómez-Jara Díez, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, 1<sup>a</sup> y 2<sup>a</sup> ed. (Cizur Menor: Civitas Aranzadi, 2012 y 2016).

español al entender que, en el momento en que se opta por un modelo de responsabilidad penal, es ilegítima una hermenéutica que tenga como referencia un modelo vicarial o de hetero-responsabilidad en el que se transfiere a la persona jurídica la culpabilidad de la persona física. En todo caso, la reforma de 2015 manifestó expresamente el objetivo de poner fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial.

El modelo latino no parte, pues, solo de un sistema diferenciado de sanciones para la persona física y para el ente, sino que la piedra angular de tal modelo es el establecimiento de responsabilidades distintas con fundamentos autónomos<sup>19</sup>.

Una decisión como la del art. 8 d.lgs. rompe con la identificación entre individuo y organización (esta queda identificada con aquél de tal manera que la concurrencia de los elementos del delito en la persona física habilita la sanción corporativa), que da lugar a que, existiendo el hecho de conexión, la corporación responde en todo caso si el individuo es culpable (o ha infringido sus deberes con los subordinados). Gracias a la ruptura de esa identificación se superan los tradicionales problemas denominados de infra-inclusión y de supra-inclusión.

Con el denominado "problema de la infrainclusión"<sup>20</sup> se hace referencia a la imposibilidad de una responsabilidad corporativa sin responsabilidad individual. Aquella depende absolutamente de esta. Sin embargo, en el modelo latino la persona jurídica puede responder, aunque el infractor no sea culpable o, incluso, se sepa que ha existido un infractor, pero no pueda ser identificado. La responsabilidad propia de la corporación es independiente de la identificación del infractor y de su psique. Así, establece el art. 8 que "*La responsabilità dell'ente sussiste anche quando: a) l'autore del reato non e' stato identificato o non e' imputabile; b) il reato si estingue per una*

<sup>19</sup> Que va mucho más allá de lo dispuesto actualmente en el apartado 4 del § 30 OWIG.

<sup>20</sup> Bajo Fernández, Feijoo Sánchez, Gómez-Jara Díez, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, 99 ss.

*causa diversa dall'amnistia".* El art. 31 ter del Código Penal establece, por su parte, que la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito (entendido como acción típica y antijurídica) "aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella" y se añade que

la concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que lo 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 hubieran sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>21</sup>.

Esto es una consecuencia lógica de partir como principio de que la responsabilidad individual y la responsabilidad corporativa<sup>22</sup>

21 España, Código Penal, Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, art. 31 ter.

22 No se debe confundir responsabilidad corporativa (de la universitas) con responsabilidad colectiva, ya que tienen fundamentos distintos (por muchos, Katharina Krämer, "Individuelle und kollektive Zurechnung im Strafrecht", en Studien und Beiträge zum Strafrecht 2 (Tubinga: fadengeheftete Broschur, 2015), 78 ss., 329). En este sentido no sería la plantilla o una parte de la misma el sujeto de imputación jurídico-penal, sino la corporación como algo diferenciado de sus integrantes (Charlotte Schmitt-Leonardy, "Originäre Verbandsschuld oder Zurechnungsmodell?", en Grundfragen eines modernen Strafrechts (Baden-Baden: Tagungen und Kolloquien, 2017), 73 ss., sobre la empresa como actor corporativo independiente). Lo que un sector de la doctrina italiana (De Simone, Persone giuridiche e responsabilità da reato, 126, 142, 146, 152, 402; Vincenzo Mongillo, I a responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo (Turin: Giappichelli, 2018), XVII y passim) ha definido como un "soggetto meta-individuale". La multa no se impone a un colectivo, sino a una corporación y afecta al patrimonio social de ésta. En mi opinión, el problema político-crílminal que se intenta resolver con la responsabilidad corporativa no es la responsabilidad colectiva o por una "acción colectiva", sino lo contrario: la irresponsabilidad colectiva o la "irresponsabilidad organizada" (Feijoo Sánchez, El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad de las empresas, 65 ss., 71 ss.). En Derecho Penal el "nosotros" se zanja con una pena individualizada a cada uno de los integrantes del colectivo criminal, se trate de coautores o bien de personas pertenecientes a grupos u organizaciones criminales. La responsabilidad colectiva implica una suma de penas individuales que se imponen a cada individuo integrante del colectivo responsable, mientras la responsabilidad corporativa tiene como consecuencia una pena a una corporación diferenciada de los individuos que la integran o la gestionan. Es cierto que los proyectos alemanes, el Decreto Legislativo italiano y la responsabilidad penal de las personas

son autónomas y no depende una de la otra, aunque sean cumulativas. Es cierto que en la doctrina italiana ha sido objeto de vivo debate sobre si sería posible castigar a una persona jurídica sin identificar al autor individual (autor desconocido), especialmente en el caso de delitos dolosos<sup>23</sup>. La práctica jurisprudencial de ambos países ya puede aportar casos que demuestran que no se trata de una cuestión meramente teórica e inaplicable<sup>24</sup>. La multa a la persona jurídica es totalmente independiente de la culpabilidad individual. En España, es doctrina absolutamente dominante que solo se necesita como presupuesto una conducta típica y antijurídica del individuo.

El establecimiento de la autonomía de la responsabilidad corporativa también evita los problemas de supra-inclusión, sancionando a la corporación cuando ello carece de sentido. Se puede excluir la responsabilidad corporativa, aunque exista responsabilidad individual por un delito cometido en beneficio de la corporación o infringiendo los deberes de la corporación.

Este es un problema general de los modelos vicariales, aunque sean imperfectos o impuros o con elementos de auto-responsabilidad<sup>25</sup>. Dificultan que pueda declararse responsabilidad individual sin responsabilidad corporativa siempre que exista el "hecho de conexión". De esta manera, esta puede llegar hasta donde no sea merecida ni necesaria, generando una ilegítima inflación de la responsabilidad penal. Por mencionar un ejemplo obvio, el enriquecimiento injusto no ha

jurídicas en el Código Penal español abarcan diversos tipos de entidades no coincidentes, pero ello no puede ser desarrollado en el presente trabajo.

23 De Simone, Persone giuridiche e responsabilità da reato, 343 ss.; Mongillo, La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo, 343 ss., en especial 354 ss., con ulteriores referencias doctrinales y jurisprudenciales.

24 Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de diciembre de 2016 (condena al FC Barcelona por delito fiscal). España Tribunal Supremo, Sentencia 742/2018, 7 de febrero de 2018. ES:TS:2019:279. <https://lex.es/vid/765974617>.

25 Osvaldo Artaza Varela, La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013), 83 ss.; Kathleen Mitteldorf, Unternehmensstrafrecht im Kontext (Müller: Heidelberg, 2010), 97 ss.; Mongillo, La responsabilidad penale tra individuo ed ente collettivo, 311 ss.; Adán Nieto Martín, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo (Iustel: Madrid, 2008), 102 ss., especialmente 120 ss.

sido tradicionalmente un criterio de imputación jurídico-penal.

El modelo latino rompe con la idea de que la responsabilidad de la persona jurídica llega a los mismos lugares a los que llega la responsabilidad individual: si no hay culpabilidad individual no se puede castigar en ningún caso; mientras, existiendo responsabilidad individual, la consecuencia automática es que a la sanción individual se suma sin más la de la persona jurídica, sin que esta pueda alegar nada o tenga opciones (salvo en los sistemas vicariales imperfectos o impuros buscar, en todo caso, una atenuación de esa responsabilidad). No es extraño, por ello, que el derecho comparado demuestre como los modelos vicariales suelen ir evolucionando o sufriendo correcciones con base en sus propias experiencias sobre las consecuencias de un modelo vicarial puro hacia otro tipo de modelos más complejos y menos individualistas, al menos, en lo que respecta a la determinación de la pena.

Los modelos como el estadounidense que comenzaron con un modelo vicarial puro han ido evolucionando por la constatación práctica de las debilidades conceptuales del modelo. En este sentido señala Gómez-Jara Díez:

en líneas generales se puede afirmar que los fundamentos se han ido alejando de actuaciones concretas de personas físicas y la consiguiente conexión entre persona física y jurídica sobre la base de la representación y se han ido aproximando a defectos organizativos de la propia persona jurídica [...] si a principios del siglo pasado dicha responsabilidad se basaba principalmente en teorías de la representación imperantes en la época y se importaban modelos propios de derecho civil para hacer a las personas jurídicas responsables penalmente, a principio de este siglo los fundamentos pasan por los dictados de las teorías organizativas y la constatación de elementos característicos del derecho penal que se alejan de la impronta jurídico-civil.<sup>26</sup>

26 Nieto Martín, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo, 110.

Lo que se ha denominado modelo latino ha emprendido este cambio radical hacia modelos organizativos<sup>27</sup> para responsabilizar a las personas jurídicas y otras entidades similares por los delitos vinculados a ellas.

En este contexto, el modelo latino excluye la responsabilidad (no la punibilidad<sup>28</sup>) de la corporación cuando en el momento del hecho la organización disponía de un modelo de organización y gestión del cumplimiento de la legalidad eficaz y robusto<sup>29</sup>, por lo que solo debe ser responsable si en el delito cometido por la persona física o las personas físicas ha tenido influencia la ausencia del modelo o sus deficiencias. Esto está regulado de forma detallada en los arts. 6 y 7 d.lgs. italiano y fue prácticamente copiado –con pequeños matices– en la reforma española del año 2015 de la regulación de la responsabilidad penal de

27 En mi opinión, desde esta perspectiva la mayor relevancia de la conocida propuesta de Klaus Tiedemann, de "culpabilidad por defecto de organización" no va referida al fundamento de la culpabilidad, sino al cambio que representa para el sustrato de la imputación. Una gran corporación como Siemens, Deutsche Bank o Volkswagen no responde por una acción defectuosa, sino por los defectos de la organización. Pero ello todavía no nos dice cuál es el fundamento de la culpabilidad de la corporación. Si se reduce la propuesta a sancionar a la persona jurídica por un delito individual no debidamente controlado por la organización o que enriquece o padece enriquecer a la organización no se consiguen superar los inconvenientes de los sistemas vicariales. Klaus Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, 5<sup>a</sup> ed. (Alemania: Vahlen, 2017), 180 s. (nº marg. 448). Esta idea fue desarrollada en toda su radicalidad por Carlos Gómez-Jara Díez, La culpabilidad penal de la empresa (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005), 261 ss., por muchos lugares, aprovechando la peculiar teoría de los sistemas sociales autopoéticos de Luhmann. Una exposición concreta de sus planteamientos teóricos de cara a la interpretación de la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas en el Código Penal español, La culpabilidad penal de la empresa, 89 ss. y El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, 2<sup>a</sup> ed. (Navarra: Editorial Aranzadi, 2019), 192 ss.

28 Partiendo de un modelo de auto-responsabilidad y rechazando un modelo vicarial, el Tribunal Supremo español (básicas SSTS 154/2016, de 29 de febrero; 221/2016, de 16 de marzo) ha rechazado la pretensión de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 de tratar lo que el Código penal denomina "exención de responsabilidad" como algo que afecte en exclusiva a la punibilidad.

29 En la línea del Decreto Legislativo italiano de 8 de junio de 2001, n.231, que utiliza la denominación "modelos de organización y de gestión para la prevención de delitos" (art. 6), la Ley chilena nº 20.393 (2.XII.2009) habla de "modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos", el Código Penal español utiliza expresiones como "modelos de organización y gestión" o "modelos de organización y de prevención" y el Código Penal para el Estado libre y soberano de Quintana Roo se refiere a "modelos de organización, gestión y prevención". La Ley argentina 27.401 se refiere a "Programas de integridad". En Colombia la Ley 2195 de 2022 se refiere a "Programas de Transparencia y Ética empresarial".

las personas jurídicas (art. 31 bis), lo cual genera algunas disfunciones que aquí no pueden ser expuestas.

Los sistemas no son idénticos y presentan diferencias importantes<sup>30</sup>, pero lo relevante es que parten de un enfoque basado en el riesgo. Es decir, no se concretan legislativamente los controles y medidas preventivas que se deben adoptar, sino que es la propia organización, a partir de una identificación, valoración y análisis de sus riesgos penales la que debe adoptar los controles pertinentes (autorregulación regulada)<sup>31</sup>. Además de ello, se establece que existen ciertas herramientas mínimas de gestión de la legalidad que deben concurrir para que el modelo sea creíble e idóneo, como un órgano específico, canales de denuncias y obligación de informar de incumplimientos, un sistema disciplinario y un sistema de verificación y mejora continua. Las opciones para regular esta causa específica de exclusión de la responsabilidad de la corporación (diferenciada de las causas de exclusión de la culpabilidad individual) son variadas y en un trabajo de estas características no es posible profundizar en ellas, pero lo que importa es el aspecto esencial del modelo: la autonomía de la responsabilidad corporativa da lugar a exclusiones y atenuantes propias de dicha responsabilidad.

De esta manera el modelo latino aporta ventajas frente a otros sistemas de derecho comparado. Permite que la persona jurídica cumplidora (con un buen sistema de gestión de *compliance* antes del delito) no responda, aunque se cometa un delito en su beneficio o se dé el hecho de conexión, mientras la incumplidora puede ser sancionada, aunque no se condene a una persona física, gracias a que se rompe la excesiva identificación entre individuo y organización (modelo de auto-responsabilidad). La corporación no responde por culpabilidad ajena (del individuo), sino en relación con el delito cometido por la persona física, que es el presupuesto de su responsabilidad. Se trata de una responsabilidad propia, directa, cumulativa y complementaria de la individual y no de mera transferencia o de consecuencias accesorias de la responsabilidad individual. Tampoco se trata de una responsabilidad subsidiaria para cubrir carencias de la responsabilidad individual como en la regulación suiza. Responsabilidad individual y corporativa parten del mismo hecho (la infracción individual de la norma penal) –que para la persona jurídica es un presupuesto de su propia responsabilidad–, pero, a partir de ahí, difiere el fundamento de la responsabilidad.

Estas consecuencias político-criminales razonables se pueden conseguir por varias vías, pero el modelo latino presenta un sistema coherente, sin perjuicio de que las legislaciones italiana o española deban ser perfeccionadas en muchos aspectos concretos.

30 Por ejemplo, no existe en el Código Penal español una referencia como la del art. 6.3, que habilita una cooperación privado-pública: «I modelli di organizzazione e di gestione possono essere adottati, garantendo le esigenze di cui al comma 2, sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti, comunicati al Ministero della giustizia che, di concerto con i Ministeri competenti, puo' formulare, entro trenta giorni, osservazioni sulla idoneita' dei modelli a prevenire i reati». En España, donde no está regulada una intervención pública de estas características, sobre la base de los estándares internacionales ISO 19600: 2015-Sistemas de Gestión de Compliance (sustituido por ISO 37301:2021, ya certificable) y 37001:2017-Sistemas de Gestión Antisoborno, se ha desarrollado un estándar certificable UNE 19601:2017-Sistemas de Gestión de Compliance Penal. En la práctica muchas organizaciones se adaptan a estos estándares para planificar, implantar, verificar y mejorar continuamente (incluyendo la gestión del incumplimiento) los sistemas de gestión del Compliance penal con el fin de conseguir la correspondiente certificación.

En estos estándares se puede apreciar que existen instrumentos de Compliance indispensables que no están regulados en la legislación italiana/española (por ejemplo, las investigaciones corporativas internas de gran relevancia en el Proyecto de Colonia, la existencia de Códigos éticos o de conducta o la comunicación, sensibilización y formación en materia de Compliance).

31 Arts. 6, 13, 20 y 22 del Reglamento de la Ley N° 30424, que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas en Perú y que desarrolla los denominados "modelos de prevención" del art. 17 de la Ley que desarrolla.

### III. Conclusiones personales de la comparación entre el modelo germano (Proyecto de Colonia) y el modelo latino

El modelo germano asume un punto de partida clásico: las personas jurídicas no pueden ser hechas responsables de la comisión de delitos. No cabe más responsabilidad por el hecho que la individual y solo se puede construir una responsabilidad penal a partir de las características de las acciones humanas. Como los requisitos que se vienen exigiendo para la culpabilidad solo pueden concurrir en las personas físicas (responsabilidad subjetiva: dolo e imprudencia; conocimiento de la antijuridicidad, etc.), no cabe otro tipo de responsabilidad por la aparición de un delito. El modelo del Proyecto de Colonia no responsabiliza, ni penal ni administrativamente ni de otra manera, a la entidad por la aparición del hecho delictivo en el mundo. Se trata de un modelo preventivo ajeno a la responsabilidad por el hecho. La entidad sufre así unas consecuencias por una responsabilidad ajena, la de la(s) persona(s) física(s). No se trata de *Verantwortung*, sino de *Haftung*, entendiendo esta acepción como responder por algo, aunque no sea un hecho propio, mientras la primera tiene que ver ya con la responsabilidad originaria por el hecho acaecido. Este es el modelo tradicional de la OWiG, que se pretende mejorar, pero sin cambiar sustancialmente los puntos de partida. Los cambios residen en la elaboración de un nuevo sistema de individualización de las sanciones para corporaciones más complejo que el existente, pero no afecta a sus presupuestos.

La alternativa latina parte de que se puede construir un tipo de responsabilidad corporativa por el hecho distinta, que no se base en aspectos psíquicos que solo pueden concurrir en los seres humanos, sino en razones organizativo-estructurales (defecto estructural de las organizaciones). El sistema central del derecho penal sigue siendo el de las penas para personas físicas culpables, por lo que no cabe duda de que el ser humano sigue siendo el protagonista de la imputación jurídico-penal. Pero, a partir del delito individual, se pueden construir otro tipo de responsabilidades reguladas en un subsistema propio que atiende a las características de las organizaciones. La pionera regulación italiana definió dicha responsabilidad como administrativa, aunque se sustanciara en un procedimiento penal. El ordenamiento español entendió que se trata de un subsistema del derecho penal, pero siendo la responsabilidad de las personas jurídicas diferente a la responsabilidad individual, definiéndola como una responsabilidad penal pero no criminal.

En este punto, se presenta la diferencia esencial entre los modelos centroeuropoeo y latino. El modelo alemán no pretende responsabilizar a la corporación por el hecho delictivo, mientras que el modelo latino entiende que, de alguna manera, se puede responsabilidad a las corporaciones, aunque el fundamento de la responsabilidad sea totalmente distinto al de las personas físicas.

Los autores del Proyecto de Colonia entienden que podrían utilizar el término pena (como el Proyecto de Nordhein-Westfalen), ya que su uso es una decisión estrictamente política, pero que prefieren utilizar el término más genérico y neutral de sanción para mantener una distancia semántica con el derecho penal de las personas naturales –dejando claras las diferencias de principios y reglas<sup>32</sup>– y por la relevancia que se pretende otorgar a la prevención especial. El posterior Proyecto gubernativo mantuvo esta opción terminológica. Sin embargo, desde una opinión personal, la multa en dichos proyectos no cumple los criterios para ser entendida como una pena ya que no es un mal que se aplique por ser responsable de un hecho punible y, por tanto, no es proporcional a la gravedad del hecho y de la responsabilidad de la propia persona jurídica<sup>33</sup>. Esto no significa que entienda el modelo como ilegítimo o anticonstitucional, pero hay que tener claro que se trata de sanciones sin responsabilidad que no cumplen exclusivamente fines preventivo-especiales.

32 Hoven y Weigend, "Der Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes", 31.

33 Art. 11.1 Decreto Legislativo italiano. El art. 66 bis del Código Penal español establece para la multa criterios de proporcionalidad al hecho similares a los de las personas físicas (art. 66) y ambas contemplan como factores de determinación de la pena de multa la reparación y la reestructuración.

La multa se basa en un criterio de equidad o de distribución equitativa de costes porque la empresa se ha visto beneficiada, o se pudo ver beneficiada, por la comisión del delito, o porque no se cumplieron ciertos deberes que correspondían a la corporación ("ahorro de costes", "ventaja indebida"). La corporación se ha visto beneficiada, o se ha podido ver beneficiada, por el delito, o este se ha cometido en el contexto de la realización de actividades en su interés o beneficio. El "hecho de conexión" contemplado en el art. 1 del Proyecto (los criterios que permiten hablar de *verbandsbezogene Straftaten*) solo permiten una responsabilidad por las consecuencias como traslado de costes (deber de cargar con ciertos costes), pero sin que ello presuponga una responsabilidad propia de la corporación por el hecho.

Desde un punto de vista de los efectos prácticos, esto da lugar a que la única opción que tiene la corporación para librarse de la multa es que no se pueda probar el "hecho de conexión" relativo al real o potencial enriquecimiento o la infracción de deberes que correspondan a la entidad. Es decir, la corporación solo puede alegar que no existía posibilidad de enriquecimiento o que no hubo fallos de prevención, control, vigilancia o aseguramiento. Pero dándose la conexión sufrirá la multa (aunque luego se vea atenuada). La existencia de un sistema de gestión o programa de cumplimiento sólido, eficaz y robusto –incluso modélico o perfecto– no excluye la sanción. Siendo esto así, es difícil que las corporaciones lleguen a la conclusión en este contexto normativo que tiene sentido realizar importantes inversiones o esfuerzos en políticas de cumplimiento de la legalidad penal o preocuparse por el cumplimiento de las normas si su eficacia o relevancia jurídica es nula de cara a sufrir la imposición de la multa.

Por su parte, el Proyecto del gobierno señala la necesidad de superar el defecto de la OWiG al no ofrecer incentivos legalmente seguros para inversiones en *compliance*. Si basta el injusto objetivo (una situación objetivamente incompatible con el derecho: acción antijurídica que cumple los requisitos objetivos de un tipo penal) sumado al enriquecimiento o el previsible enriquecimiento o la infracción objetiva de algún deber propio de la persona jurídica, las corporaciones se verán escasamente incentivadas para gestionar el cumplimiento de la legalidad en sus organizaciones antes de que suceda algo. Si tener un buen modelo de organización y gestión de la legalidad penal o un sistema de gestión de *compliance* penal (con su órgano específico, sus recursos financieros, personales y materiales, su canal de denuncias, sus programas de formación y concienciación, su sistema de verificación, actualización y mejora continua, etc.) solo va a tener efectos para atenuar la multa acordada judicialmente, parece razonable esperar a que pase algo para implantar el modelo o el programa. Es difícil cumplir así el objetivo del Proyecto del gobierno alemán para el fortalecimiento de la integridad de la economía de estimular la implantación de los programas de cumplimiento de la legalidad penal.

El Proyecto de Colonia solo reconoce eficacia jurídica a las medidas de *compliance* para la suspensión parcial de la multa (§ 5) si se implantan *ex post facto* medidas técnicas, organizativas y personales que sean adecuadas para evitar las contravenciones corporativas y existe la expectativa de que en el futuro la corporación se comportará de forma fiel al derecho (*sich künftig rechtstreue verhalten wird*).

El modelo latino, por el contrario, pretende garantizar tal expectativa en general, no solo en la corporación que sufre la multa, por lo que la ley garantiza que un buen sistema de cumplimiento evita la sanción: la corporación únicamente responderá por el delito cometido por la persona física y, por consiguiente, solo sufrirá sanciones, si carece de un adecuado y eficaz modelo de organización y gestión del cumplimiento de la legalidad penal en el momento del hecho. Tal situación se podría dar, por ejemplo, si, aunque no haya preventido el delito, lo detecta de forma autónoma (por ejemplo, porque por la formación recibida un empleado informa de los hechos a través de un buzón ético), lo investiga y reacciona adecuadamente (despide al responsable del delito, pone los hechos en conocimiento de las autoridades y corrige los fallos puestos de manifiesto por la comisión del delito). En el modelo del Proyecto de Colonia no se acaban de apreciar las ventajas para la entidad que no solo *ex post facto*, sino ya antes de la comisión del delito, actúa de forma fiel al derecho o es un buen ciudadano corporativo.

El modelo latino establece diferencias apreciables entre ser ya una entidad cumplidora en el momento de los hechos e implantar un programa de cumplimiento *a posteriori* con el fin de rebajar la pena. De esta manera, permite que, a pesar de que puedan existir ciertos fallos de control o preventivos, la corporación no responda si, a pesar del fallo, en el caso concreto queda reflejado que dispone de una adecuada estructura o cultura de cumplimiento que convierte al delito en algo accidental y, por ello, la multa es innecesaria. Queda claro en este modelo que la corporación que se ha preocupado por una estructura o gestión de *compliance* adecuada y eficaz y ya es un buen ciudadano corporativo no será sancionada porque no es co-responsable, junto a la persona física, de la puesta en entredicho de la norma. No tiene sentido el castigo de ambos.

El Proyecto de Colonia solamente hace referencia a una expectativa de fidelidad al derecho al regular la suspensión parcial de la multa (§ 5) como un elemento de la prevención especial, por lo que dicha expectativa, a pesar de no desempeñar papel alguno como presupuesto de la sanción, acaba adquiriendo un papel central para individualizar la sanción a la corporación. Es un requisito de la suspensión que quiepa esperar que en el futuro la entidad se comportará de forma fiel al Derecho: "*Die Geldzahlung soll unter Auflagen teilweise zur Bewährung ausgesetzt werden, wenn zu erwarten ist, dass der Verband [...] sich künftig rechtstreu verhalten wird*". Dejando de lado lo curioso que resulta que se haga referencia a un comportamiento de la corporación cuando no es reconocida como sujeto de imputación jurídico-penal<sup>34</sup>, no deja de ser llamativo que se contemple como objetivo de la prevención especial una expectativa de comportamiento leal al derecho, pero que dicha referencia jurídica solo desempeñe un papel para decidir sobre la suspensión parcial de la multa, pero no ya previamente para decidir si a la persona jurídica le corresponde una pena de multa. Juega un papel en el *cómo* de la sanción, pero no en el *si*. Sería como si se dijera que para las personas físicas la prevención especial tuviera como objetivo una vida sin delitos, pero careciera de relevancia si el sujeto previamente es culpable o no de un delito. Todo esto son consecuencias lógicas del modelo adoptado.

Si se traduce la expresión *der Verband [...] sich künftig rechtstreu verhalten wird* en términos organizativos, se puede entender que se está refiriendo a una cultura de cumplimiento de la organización o a la gestión de un sistema o estructura de cumplimiento normativo. El modelo latino ya tiene en cuenta este aspecto para excluir la responsabilidad de la corporación y, por tanto, lo introduce como un elemento relacionado con el fundamento de la responsabilidad. Se debe recordar que en derecho penal se deriva el fundamento y los aspectos positivos de la culpabilidad a partir de los preceptos de la parte general de los Códigos penales que excluyen la misma. Los códigos no definen la imputabilidad o el conocimiento de la antijuridicidad, sino que regulan la exclusión de la culpabilidad en los casos de inimputabilidad o error invencible de prohibición. Si se contempla una exclusión de responsabilidad específica (aspecto negativo de la responsabilidad), ello debe tener alguna relación con el fundamento específico de la responsabilidad de las corporaciones.

El cambio sustancial que aporta el Proyecto de Colonia frente al derecho alemán vigente es que el gasto financiero que supone la multa puede ser invertido en parte en una re-estructuración, que tiene como finalidad prevenir que se vuelvan a cometer delitos o la continuidad de la actividad delictiva. En realidad, se parte de una cierta presunción *iuris et de iure* de la existencia de un déficit organizativo o estructural, con independencia de que no sea necesaria una reestructuración o la entidad no haya sido un factor criminógeno. El defecto organizativo es así algo que se presume en abstracto, pero no algo que se prueba en el caso concreto como presupuesto de la sanción.

34. Por ello la doctrina española que defiende un sistema orientado a la prevención especial prefiere hablar de una peligrosidad objetiva u organizativa.

Así, se observa más coherencia en el modelo latino, que parte de una visión institucional de las personas jurídicas<sup>35</sup> y de los operadores corporativos en el tráfico jurídico y económico, que implica una incumbencia institucional de la persona jurídica en el cumplimiento de la legalidad en el ámbito de las actividades que son propias<sup>36</sup> (que es distinta a los deberes de control de riesgos o a los deberes de diligencia en el negocio o en las actividades sociales por parte de los superiores jerárquicos) y tiene en cuenta esa incumbencia no solo para sustituir una pena de multa que se impone con criterios ajenos a una proporción a la responsabilidad por el hecho.

En este sentido, es relevante cuando el art. 7.3 del Decreto Legislativo italiano establece que "*Il modello prevede, misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio*". Se entiende que el referente al "*misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge*" sería un referente equivalente al "*sich rechtstreu verhalten*", con la diferencia de que aquel juega ya un papel para responsabilizar a la persona jurídica. En términos de sociología de las organizaciones<sup>37</sup>, se está haciendo referencia lo que se suele denominar "cultura corporativa", en concreto, a una "cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad"<sup>38</sup>. Esta no suele surgir de forma espontánea, sino que es el resultado de políticas continuadas o de un sistema específico de gestión en ese sentido<sup>39</sup>, por lo que el modelo debería estimular de forma inteligente su implantación de forma generalizada, sin esperar a que se cometa un delito. Esta visión institucional hace que la orientación político-criminal contra una "cultura corporativa criminógena"<sup>40</sup> resulte insuficiente, siendo necesario algo más exigente conforme al espíritu de los tiempos.

El Proyecto de Colonia no recoge una auténtica "*Strafbarkeit von Verbänden*", ya que la multa, como sanción esencial, no se rige por criterios de proporcionalidad al hecho asumidos como legítimos en el ámbito jurídico-penal, mientras la prevención especial únicamente juega un papel indirecto como diversión, o como medio de rebajar el pago de la multa. El estímulo tiene un alcance limitado: frente al palo del procedimiento y de la sanción tras la comisión de un delito, la corporación puede mitigar el golpe cooperando y mejorando su *compliance* con el fin de ser un *good corporate citizen*<sup>41</sup>. Pero si lo relevante, como señalan los autores del proyecto, es combatir las estructuras deficitarias y criminógenas que pueden desarrollar las corporaciones vinculadas a hechos delictivos, por qué no actuar directamente sobre esas estructuras y dejarlo a voluntad de la empresa en caso de que quiera reducir la multa cooperando.

35 En este sentido se debe entender, por ejemplo, la Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2014, que establece la obligación de empresas y grupos empresariales de divulgar información no financiera sobre la gestión de intereses públicos (cuestiones sociales y medioambientales, así como relativas al personal, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno) de forma similar a la información financiera. O la propuesta de Directiva sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad. La cuestión esencial no es ontológica, sino de cómo la sociedad concibe y trata a las organizaciones, no tanto desde la perspectiva de sus derechos, sino de sus deberes y responsabilidades.

36 El cumplimiento de la legalidad penal como cometido sería entendido como una incumbencia suprapersonal que ya no puede ser exigida a individuos concretos y que, por ello, no puede generar responsabilidad individual. Esta idea reduce todo a dos opciones político-criminales: responsabilidad corporativa (modelo latino) o irresponsabilidad corporativa con mera carga de ciertos costes (modelo germano).

37 Renate Mayntz, *Sociología de la organización* (Madrid: Alianza, 1996).

38 Sobre este concepto Bernardo Feijoo Sánchez, *La estabilización normativa como función del Derecho Penal* (Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2021), 159 ss.; Bajo Fernández, Feijoo Sánchez, Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 299 ss.

39 Bajo Fernández, Feijoo Sánchez, Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 299 ss.; Mongillo, *La responsabilidad penal entre individuo y ente collettivo*, 417 ss.; Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, "Observaciones críticas y reconstrucción del concepto de "cultura de cumplimiento"" en *Persuadir y razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, vol. II (Aranzadi Thomson Reuters: Navarra, 2018), 381.

40 Hoven y Weigend, "Der Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes", 31 («La finalidad de sancionar a la corporación tiene que ser, más que una "retribución" por los delitos cometidos, la mejora permanente de sus estructuras internas y sistemas de Compliance. La corporación debe ser incitada a crear un clima resistente a la criminalidad y a convertirse (de nuevo) en un "buen ciudadano corporativo»).

41 Me parece ciertamente exagerada la crítica a esta tendencia político-criminal (refiriéndose al proyecto de Nordhein-Westfalen) por parte de Bernd Schünemann, considerándolo una estrategia anticonstitucional, que infringe el principio de proporcionalidad y contraria al Estado de Derecho. Bernd Schünemann, "Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts-Ein kriminalpolitischer Zombie", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 1, (2014): 17 s.

Desde una óptica personal, se considera que el Proyecto de Colonia no acaba de ser absolutamente coherente en sus objetivos declarados de otorgar un papel preponderante a la prevención especial, ya que la determinación de la multa, como sanción principal, no viene determinada por las necesidades de modificar las estructuras criminógenas. Ello tiene como consecuencia que una corporación sin estructura criminógena seguiría siendo sancionada y se pueden generar situaciones en que, siendo evidente que una corporación necesita reestructurarse, opte por pagar la multa al completo en vez de cooperar. ¿Qué fines político-criminales se estarían cumpliendo en ese caso? ¿Una prevención general negativa que sería ilegítima<sup>42</sup>? Se está ante un híbrido que se entiende no funciona de forma coherente y que no permite llegar, en todos los casos, a decisiones razonables.

La base dogmática del modelo latino es la asunción de un ámbito de responsabilidad estructural diferenciada de la responsabilidad individual y que no estaría cubierta por esta. La referencia a una responsabilidad estructural vinculada a una cultura corporativa de cumplimiento de la legalidad a largo plazo en la organización ofrece un concepto que puede ayudar a desarrollar esta dimensión diferenciada de la responsabilidad. De esta manera, se superan los inconvenientes de los sistemas vicariales o quasi-vicariales: resulta inasumible en derecho penal una responsabilidad corporativa con un fundamento idéntico a la responsabilidad individual y que parta como pecado indeleble de una identificación entre responsabilidad individual y supraindividual<sup>43</sup>. La sanción corporativa no puede tener los mismos presupuestos y fundamento que la pena individual. Cuestión secundaria es la denominación de dicha responsabilidad como penal, administrativo-sancionadora o tercera vía, que depende de la Constitución de cada ordenamiento<sup>44</sup> y de las estructuras dogmáticas de cada Código Penal. De hecho, nadie puede afirmar hoy en día con rigor las diferencias prácticas y empíricas entre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y una responsabilidad administrativa a sustanciar en un procedimiento penal con adecuados mecanismos de publicidad.

La decisión básica para desarrollar un modelo de sanciones para personas jurídicas y otras

42 Véase la Nota 1.

43 Günther Jakobs, "Strafbarkeit juristischer Personen?", en *Festschrift für Klaus Lüderssen*, n.º 70 (2002): 565 s., 570 s. y *passim*, que cambió en este trabajo su posición original esbozada en su manual por no poder encontrar una responsabilidad de la persona jurídica con una fundamentación de su culpabilidad independiente de la individual siempre que no se quiera renunciar a ésta. La crítica es decisiva para los modelos de transferencia de la responsabilidad o de identificación. De acuerdo Friedrich von Freier, "Zurück hinter die Aufklärung: Zur Wiedereinführung von Verbandsstrafen", en *Golddammer's Archiv für Strafrecht* 156, n.º 2 (2009): 109; Franziska Mulch, *Strafe und andere Massnahmen gegenüber juristischen Personen. Zu den Legitimationsbedingungen entsprechender Rechtseingriffe* (Berlín: Duncker & Humblot, 2017): 68 s.; Alex van Weezel, "Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014): 622 y 642. Una revisión crítica de esta posición de Jakobs en Juan Pablo Mañalich, "Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en Derecho penal chileno", en *Revista Chilena de Derecho* 38, n.º 2 (2011): apartado 6.2. Sobre el debate alrededor de este argumento en la doctrina alemana, Schmitt-Leonardy, "Originäre Verbandsschuld oder Zurechnungmodell?", 78 s.

44 Desde una opinión personal, esta sigue siendo la crítica más sagaz contra la responsabilidad penal de personas jurídicas. Jakobs parte de que no pueden ser al mismo tiempo los individuos y las personas jurídicas responsables por el mismo hecho y expone cómo no se ha podido encontrar una responsabilidad de la persona jurídica con una fundamentación de su culpabilidad independiente de la individual siempre que no se quiera renunciar a ésta. Este autor entiende que se trata de personas, pero no personas en sentido jurídico-penal (Strapersonen) y que al Derecho Penal sólo le interesan como masa patrimonial a la que se puede hacer co-responsable de la multa (Mit-Haftung). Jakobs hace referencia a asumir un efecto, gravamen o carga jurídica sin ser responsable del hecho o de la infracción, en la línea de la ley de contravenciones (OWiG) alemana. Expone estas críticas en tiempos recientes Gerhard Wagner, "Sinn und Unsinn der Unternehmensstrafe", en *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrechts* 1 (2016): 127 ss., criticando la solución de la "Mit-Haftung". Se trata de un argumento muy potente contra los modelos de transferencia de la responsabilidad de los individuos (actuando en solitario o como órganos societarios) a las corporaciones. Pero pierde su fuerza si se puede construir una responsabilidad que ya no se puede dilucidar frente a individuos, por lo que no se transfiere.

Es cierto que, si la persona jurídica necesita que una persona física actúe en su nombre y representación, la misma acción no puede generar responsabilidad penal para el órgano o persona física que actúa y para la persona jurídica ya que lo que se imputa a la persona jurídica debe des-imputarse al órgano o individuo y lo que se entienda como culpabilidad del órgano o individuo no puede imputarse como culpabilidad de la persona jurídica. Esta potente objeción puede ser salvada si se entiende que la responsabilidad de la persona jurídica empieza donde termina la individual (responsabilidad corporativa por defecto de responsabilidad individual). De esta manera la persona jurídica responde penalmente de algo de lo que no pueden ser hechos penalmente responsables las personas físicas, ni de forma individualizada ni como colectiva (responsabilidad des-individualizada como alternativa a la irresponsabilidad colectiva). Siendo esto así, no cabe una transferencia de culpabilidad y decae la objeción de la responsabilidad por hechos ajenos. La responsabilidad penal de las personas jurídicas puede ser aceptada si aborda una dimensión estructural de la que sólo pueden responder personas jurídicas, pero nunca personas individuales.

45 No se puede ocultar la relevancia en Italia del art. 27 de la Constitución y la interpretación de su alcance. Alemania Tribunal Constitucional Federal Alemán, *Sentencia BVerfGE 123. Verfassungsgerichtshof*, 30 de junio de 2009, 413.

entidades similares por la comisión de delitos es si tiene cabida dentro de un determinado ordenamiento jurídico una responsabilidad de organizaciones en clave estructural que no se limite a la prevención especial. En caso de que se entienda que, a pesar de las crecientes exigencias para las personas jurídicas en el cumplimiento de la legalidad, no es posible tal tipo de responsabilidad, solo queda mantener la solución clásica: sanciones basadas en criterios utilitaristas o económicos en la línea del derecho de competencia o de las sanciones para sujetos obligados a la prevención del blanqueo (beneficios, ahorro de costes, ordenación del tráfico mercantil, etc.) y medidas de seguridad contra la peligrosidad objetiva (término utilizado por la doctrina para diferenciarla de la peligrosidad criminal como presupuesto de las medidas de seguridad y corrección para inimputables y semiimputables), instrumental (que pone el énfasis en la probabilidad de que la entidad pueda volver a ser utilizada para cometer hechos delictivos) u organizativa (la entidad presenta tales defectos organizativos o estructurales que se encuentra en un estado en el que es probable que vuelva a suceder lo mismo o algo similar) de la corporación como estructura o factor criminógeno (actitud criminógena de grupo o cultura corporativa criminógena<sup>45</sup>).

Así, no cabe más que combatir de cara al futuro factores criminógenos internos o estructuras deficitarias criminógenas. De hecho, la solución tradicional basada en la prevención especial o en un sistema de medidas específico<sup>46</sup> parte del presupuesto de que las personas jurídicas no puede ser hechas responsables de delitos (al igual que la sustitución en general de un derecho penal de penas por un derecho penal de medidas parte del mismo presupuesto). La fórmula del Proyecto de Colonia es aunar ambas respuestas en una ley mediante una respuesta híbrida para promover los fines preventivo-especiales (positivos) a cambio de reducción de la multa, que opera como incentivo para la cooperación.

Esta opción, perfectamente legítima, no representa un cambio significativo de los parámetros tradicionales, a diferencia del modelo latino. El modelo germano es insuficiente si se quiere promover la adopción generalizada de medidas de cumplimiento de la legalidad más allá de los tradicionales deberes de supervisión, control y vigilancia de los superiores con respecto a los subordinados en una organización, ya que los elementos organizativos-estructurales solo cobran relevancia desde el punto de vista de la prevención especial en la fase de individualización de la sanción.

Se ha buscado una traslación del modelo vicarial imperfecto que se ha ido implantando en algunos ámbitos del modelo anglosajón (responsabilidad vicarial en la que el *compliance* sirve para atenuar la pena<sup>47</sup>), propugnando un modelo vicarial (no penal) complementado con una atenuación basada en consideraciones de prevención especial positiva<sup>48</sup> (re-estructuración o re-

45 Un referente clásico de la "actitud o espíritu criminógeno de la corporación o de grupo" como argumento político-criminal Bernd Schünemann, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht* (Alemania: Heymanns, 1979): 19 ss., 30 ss., 149 ss. Sobre este fundamento de las sanciones y el desarrollo posterior de esta idea Ralf Kölbel, "Corporate Crime, Unternehmenssanktion und kriminelle Verbandsattitude", en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 11, (2014): 552 ss., con amplias referencias; Charlotte Schmitt-Leonardy, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, Heidelberg, 2013, pp. 118 ss. y Kölbel, "Corporate Crime, Unternehmenssanktion und kriminelle Verbandsattitude", 82 s., en sentido crítico. Sobre una concepción de la cultura corporativa en la línea de la actitud criminógena de Schünemann, Tobias Günther, *Die Bedeutung von Criminal-Compliance-Massnahmen für die strafrechtliche und ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndung* (Berlín: Duncker & Humblot, 2019), 48, con ulteriores referencias.

46 Baste mencionar dos referentes clásicos: Rudolf Schmitt, *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände* (Stuttgart: Versandhandel R. Wassmann, 1958) y Franco Bricola, Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, (1970).

47 Esto se formula como modelo teórico, ya que en la práctica en sistemas como el estadounidense se suele llegar a soluciones basadas en la oportunidad mediante Non Prosecution Agreements (NPA) y Deferred Prosecution Agreements (DPA). Este es también un objetivo de los Proyectos alemanes.

48 Sobre este tipo de medidas de seguridad: Claudio Kirch-Heim, *Sanktionen gegen Unternehmen. Rechtsinstrumente zur Bekämpfung unternehmensbezogener Straftaten* (Berlín: Duncker & Humblot, 2007), 46 ss., 200 ss., 234; Mulch, *Strafe und andere Massnahmen gegenüber juristischen Personen. Zu den Legitimationsbedingungen entsprechender Rechteingriffe*, 167 ss., 184 ss., defendiendo de lege ferenda para el Derecho Penal alemán la solución clásica de combinar el comiso de ganancias con la defensa frente a peligros como fines legítimos de las medidas estatales contra personas jurídicas; Del mismo modo, exponiendo varios modelos, Maren Napp, *Unternehmensstrafbarkeit und Unternehmenskurstat* (Berlín: Duncker & Humblot, 2006), 177 ss.; Athina Sachoulidou, *Unternehmensverantwortlichkeit und -sanktionierung* (2019), 577 ss.; Bernd Schünemann, "Pläoyer zur Einführung einer

organización basada en la implantación o mejora de las medidas de *compliance*), que permite una prevención-especial al margen del derecho penal<sup>49</sup>. En conclusión, no les falta la razón a los autores del Proyecto de Colonia cuando insisten en que la reacción del Estado frente a corporaciones vinculadas a un hecho delictivo se caracteriza por su orientación preventivo-especial, aunque la multa no tenga esa finalidad, sino que sea el recurso o mecanismo para que la entidad esté dispuesta a su reestructuración. Una de las finalidades esenciales del modelo es la mejora estructural de las entidades, contemplando únicamente multas elevadas para las corporaciones que no estén dispuestas, o que no se esfuerzen en la reestructuración. Este es el cambio esencial del modelo alemán que propone el Proyecto de Colonia y que ya fue implantado muchos años antes por el Decreto Legislativo italiano de una forma que se considera más coherente o integrada en sus elementos<sup>50</sup>.

No se debe olvidar el problema general de todo sistema orientado preferentemente a la prevención especial: se descuida la prevención general entendida como estabilización de normas y, al centrarse en los efectos en la persona o entidad que sufre la sanción, el modelo desatiende el cumplimiento generalizado como función del derecho penal.

Unternehmenskurstat", en *Unternehmenskriminalität. Deutsche Wiedervereinigung III* (Alemania: Colonia, 1996); el mismo, "Placing the Enterprise Under Supervision («Guardianship») as a Model Sanction Against Legal and Collective Entities", en *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities. International Colloquium* (Berlín: Duncker & Humblot, 1998, Friburgo, 1999). El Prof. Schünemann considera que la publicidad de la curatela posee, en todo caso, elementos preventivo-generales adicionales (crítico con esta idea Günther, *Die Bedeutung von Criminal-Compliance-Massnahmen für die strafrechtliche und ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndung*, 32).

49 C. Schmitt-Leonardy intenta hacer fructífera en este ámbito la idea de un *Interventionsrecht* en la línea de la escuela penal de Frankfurt (*Grundfragen eines modernen Strafrechts*, 95, con ulteriores referencias). En sentido crítico Dannecker, "Zur Ausgestaltung der Verbandsverantwortlichkeit als straf- oder verwaltungsrechtliches Sanktionssystem", 34 ss.

50 Art. 12 sobre la reducción de la pena de multa. Véase también art. 31 quater CP español.

## Bibliografía

### IV. Epílogo

El Proyecto de Colonia se conforma con la mera expectativa jurídica de que la corporación no sea un factor, estructura o estado de cosas criminógeno, considerando que no existe una incumbencia corporativa de velar por el cumplimiento de la legalidad: "un moderno Derecho de sanciones para corporaciones se legitima a partir del hecho de que las corporaciones pueden desarrollar estructuras empresariales deficitarias o, incluso, criminógenas".

El modelo del Proyecto de Colonia puede cumplir con las exigencias de la Unión Europea de sanciones corporativas efectivas, proporcionadas y disuasorias. Pero en un contexto internacional más amplio, la tendencia político-criminal a sancionar corporaciones por la comisión de delitos en lo que se ha denominado la "era compliance"<sup>51</sup> no se puede desvincular del objetivo global de estimular una mayor responsabilidad de las empresas hacia el cumplimiento de la legalidad, como medio de prevenir los delitos cometidos en su beneficio, mediante políticas o programas de cumplimiento de la legalidad penal y la gestión de una estructura de cumplimiento paralela a la del negocio en sentido estricto. Desde esta perspectiva, el Proyecto de Colonia, que solo contempla la posibilidad de excluir la responsabilidad corporativa cuando la persona de dirección desatiende con su comportamiento una indicación expresa y concreta y elude medidas de seguridad idóneas para evitar tal tipo de contravenciones<sup>52</sup>, se queda corto, por lo que se considera preferible el modelo latino.

Tampoco es satisfactorio el Proyecto del gobierno de coalición del año 2020 cuando permite suspender al completo la pena de multa habilitando un amplio ejercicio de discrecionalidad (*discretionary sentencing*), al margen de criterios de responsabilidad por el hecho. Se puede optar por una advertencia con suspensión de la multa cuando se dan conjuntamente los siguientes requisitos: i) la amonestación es suficiente, ii) las circunstancias del caso concreto hacen prescindible la multa y iii) su imposición no es obligada para la defensa del ordenamiento jurídico. En esos casos, es posible que el órgano de justicia dé instrucciones si son necesarias para prevenir hechos similares.

No se debe olvidar que los penalistas están familiarizados con un sistema que diferencia entre sujetos responsables e irresponsables, exigiendo la responsabilidad por el hecho como presupuesto irrenunciable de la multa y donde esta es proporcional a la gravedad del hecho y a la responsabilidad del que la sufre. Si no se renuncia a la lógica de la responsabilidad por el hecho, hay casos en los que la multa no solo es preventivamente innecesaria para la defensa del ordenamiento jurídico, sino que ya es inmerecida o injusta. No renunciar a esta idea parece un gran logro del modelo latino.

Alemania Tribunal Constitucional Federal Alemán. *Sentencia BVerfGE 123*. Verfassungsgerichtshof, 30 de junio de 2009.

Alemania Verfassungsgerichtshof. *Sentencia G 497/2015-26, G 679/2015-20*. Verfassungsgerichtshof, 2 de diciembre de 2016, [https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH\\_G\\_497-2015\\_Verbandsverantwortlichkeit\\_Entscheidung\\_anon.pdf](https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH_G_497-2015_Verbandsverantwortlichkeit_Entscheidung_anon.pdf).

Arroyo Zapatero, Luis Alberto y Adán Nieto Martín. *El Derecho Penal económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

Artaza Varela, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013.

Bajo Fernández, Miguel, Bernardo José Feijoo Sánchez, Carlos Gómez-Jara Diez. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1<sup>a</sup> y 2<sup>a</sup> ed. Cizur Menor: Civitas Aranzadi, 2012 y 2016.

Beckemper, Katharina. "Der Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes-Sanktionen und Einstellungsmöglichkeiten". En *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und*, (2018).

Bricola, Franco. *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*. En *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, (1970).

Bock, Dennis. *Criminal Compliance*. Alemania: Baden-Baden, 2011.

Dannecker, Gerhard. "Zur Ausgestaltung der Verbandsverantwortlichkeit als straf- oder verwaltungsrechtliches Sanktionssystem". En *Grundfragen eines modernen Strafrechts*. Alemania: Baden-Baden, 2017.

De Simone, Giulio. *Personae giuridiche e responsabilità da reato*. Pisa: EDIZIONI ETS, 2012.

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

España Tribunal Supremo. *Sentencia 742/2018*. 7 de febrero de 2018, ES:TS:2019:279. <https://vlex.es/vid/765974617>.

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

—. *La estabilización normativa como función del Derecho Penal*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2021.

Freier, Friedrich von. "Zurück hinter die Aufklärung: Zur Wiedereinführung von Verbandsstrafen". En *Golddammer's Archiv für Strafrecht* 156, n.º 2 (2009).

Frisch, Wolfgang. "Strafbarkeit juristischer Personen und Zurechnung". En *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter*. Berlin: FS Wolter, 2013.

51 Luis Alberto Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín, *El Derecho Penal económico en la era Compliance* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013).

52 El § 4 Proyecto muniques contempla la exclusión de la sanción corporativa no sólo como potestativa, sino obligatoria. Saliger et al., *Münchner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes*, § 4.

- Gómez-Jara Díez, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005.
- . *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 2<sup>a</sup> ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2019.
- Günther, Tobias. *Die Bedeutung von Criminal-Compliance-Massnahmen für die strafrechtliche und ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2019.
- Hoven, Elisa y Thomas Weigend. "Der Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes". En *Zeitschrift für Rechtspolitik* 51, n.º 2 (2018).
- Jakobs, Günther. "Strafbarkeit juristischer Personen?". En *Festschrift für Klaus Lüderssen*, n.º 70 (2002).
- Krämer, Katharina. "Individuelle und kollektive Zurechnung im Strafrecht". En *Studien und Beiträge zum Strafrecht* 2. Tübingen: fadengeheftete Broschur, 2015.
- Kirch-Heim, Claudio. *Sanktionen gegen Unternehmen. Rechtsinstrumente zur Bekämpfung unternehmensbezogener Straftaten*. Berlin: Duncker & Humblot, 2007.
- Kohlhof, Maximilian. *Die Legitimation einer originäre Verbandsstrafe. Eine straftheoretische Untersuchung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2019.
- Kölbl, Ralf. "Corporate Crime, Unternehmenssanktion und kriminelle Verbandsattitüde". En *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 11, (2014).
- Kubiciel, Michael y Mitarbeiter Niklas Gräbener. "Grundlinien Eines Modernen Verbandssanktionenrechts." *Zeitschrift Für Rechtspolitik* 49, no. 5 (2016): 137–40. <http://www.jstor.org/stable/24771411>.
- Mañalich, Juan Pablo. "Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en Derecho penal chileno". En *Revista Chilena de Derecho* 38, n.º 2 (2011).
- Mayntz, Renate. *Sociología de la organización*. Madrid: Alianza, 1996.
- Mitteldorf, Kathleen. *Unternehmensstrafrecht im Kontext*. Müller: Heidelberg, 2010.
- Mongillo, Vincenzo. *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*. Turín: Giappichelli, 2018.
- Mulch, Franziska. *Strafe und andere Massnahmen gegenüber juristischen Personen. Zu den Legitimationsbedingungen entsprechender Rechtseingriffe*. Berlin: Duncker & Humblot, 2017.
- Napp, Maren. *Unternehmensstrafbarkeit und Unternehmenskuratoriel*. Berlin: Duncker & Humblot, 2006.
- Nieto Martín, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*. Iustel: Madrid, 2008.
- Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo. "Observaciones críticas y reconstrucción del concepto de "cultura de cumplimiento"". En *Persuadir y razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, vol. II. Aranzadi Thomson Reuters: Navarra, 2018.
- Pelissero, Marco. "La responsabilità degli enti". En *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, XIV ed., II, (2018).
- Roxin, Claus y Luis Greco. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5<sup>a</sup> ed. Múnich: Beck C. H., 2020.
- Sachoulidou, Athina. *Unternehmensverantwortlichkeit und -sanktionierung*. 2019.
- Saliger, Frank, Michael Tsambikakis, Ole Mückenberger y Hans-Peter Huber. *Münchner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes*. Alemania: NStZ, 2020.
- Silva Sánchez, Jesús María. "¿"Quia peccatum est" o "ne peccetur"? Una modesta llamada de atención al Tribunal Supremo", en *InDret Penal* 1, (2021).
- Schmitt-Leonardy, Charlotte. "Originäre Verbandsschuld oder Zurechnungsmodell?". En *Grundfragen eines modernen Strafrechts*. Baden-Baden: Tagungen und Kolloquien, 2017.
- Schmitt, Rudolf. *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände*. Stuttgart: Versandhandel R. Wassmann, 1958.
- Schünemann, Bernd. *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*. Alemania: Heymanns, 1979.
- . "Plädoyer zur Einführung einer Unternehmenskuratoriel". En *Unternehmenskriminalität. Deutsche Wiedervereinigung III*. Alemania: Colonia, 1996.
- . "Placing the Entreprise Under Supervision («Guardianship») as a Model Sanction Against Legal and Collective Entities". En *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities, International Colloquium*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, Friburgo, 1999.
- . "Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts-Ein kriminalpolitischer Zombie". *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 1, (2014).
- Tiedemann, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht*, 5<sup>a</sup> ed. Alemania: Vahlen, 2017.
- Wagner, Gerhard. "Sinn und Unsinn der Unternehmensstrafe". En *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrechts* 1 (2016).
- Wassmer, Martin Paul. "La (infinita) reforma del Derecho penal empresarial". En *Revista Penal*, nº 49 (2022).
- Weezel, Alex van. "Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas". En *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- Weidenauer, Franziska. "Das neue Gesetz zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität-Paradigmenwechsel im deutschen Strafrecht oder Instrumentarium zur Sanktionierung Unschuldiger?". En *Corporate Compliance Zeitschrift* 2, (2021).
- Wohlers, Wolfgang. "Grundlagen der Verbandsverantwortlichkeit". En *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Sozialrecht*, (2018).



# EL RIESGO DE CONTAMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL CORPORATIVA EN LOS GRUPOS EMPRESARIALES: LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LA MATRIZ POR LOS DELITOS DE SUS FILIALES

The risk of contamination of corporate criminal responsibility in business groups: the attribution of criminal responsibility to the parent company for the crimes of its subsidiaries

Miquel Fortuny Cendra<sup>1</sup>

## Resumen

Las relaciones entre la sociedad matriz de un grupo y sus filiales se rigen por el principio de personalidad jurídica separada. Sin embargo, en función de la estructura y funcionamiento del grupo, miembros de la matriz pueden llegar a determinar la actuación de la filial, quedando desdibujada su aparente independencia. En dicho contexto, es cuando aparece el riesgo de atribución de responsabilidad penal a la matriz por los delitos de sus filiales, vinculado a la participación de sus miembros en la toma de decisiones o en la gestión de procesos propios de las filiales. En general, cuanto mayor sea la autonomía de la filial, menor será el riesgo de atribución de responsabilidad a la matriz.

**Palabras clave:** Responsabilidad penal matriz; Riesgo contaminación penal; Delitos filiales.

## Abstract

*Relations between the parent company of a group and its subsidiaries are governed by the principle of separate legal personality. However, depending on the structure and operation of the group, members of the parent may determine the performance of the subsidiary, leaving its apparent independence blurred. It is in this context, that the risk of attribution of criminal liability to the parent company for the crimes of its subsidiaries appears, linked to the participation of its members in decision making or in the management of the subsidiaries' own processes. In general, the greater the autonomy of the subsidiary, the lower the risk of attribution of responsibility to the parent.*

**Keywords:** Parent company's criminal responsibility; Criminal contamination risk; Subsidiary crimes.

<sup>1</sup> Abogado. Socio director de Fortuny Legal.

## 1. Introducción

Este artículo pretende ser una breve contribución al análisis del riesgo de contaminación o contagio de la responsabilidad penal corporativa en los grupos empresariales. Concretamente, el presente análisis se va a circunscribir a la posibilidad de atribuir a la matriz de un grupo la responsabilidad penal corporativa derivada de los delitos cometidos en el seno de las filiales<sup>2</sup>. Así, se trata de analizar si existe una suerte de responsabilidad penal corporativa en cascada y ascendente, de "abajo hacia arriba", producida en el contexto de un grupo empresarial, por delitos cometidos en el seno o con motivo de las actividades de una filial<sup>3</sup>. Para ello, se tomará como referencia regulatoria el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica (RPPJ) establecido por el art. 31 bis CP español.

A lo largo de los distintos escenarios planteados se comprobará cómo, a la hora de analizar el riesgo de contaminación de la matriz, incide, de manera preponderante, el mayor o menor grado de autonomía que ostenten las filiales en el ejercicio y desarrollo de sus actividades sociales. La menor autonomía de la filial, derivada de múltiples factores, comportará que la matriz pueda llegar a determinar su actuar y, en su caso, la conducta delictiva.

2 Quedan fuera del presente análisis los casos de codelincuencia producidos en el seno de un grupo. Se trata de supuestos en los que varias personas físicas, encuadradas orgánicamente en distintas sociedades de un mismo grupo, son puestas de común acuerdo para la comisión de unos mismos hechos delictivos. Piénsese, por ejemplo, en un supuesto de fraccionamiento de contratos en la contratación pública, dónde, para evitar la apertura de un proceso de licitación pública, diferentes sociedades de un mismo grupo van concatenando contratos menores con idéntico objeto, de forma coordinada y en beneficio de todas ellas.

3 También puede darse el caso inverso, "de arriba hacia abajo", es decir, que se atribuya responsabilidad penal a la filial por los delitos cometidos por parte de la matriz. No se tratarán los casos de atribución de responsabilidad criminal corporativa por actuaciones de socios de negocio (proveedores, contratistas, distribuidores, etc.) o por entidades vinculadas a la persona jurídica respecto de las cuales no se ostenta el control.

## 2. Punto de partida: el modelo de RPPJ como sistema de autorresponsabilidad y personificación jurídica individual

Desde un punto de vista empresarial, las organizaciones se estructuran de diferentes formas para conseguir sus objetivos. Algunas de ellas lo hacen como grupo empresarial, otras utilizan la figura de las sucursales, otras se apoyan en socios de negocio (distribuidores, agentes, etc.). Los motivos para optar por una u otra fórmula son diversos, desde la diversificación de riesgos de la actividad, hasta la optimización de recursos, pasando por necesidades de especialización, de internacionalización, etc.

En función de la fórmula utilizada, las consecuencias penales pueden tener distinto alcance y efectos. En el sistema español de RPPJ, la personificación jurídica es requisito para poder responder penalmente como ente. Por ejemplo, si se comete un delito por parte de una sucursal –que carece de personalidad jurídica– esta no podrá responder penalmente, sino que, en su caso, lo deberá hacer la persona jurídica de la cual depende. En cambio, si se trata de un grupo de empresa, la cuestión gana en complejidad por cuanto, en caso de cometerse un delito en su seno, no se puede imputar penalmente al grupo como tal –por carecer de personalidad jurídica–, sino que se debe individualizar la imputación entre una o varias sociedades, donde puede estar la matriz.

A nivel formal, se debe partir del hecho de que las relaciones entre empresa matriz y filial se rigen por el principio de personalidad jurídica separada<sup>4</sup>. De esta forma, a priori, constituyen entidades autónomas e independientes, aunque desde un punto de vista material no siempre es así. En efecto, las decisiones y actuaciones de las filiales pueden venir determinadas materialmente por la matriz del grupo<sup>5</sup>. De ahí, el riesgo de contaminación o contagio a la matriz y sus efectos: responsabilizarla exclusivamente del delito cometido por la filial, o de forma conjunta con esta. Incluso, en algunos supuestos, las filiales pueden ser concebidas como meros instrumentos para diluir/eludir las responsabilidades penales de la matriz.

Por su parte, el Código Penal español no contempla a los grupos de empresa como posibles sujetos activos de los delitos corporativos<sup>6</sup>. De hecho, los excluye del régimen de RPPJ y los incluye en el régimen de consecuencias accesorias del art. 129 CP, aplicable a entes sin personalidad jurídica<sup>7</sup>. El único precepto que hace referencia a una suerte de responsabilidad penal corporativa

4 Sobre conflictos de intereses entre matriz y filial, véase la importante STS de 11/12/2015 (Sentencia Núm. 695, Rec. 2141/2013). Dicha sentencia resuelve una acción social de responsabilidad interpuesta por uno de los socios de la filial, contra sus administradores, por haber traspasado la clientela de la sociedad filial española a la matriz francesa, concluyéndose que, con ello, causaron un daño patrimonial a la filial y sus socios. La sentencia destaca que el interés del grupo no debe anteponerse al de la filial, para justificar la actuación de los administradores, por cuanto éstos deben velar por el interés de la sociedad que administran, absteniéndose de causarle perjuicios, incluso cuando actúan alineados con otros intereses, como podrían serlo los denominados "intereses del grupo".

5 A nivel administrativo, por ejemplo, el art. 61.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, modificada por el RD 7/2021, de 27 de abril, establece que no habrá responsabilidad conjunta cuando la actuación o el comportamiento de la sociedad controlada no venga determinada por la sociedad dominante: "A los efectos de la aplicación de esta ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas".

6 Al respecto se pronuncia, Gonzalo Quintero Olivares al afirmar "Examinada la legislación española se observa que el problema no fue contemplado por el Legislador y, además, se percibe, en el lenguaje legal, que la norma no está concebida no ya para «grupos de empresas», sino ni siquiera para la empresa que está controlada por otra. Además, hay que recordar que la interpretación extensiva, a la que habría que acudir para justificar la extensión al grupo, sería «contra reo» (aunque el reo fuese un ente) y, por lo mismo, rechazable". Gonzalo Quintero Olivares, "Los Códigos de buenas prácticas y la transmisión de responsabilidad penal de las personas jurídicas a los grupos de empresas", en Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín. Parte III Academia (España: Aranzadi Thomson Reuters, 2018).

7 Art. 129 CP "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

"compartida o subrogada" sería el art. 130.2 CP, al tratar la transmisión de la responsabilidad penal en casos de modificaciones estructurales (transformación, fusión, escisión).

La responsabilidad penal corporativa se funda, como presupuesto ineludible, en la comisión de un hecho de conexión por parte de personas físicas. Dicho hecho de conexión –típico y antijurídico– deberá ser un delito de los incluidos dentro del catálogo cerrado de delitos del art. 31 bis CP y, además, debe haber sido realizado por personas físicas actuando en nombre o por cuenta de la persona jurídica o en el ejercicio de las actividades sociales, y en beneficio directo o indirecto de esta.

Las vías de imputación por el hecho de conexión son dos: los delitos cometidos por el *top management* (art. 31 bis 1 a) CP), o por parte de los subordinados (art. 31 bis 1 b) CP). Ahora bien, en ambos casos se requiere la contribución o participación en el delito de un sujeto perteneciente al *top management* de la persona jurídica, bien por hechos atribuibles a estos, bien por el incumplimiento grave de sus obligaciones de supervisión, vigilancia y control sobre sujetos sometidos a su autoridad<sup>8</sup>.

Además, ello no es condición suficiente, sino que, por razones del principio de culpabilidad, debe sumársele un hecho propio de la persona jurídica, esto es, un defecto de organización que haya facilitado la comisión del delito.

Por tanto, conceptualmente, exigencias derivadas del sistema de RPPJ impiden hacer responsable a la matriz por el control formal sobre la filial<sup>9</sup>. Ello supondría aplicar a la matriz una responsabilidad vicaria respecto del delito cometido por la filial. Para lograr imputar a la matriz, se debe ir más allá y analizar qué tipo de influencia o intervención ha podido tener en la configuración del delito de la filial. El tipo de intervención de la matriz dependerá, en gran medida, del grado de autonomía que ostente la filial.

La participación o intervención en el hecho delictivo de la filial vendrá de la mano de sujetos pertenecientes al *top management* de la matriz. Deberá consistir en una aportación penalmente relevante para la configuración del delito, ya sea por acción o por omisión, dolosa o imprudente, subsumible en alguna de las dos vías de imputación del art. 31 bis 1 a) o b)<sup>10</sup>. El tipo de participación responderá a una circunstancia principal: cómo se encuentra estructurado y organizado el grupo a nivel interno.

---

actividad, aunque sea lícita".

8 La posibilidad de responder como persona jurídica por el hecho delictivo de otro sujeto -persona física- requiere (i) la realización de un hecho de conexión por parte de personas físicas en el que haya intervenido, de forma activa u omisiva, alguna de las personas que lideran la persona jurídica (*top management*); (ii) que éste sea realizado actuando en nombre o por cuenta de la persona jurídica; (iii) un beneficio, directo o indirecto, para la persona jurídica por cuenta de la cual se actúa. Para ello, el CP español establece dos vías de imputación. La primera, cuando el delito es cometido por los máximos responsables, personas con capacidad de decisión, organización y control, que actúen en nombre o por cuenta de la persona jurídica (art. 31.1 bis a) CP). Y la segunda, cuando el delito es cometido por infringir gravemente los máximos responsables sus deberes de supervisión, vigilancia y control, sobre los subordinados que, bajo su autoridad, han podido cometer el hecho delictivo (art. 31.1 bis b) CP). Es decir, los subordinados por si solos no son capaces de arrastrar la responsabilidad penal de la persona jurídica, requieren de una acción u omisión de los máximos representantes de la persona jurídica.

9 "Una sociedad aparentemente subordinada o dominada puede disponer de autonomía decisoria y de actuación en el mercado, por razones que no es del caso analizar. Cuando eso sucede es improcedente plantear la posibilidad de que los delitos que en ella se cometan puedan alcanzar a la empresa aparentemente superior. Del mismo modo, tampoco será exigible que en el modelo de organización y control de la empresa «superior» se incluyan las reglas de control sobre una sociedad que actúa de modo independiente". Quintero Olivares, "Los Códigos de buenas prácticas y la transmisión de responsabilidad penal de las personas jurídicas a los grupos de empresas".

10 Sobre la admisión de las distintas formas posibles de participación en el delito previstas en el CP, como configurativas del hecho de conexión atribuible posteriormente a la jurídica, se encuentran en la doctrina posiciones a favor como la de Bernardo Feijoo Sánchez, "La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal", en Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, 2ª Edición (España: Aranzadi Thomson Reuters, 2016), 71. También a favor, Mir Puig, objeto de cita por el autor anterior.



### 3. Cuatro posibles escenarios de riesgo de atribución de responsabilidad penal de la matriz en un grupo

Con carácter general, cuanta menos autonomía tenga la filial, mayor riesgo de contaminación para la matriz.

Dentro de los riesgos penales asociados al organigrama funcional de una persona jurídica, se encuentran, fundamentalmente, tres capas: la relacionada con la estructura de gobierno corporativo (órgano de administración o de gobierno), la de *management* (alta dirección, mandos intermedios con capacidad de decisión, organización y control de procesos), así como la derivada de la estructura productiva (resto del personal o subordinados). De manera general, el riesgo de contaminación para la matriz se vinculará a las funciones que, dentro de las tres capas anteriores, ejerce su *top management*.

Sin perjuicio de la multiplicidad de situaciones que pueden producirse, este análisis se centrará en cuatro posibles escenarios. A saber:

- El dominio y control material sobre la actividad de la filial ejercido por la matriz (unidad económica o de dirección);

- La participación de miembros del *top management* de la matriz en los órganos de administración de las filiales;

- El ejercicio de facultades de organización y gestión sobre los procesos de negocio de la filial por parte de miembros del *top management* de la matriz;

- El ejercicio de facultades de supervisión de riesgos penales.

### **3.1 El dominio y control material sobre la actividad de la filial ejercido por la matriz (unidad económica y/o de dirección)**

El primer escenario se plantea cuando la filial carece de autonomía financiera y/u organizativa y se encuentra sujeta materialmente al poder de dirección y organización de la matriz. En estos casos, las actuaciones de la filial obedecen al poder de dirección y gestión de sujetos encuadrados en el *top management* de la matriz, limitándose el personal de la filial a ejecutar sus decisiones. Se trata de escenarios próximos a la figura de la administración de hecho o a la del dominio funcional, en los que la matriz determina por completo el comportamiento de los miembros de la filial<sup>11</sup>.

En estos casos, en la configuración del hecho delictivo (hecho de conexión) suelen concurrir empleados/directivos de la filial, junto con miembros del *top management* de la matriz. No obstante, la ausencia de autonomía de la filial comportará que, en la configuración del hecho delictivo, sea mucho más relevante la aportación de los miembros de la matriz, con lo que el riesgo de atribución de responsabilidad penal a esta –en exclusiva o conjunta con la filial– será crítico en estos escenarios<sup>12</sup>.

11 En este sentido se pronuncia Ramón Miguel García Albero, "Para evaluar la extensión a la dominante de responsabilidad por delito imputable a una sociedad controlada -filial-, debe no obstante partirse del caso concreto, y verificar si efectivamente el holding ejerce sobre la controlada un control de hecho tan incisivo que permita afirmar que ésta constituye un mero apéndice de la primera y que por ello los órganos de administración de la filial carecen de auténtica autonomía de gestión". Ramón Miguel García Albero, "Responsabilidad penal y compliance en los grupos de empresas", en Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019).

12 En sentido análogo, se puede traer a colación la doctrina americana relativa a la figura del "respondeat superior", contextualizada a la posible responsabilidad de la matriz por actos de la filial. Destacan las conclusiones que al respecto realiza Mª Ángeles Villegas García, "El segundo criterio conforme al cual podrá exigirse responsabilidad penal a una entidad matriz por los delitos cometidos en el seno de una de sus filiales, como también se deriva de las declaraciones del Tribunal en Commonwealth v. Beneficial Finance Co, será considerar que, a pesar de ser formalmente dos entidades distintas, materialmente son una sola, siendo su interrelación tan intensa que, en realidad, los empleados de la matriz lo son de la filial. De esta manera si un grupo de entidades tienen un mismo titular y están bajo una misma dirección, los Tribunales pueden ignorar las fronteras entre una y otra, evitando así que se pueda eludir responsabilidad constituyendo sucesivamente distintas

Este contexto de riesgo crítico suele ser bastante frecuente en entornos PYME, en los cuales, la necesidad de racionalizar recursos, el reducido tamaño del grupo, el poco volumen de facturación de las filiales, y/o la poca diversificación de líneas de actividad, entre otros, comportan la existencia de una "unidad económica y/o de dirección" con la matriz. En tales circunstancias, las filiales funcionan como meros departamentos operativos de la matriz, con lo cual el riesgo de imputación de la matriz es casi tan alto como si el delito se cometiera en su propio seno.

### **3.2 La participación de miembros del *top management* de la matriz en los órganos de administración de las filiales**

Cuando se hace referencia a un grupo o *holding* empresarial, la sociedad matriz ostenta todas o la mayor parte de las acciones o participaciones sociales de las filiales. La matriz, en tal condición, tiene la facultad de nombrar a los miembros de los órganos de administración de las filiales, sean unipersonales o colegiados (consejo de administración). En ocasiones, la administración societaria la ostenta una persona jurídica, la cual designa una persona física para su ejercicio. Cuando ello ocurre, dicha representación se ejerce en nombre y por cuenta de la filial administrada, pero también en nombre y por cuenta de la sociedad administradora<sup>13</sup>.

entidades. Se trataría de «levantar el velo entre corporaciones», para alcanzar así a aquella que realmente es titular de las demás y controla su actividad. Para ello, de conformidad con la doctrina jurisprudencial expuesta, podrían tenerse en cuenta los siguientes factores: a) que una de las entidades ostente la titularidad de todo o la mayor parte del capital de la otra o que ambas tengan un mismo titular; b) que exista una confusión entre los equipos directivos, de manera que uno o varios de ellos ocupen puestos similares en ambas sociedades; c) que estos equipos directivos actúen coordinadamente; d) que las distintas entidades estén especializadas en el ejercicio de una concreta parcela de la actividad que desempeñan, de manera que no podrían sobrevivir por separado; y, e) que todas ellas ostenten una «representación pública» común, actuando ante terceros como una sola empresa o familia". Mª Ángeles Villegas García, La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos (Pamplona: Editorial Aranzadi, 2016), 185.

13 Respecto a la posibilidad de responsabilidad en cascada vinculada a la condición de administradora de otra persona jurídica, destaca la Circular 1/2011 FGE como "la responsabilidad penal de la persona jurídica es autónoma, podrá responder también cuando su administrador sea otra persona jurídica a la que, a su vez, le sea de aplicación el art. 31 bis del Código Penal.

La responsabilidad penal de una persona jurídica por un delito cometido por sus administradores se produce por la vía de imputación del art. 31 bis 1 a) CP (*top management*). Si el delito es atribuible a la participación de sujetos que actúan formalmente como administradores de la filial, encuadrados orgánicamente en la matriz –administradores a su vez de la matriz o ejecutivos de la misma–, podrán arrastrar con su actuación a la matriz del grupo, siempre que, además, concurren el resto de los requisitos exigibles para que se produzca la responsabilidad penal corporativa de esta.

No se pueden orillar los casos en los que miembros de la matriz, adscritos al art. 31 bis 1 a) CP, ejerzan como administradores de hecho de la filial<sup>14</sup>. Serían supuestos en los que, pese a la existencia formal de administradores en la filial, se produce la asunción de *facto* del ejercicio del cargo de administrador por parte de sujetos del *top management* de la matriz, o bien ejercen el dominio funcional sobre la administración formal de la filial<sup>15</sup>.

Por otro lado, el mero hecho de ostentar el cargo de administrador no debería suponer, por sí mismo, un riesgo de imputación de la matriz. Ello es así por cuanto está vedada por nuestro derecho penal la responsabilidad objetiva o derivada del cargo. Se requiere algún tipo de participación material en el hecho delictivo, sea por acción o por omisión, dolosa o imprudente,

Así pues, cabrá la atribución de responsabilidades penales de personas jurídicas en cascada o en contextos propios del *holding* empresarial. Aun cuando el párrafo segundo del apartado primero del art. 31 bis se refiere a los administradores y representantes legales como personas físicas, ello no implica la imposibilidad –conforme al principio de legalidad penal– de imponer una sanción a una persona jurídica administrada o representada por otra persona jurídica, por cuanto como hemos repetido, en el modelo adoptado, quienes ejecutan la acción delictiva son siempre personas físicas, de cuyos delitos se podrá, en su caso, hacer responder a las personas jurídicas en cuyo provecho se cometieron".

14 Si bien fue anulada la referencia a administradores de hecho como sujetos capaces de cometer el hecho de conexión ex art. 31 bis 1 a) CP, la alusión a sujetos que tengan capacidad de decisión, organización y control, permite seguir considerando la posibilidad de arrastrar a la persona jurídica con su actuación.

15 "Esto significa lo siguiente: el administrador de hecho actúa por cuenta de la filial cuando imparte instrucciones ilícitas, pero también por cuenta de la matriz, en donde se inserta orgánicamente. En consecuencia, nada impediría deducir responsabilidad penal a la matriz misma (y probablemente de forma exclusiva, si pena de incurrir en bis in idem)". García Albero, "Responsabilidad penal y compliance en los grupos de empresas", 281.

por parte del administrador. Por tanto, el intento de imputar a un miembro de la matriz por un delito de la filial, por el simple hecho de ostentar la condición formal de administrador de esta, debería ser rechazado de plano.

Si se centra el enfoque en los procesos o actividades que pueden comportar situaciones de riesgo para la matriz, por actuaciones de miembros que a su vez ejercen de administradores de la filial se pueden destacar, por un lado, actos, instrucciones, acuerdos o decisiones adoptadas o ejecutadas como miembros de los órganos de administración y, por otro, la de los incumplimientos graves de las obligaciones de control y supervisión de los riesgos relacionados con las actividades de la filial (posición de garante). Siempre, claro está, que pueda predicarse la obtención de algún beneficio para la matriz y el resto de los requisitos necesarios para que opere la responsabilidad penal corporativa.

### **3.3 El ejercicio de facultades de organización y gestión sobre los procesos de negocio de la filial por parte de miembros del *top management* de la matriz**

Los escenarios de riesgo que potencialmente pueden producirse están relacionados con las funciones de gestión, control y supervisión ejercidas por miembros del *top management* de la matriz, sobre procesos de negocio de las filiales. Dependiendo de cómo se encuentre estructurado el grupo, cohabitarán procesos transversales y comunes al *holding*, con otros singulares y normalmente relacionados con las operaciones de negocio de la filial.

Los procesos transversales son habitualmente gestionados desde la matriz, que actúa a modo de proveedora de un servicio corporativo prestado a sus filiales, a cambio normalmente del pago de un precio (*management fees*). Ejemplos de procesos transversales pueden ser los relacionados con recursos humanos, finanzas, tecnología, marketing y comunicación, asesoría jurídica, etc. Este esquema organizativo suele producirse con mayor frecuencia en grupos que actúan en entornos con similar regulación, o que ejercen

actividades análogas o complementarias, o cuando las filiales simplemente carecen de estructura suficiente, entre otros posibles motivos. Si miembros de la matriz gestionan procesos transversales, por cuenta de las filiales, el riesgo de contaminación, asociado a dichos procesos, debe evaluarse correctamente y en función de múltiples variables.

Si desde la matriz se lleva el ciclo integral de un proceso transversal –gestión, control y supervisión–, el riesgo de contaminación de esta, ante la comisión de un delito corporativo en el marco de dichos procesos de la filial, es muy alto. Ello es así porque, en dicho contexto –gestión, control y supervisión–, la matriz asume el riesgo de atribución de RPPJ por sendas vías de imputación: art. 31 bis 1 a) y b) CP (*top management* y subordinados). En cambio, si la intervención de la matriz sobre un proceso transversal se reduce a su supervisión, llevándose la gestión y control de este directamente por miembros pertenecientes a la filial, la vía de imputación quedaría en teoría circunscrita al incumplimiento grave de sus obligaciones de supervisión sobre los miembros de la filial que gestionan y controlan en primer término dicho proceso (ex art. 31 bis 1 b) CP).

Por el contrario, si la filial es quien lleva el ciclo integral del proceso transversal en cuestión, a través de sujetos pertenecientes a la misma, ostentará autonomía operativa y ello comportará la supresión del riesgo de contaminación a la matriz. En dicho contexto, la filial asume el rol de primera línea de defensa o de primera barrera de contención de riesgos penales asociados<sup>16</sup>. En estos casos, la matriz circunscribirá su riesgo al ejercicio de su rol de sociedad cabecera del grupo: supervisión, coordinación y dirección general de todas las actividades a nivel del grupo en su conjunto<sup>17</sup>.

16 Sobre el modelo de las tres líneas de defensa puede consultarse la publicación abierta del Instituto de Auditores Internos <https://na.theiia.org/translations/PublicDocuments/PP%20The%20Three%20Lines%20of%20Defense%20in%20Effective%20Risk%20Management%20and%20Control%20Spanish.pdf>.

17 García Albero, destaca la imposibilidad de atribución de responsabilidad penal a la matriz, cuando no participan en el hecho de conexión sujetos pertenecientes a la matriz "Adicionalmente, dado que el art. 31 bis CP parte de un sistema de responsabilidad penal que exige también elementos propios de un sistema de atribución o vicarial -condición necesaria aunque no suficiente-, a saber, el vínculo entre la persona física

Por lo que respecta a los procesos singulares –los vinculados a la operativa desarrollada por la filial, producto o servicio fundamentalmente–, se extienden las consideraciones anteriores acerca del mayor o menor riesgo de contaminación en función del tipo de participación del *top management* de la matriz en las distintas fases del ciclo integral del proceso (gestión, control y supervisión). Por especialización derivada de los procesos de negocio, lo común será que la gestión, control y supervisión de los procesos singulares se lleve directamente desde la filial. No obstante, en algunos casos, desde la matriz se llevan a cabo labores de asesoramiento y/o consultoría a las filiales, I+D, supervisión y/o coordinación de equipos, *project management* de determinados proyectos, etc. Dentro de este marco, el riesgo potencialmente derivará de errores graves en relación con el ejercicio de dicha supervisión de alto nivel, o bien de la toma de decisiones que luego encuentren su reflejo en la ejecución de los procesos singulares de la filial.

Por otro lado, la contribución o intervención de miembros de la matriz en el delito de la filial debe ser penalmente relevante, quedando al margen actos neutrales o contribuciones meramente accesorias o superfluas. Desde una opinión personal, ello –abstracción hecha de acciones u omisiones dolosas– es coherente con el hecho de no castigarse penalmente los incumplimientos leves de las obligaciones de supervisión, vigilancia y control, ex art. 31 bis 1 b) CP.

En consecuencia, cuanto más alejada esté la matriz de la primera barrera de contención de los riesgos penales asociados al negocio de la filial (primera línea de defensa), la posibilidad

responsable y la sociedad implicada (administradores, directivos o empleados de una concreta sociedad), no parecería posible la extensión de la responsabilidad criminal a la sociedad dominante cuando el delito se ha sido cometido única y exclusivamente por administradores o empleados de la filial, y no de la sociedad matriz". García Albero, "Responsabilidad penal y compliance en los grupos de empresas", 278.

Y en idéntico sentido, el mismo autor, "Al contrario de lo que sucede con los supuestos de responsabilidad derivada de la letra a) del art. 31 bis CP, cuando se trata de delitos cometidos por dependientes sometidos a la autoridad de la sola filial (rectius, de sus dirigentes), no es posible en principio transferir responsabilidad penal a la matriz. Esto sólo podría suceder en caso de que la filial careciese de todo sustrato societario y pudiese verse, nuevamente, como una simple sociedad pantalla de la dominante (alzamiento del velo)". García Albero, "Responsabilidad penal y compliance en los grupos de empresas", 293.

de realizar una aportación relevante al delito cometido se verá significativamente diluida.

### 3.4 El ejercicio de facultades de supervisión de riesgos penales

La función de *compliance* penal –personificada en la figura del *compliance officer*– conceptualmente está pensada para llevar a cabo la supervisión del modelo de prevención de delitos corporativos, debiendo gozar de autonomía e independencia suficientes. La función de *compliance* penal constituye la denominada segunda línea de defensa o segunda barrera de contención de riesgos penales vinculada a los procesos del negocio. Uno de los aspectos que se desprenden del art. 31 bis 2<sup>a</sup> CP es que el órgano encargado de la vigilancia y supervisión del modelo debe estar integrado en la persona jurídica. El CP menciona literalmente que deberá ser "un órgano de la persona jurídica", como también lo interpreta en este sentido la Circular 1/2016 de la FGE, de 22 de enero de 2016<sup>18</sup>.

Según considera la citada Circular 1/2016 de la FGE, el *compliance officer* forma parte del elenco de sujetos integrantes del *top management* de la persona jurídica (art. 31 bis 1 a) CP)<sup>19</sup>. Ello viene corroborado por el CP

18 "El oficial de cumplimiento debe necesariamente ser un órgano de la persona jurídica, lo que facilitará el contacto diario con el funcionamiento de la propia corporación. Ello no implica que este órgano deba desempeñar por sí todas las tareas que configuran la función de cumplimiento normativo, que pueden ser realizadas por otros órganos o unidades distintos al específico de cumplimiento normativo, como la unidad de riesgos, la unidad de control interno, el servicio de prevención de riesgos laborales o el de prevención del blanqueo. Lo esencial será que exista un órgano supervisor del funcionamiento general del modelo, que deberá establecer claramente el responsable de las distintas funciones y tareas. Tampoco existe inconveniente alguno en que una gran compañía pueda recurrir a la contratación externa de las distintas actividades que la función de cumplimiento normativo implica. Carecería de sentido y restaría eficacia al modelo imponer a una multinacional la realización y control interno de todas las tareas que integran la función de cumplimiento normativo. Lo verdaderamente relevante a los efectos que nos ocupan es que la persona jurídica tenga un órgano responsable de la función de cumplimiento normativo, no que todas y cada una de las tareas que integran dicha función sean desempeñadas por ese órgano". España Fiscalía General del Estado, Circular 1/2016. Boletín Oficial del Estado, 22 de enero de 2016. Referencia: FIS-C-2016-00001, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2016-00001>.

19 "c) Quienes "ostentan facultades de organización y control". La expresión engloba a un potencialmente alto número de cargos y mandos intermedios que tengan atribuidas tales facultades, entre ellas las medidas de vigilancia y control para

cuanado establece que el *compliance officer* debe tener "poderes autónomos de iniciativa y de control" (art. 31 bis 2<sup>a</sup> CP), casando perfectamente con la idea de que los sujetos del art. 31 bis 1 a) CP deben tener capacidad de organización y control dentro de la persona jurídica para poder arrastrarla con su actuación.

Debido a que el CP regula la RPPJ desde un punto de vista de personificación singular, no queda claro si existe la posibilidad de ejercicio del cargo de *compliance officer* con respecto a personas jurídicas a las cuales no se pertenece orgánicamente. Por ejemplo, estos serían los casos en los que el *compliance officer* de la matriz ejerza a su vez el mismo cargo para las filiales.

Sentadas las anteriores consideraciones, el análisis se centrará en los riesgos de atribución de responsabilidad penal a la matriz en función de cómo se estructure organizacionalmente la función de *compliance* penal en el seno de un grupo.

El primer escenario planteado es el de aquellos supuestos en los que el *compliance officer* se encuentra orgánicamente adscrito en la matriz y ejerce el cargo para matriz y filial, simultáneamente. Esta situación supone un riesgo muy alto de contaminación para la matriz, habida cuenta que los sujetos encuadrados en su *top management* están asumiendo –en este caso, el *compliance officer*– el dominio y el ejercicio de la segunda línea de defensa, así, la matriz asume las eventuales consecuencias derivadas de un ejercicio insuficiente de la función de *compliance* penal en el marco de la filial.

En la práctica, este escenario obedece a una estructura centralizada de la función de *compliance* penal dentro del grupo, pudiendo ser considerado un servicio corporativo más de los que presta la matriz a la filial. La asunción del riesgo por la matriz es análoga a la que resulta de la gestión, control y supervisión de un proceso transversal.

prevenir delitos. Esta nueva redacción amplía y define mejor la posición de garante en la empresa, utiliza un lenguaje más adecuado a las categorías de imputación y establece con mayor precisión el hecho de conexión que genera la responsabilidad penal de la persona jurídica lo que permite, como consecuencia más relevante, incluir en la letra a) del art. 31 bis 1 al propio oficial de cumplimiento (*compliance officer*). España Fiscalía General del Estado, Circular 1/2016.

El segundo escenario de contaminación se podría dar cuando la filial dispone de su propio órgano o función de *compliance* penal, y este se encuentra bajo la supervisión y coordinación global de la función de *compliance* penal del grupo. Ello supone un ejercicio de diligencia debida por parte de la matriz del grupo, al impulsar y supervisar la efectiva implantación de los modelos de *compliance* penal en las filiales.

A diferencia del caso anterior, aquí el modelo no sería centralizado, sino que obedecería a un modelo híbrido: la función de *compliance* de la matriz no asume las funciones de *compliance* penal de la filial, sino que realiza un seguimiento general o supervisión de alto nivel de los modelos de prevención de delitos de las filiales.

En este contexto, a diferencia del modelo centralizado, la probabilidad de atribución de responsabilidad penal a la matriz es bastante menor, al no asumir la posición de segunda línea de defensa. Al operarse el modelo de prevención de delitos desde la filial, con autonomía en la gestión, los incumplimientos graves normalmente serán atribuibles a la función de *compliance* penal de esta. Con ello, la eventual atribución de responsabilidad penal a la matriz se limitará a aquellos incumplimientos graves vinculados con su obligación de supervisión global, y siempre que puedan considerarse relevantes en relación con el concreto delito cometido.

Un tercer modelo de estructuración de la función de *compliance* penal en el seno de un grupo sería el descentralizado. En dicho modelo, la matriz no asume rol alguno con respecto al modelo de prevención de delitos de la filial, ni lleva a cabo una supervisión o coordinación global entre las distintas filiales del grupo. La independencia de las filiales es total, siendo estas las únicas que asumirán las consecuencias que se deriven de un ejercicio insuficiente de las funciones de *compliance* penal, o bien de la ineficacia del modelo de prevención de delitos. Sin embargo, a nivel internacional, especialmente en el ámbito anglosajón, parece ganar más terreno la tendencia a exigir a las matrices mayor control con respecto al cumplimiento penal de sus filiales, incluso si se trata de modelos de *compliance* totalmente descentralizados.

## 4. Defecto de organización y beneficio directo o indirecto para la matriz

La participación de la matriz en el hecho de conexión de la filial constituye presupuesto necesario, pero no suficiente, para determinar su responsabilidad penal. La concurrencia añadida de un defecto de organización es una exigencia derivada del sistema de autorresponsabilidad de la persona jurídica. Sin ello, la matriz no podrá resultar penalmente responsable.

Desde una perspectiva personal, se debe señalar que el defecto de organización imputable a la matriz vendría determinado por una falta de diligencia en relación a la identificación de los procesos de riesgo de las filiales, así como por la inexistencia o ineficacia de medidas de prevención y control concretas dirigidas a su mitigación. El control que formalmente ejerce la matriz sobre la filial le permite exigir la implantación de medidas de prevención de delitos sobre los procesos y actividades que, en mayor o menor grado, comparte con las filiales<sup>20</sup>.

Esta posición de control sobre la filial debe permitir a la matriz exigir la implantación de medidas de prevención y control sobre los procesos compartidos. En este sentido, en la UNE 19601 (sistemas de gestión de *compliance* penal) se encuentran referencias sobre la necesidad de implantar medidas de diligencia debida respecto a las entidades controladas<sup>21</sup>.

20 "Sabemos que la RPPJ no solo nace de los actos de los directivos, sino que también puede proceder del descontrol sobre los empleados. Pero eso nos lleva, en el problema que analizamos, a exigir que el programa de organización y control de la empresa dominante haya incluido el control sobre la existencia y correcta aplicación del programa propio de la empresa dominada. Si esas condiciones se cumplen, será difícil que pueda producirse la extensión de responsabilidad". Quintero Olivares, "Los Códigos de buenas prácticas y la transmisión de responsabilidad penal de las personas jurídicas a los grupos de empresas".

21 Entidades bajo control "En aquellas entidades bajo su control, la organización (3.20) debe implantar procedimientos (3.25) que garanticen que dichas entidades: adopten el sistema de gestión de compliance penal (3.31) de la entidad matriz; o adopten sus propios sistemas de gestión de compliance penal (3.31), adaptados a su actividad y entorno. En cualquier caso, dichos procedimientos (3.25) deben adoptarse siempre y cuando resulte razonable y proporcionado en relación con el riesgo penal (3.29) al que la entidad controlada se encuentre expuesta,

Finalmente, no hay que orillar del presente análisis el requisito de tipicidad consistente en la existencia de un beneficio directo o indirecto, *conditio sine qua non* para proceder a una eventual condena.

Al respecto, se deben plantear diferentes posibilidades a la hora de analizar la concurrencia o no de un beneficio para la entidad matriz: ¿se puede entender por beneficio indirecto para la matriz, el inherente al rol de sociedad dominante del grupo? ¿es suficiente la concurrencia de un beneficio para la filial para condenar a la matriz? ¿debe ser un beneficio que guarde causa-efecto con el delito concreto cometido?

Si se sigue el tenor literal del régimen establecido por el Código Penal, en su artículo 31 bis 1, a) y b), se establece que el delito debe ser cometido "en su beneficio directo o indirecto" (refiriéndose a la persona jurídica). Por ello, a partir de una opinión personal, se considera que la existencia de un beneficio –directo o indirecto– debe predicarse con respecto a la persona jurídica singular que va a ser declarada penalmente responsable, no en cuanto al grupo que carece de responsabilidad penal corporativa<sup>22</sup>.

Asimismo, se considera que debería establecerse algún tipo de vinculación o relación causal entre el concreto delito cometido por la filial y el beneficio obtenido por la matriz. La atribución de responsabilidad penal corporativa se predica respecto del concreto hecho de conexión cometido, por lo tanto, aspectos o circunstancias ajena al mismo se entiende que no deberían ser consideradas a la hora de determinar la concurrencia del beneficio. Por otro lado, no puede presumirse la existencia de dicho beneficio en favor de la matriz, lo cual iría en contra del reo. En consecuencia, debería establecerse un beneficio para la matriz vinculado al concreto delito cometido por la filial.

También puede darse el supuesto de concurrencia de doble beneficio, matriz-filial, lo cual comportaría la posibilidad de castigar doblemente a la matriz y a la filial por unos mismos hechos delictivos. A modo de ejemplo, cuando a la filial se le adjudica ilícitamente una relación comercial, fruto de la cual, la matriz prestará servicios de consultoría técnica a la filial. En estos supuestos, debería esgrimirse la posible vulneración del principio *non bis in idem* toda vez que podría resultar desproporcionado el doble castigo a matriz y filial por unos mismos hechos<sup>23</sup>.

El hecho de que, en el sistema español de RPPJ, el beneficio pueda ser directo o indirecto, abre la puerta a considerar como beneficio indirecto para la matriz la simple concurrencia de beneficio directo para la filial. Cuando la matriz ostente la totalidad del capital social de la filial, dicha situación puede plantearse con facilidad. Aun cuando la cuestión aquí planteada no ha sido resuelta por ahora por los Tribunales españoles, y dependerá de cada caso concreto, se considera que siempre debería poder predicarse un beneficio singular para la matriz vinculado al hecho de conexión cometido. Normalmente, ello quedará bastante clarificado en función del tipo de intervención o participación en el delito que haya tenido el *top management* de la matriz, así como con el análisis de los intereses subyacentes vinculados a tal intervención. Es decir, habrá que estar al *iter criminis*.

de acuerdo con la evaluación del riesgo (3.28) indicada en el apartado 6.2 de esta norma UNE". España Asociación Española de Normalización, UNE 19601. Sistemas de gestión compliance penal, Normalización Española, 17 de mayo de 2017, Apartado 8.5.1.

22 "Aunque la doctrina -y jurisprudencia-mayoritarias consideran que el "interés del grupo" o de una "filial del grupo" no pueden apriorísticamente considerarse interés de "terceros", pues en parte son también intereses propios, la cláusula invita a una interpretación conforme a la cual no bastaría con el simple interés económico indirecto, que por definición concurre siempre en la sociedad dominante: interés en que sus filiales vean incrementado su patrimonio o su volumen de negocio". García Albero, "Responsabilidad penal y compliance en los grupos de empresas", 289.

23 Podría ser una solución, in extremis, esgrimir el mecanismo previsto por el art. 31 ter CP para la modulación de penas en los casos de desproporción entre penas impuestas a persona física-jurídica.

## 5. Conclusiones

- La responsabilidad penal corporativa del art. 31 bis CP está diseñada para atribuir responsabilidad criminal a personas jurídicas de forma individualizada, no para castigar penalmente a grupos de empresas. Los grupos de empresa quedan sujetos al régimen de consecuencias accesorias del art. 129 CP, al carecer de personalidad jurídica.
- El riesgo de contaminación intragrupo, entendido como la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a la matriz por delitos de sus filiales, se encuentra sujeto a las exigencias derivadas del principio de culpabilidad y del régimen de autorresponsabilidad en materia de RPPJ. En consecuencia, no se trata de una responsabilidad vicarial por el mero hecho de ostentar el control formal sobre la filial.
- La atribución de responsabilidad penal de la matriz exigirá la participación o intervención en el delito de la filial de sujetos pertenecientes a su *top management*, por cualquiera de las dos vías previstas en el art. 31 bis 1 a) y b) CP, unido a la concurrencia para la sociedad dominante de un beneficio directo o indirecto.
- Por lo general, el riesgo de atribución de RPPJ a la matriz por delitos de las filiales dependerá del grado de autonomía que ostente de la filial versus la matriz. Dicha autonomía debe analizarse tanto a nivel general y estructural, como particular y vinculada a los procesos de la filial. *Prima facie*, a menor autonomía de la filial, mayor riesgo para la matriz, y viceversa.

## Bibliografía

- España Asociación Española de Normalización. *UNE 19601. Sistemas de gestión compliance penal*. Normalización Española. 17 de mayo de 2017.
- España Fiscalía General del Estado. *Circular 1/2016*, Boletín Oficial del Estado. 22 de enero de 2016. Referencia: FIS-C-2016-00001. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2016-00001>.
- Feijoo Sánchez, Bernardo. "La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal", en *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 2ª Edición. España: Aranzadi Thomson Reuters, 2016.
- García Albero, Ramón Miguel. "Responsabilidad penal y compliance en los grupos de empresas". En *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Quintero Olivares, Gonzalo. "Los Códigos de buenas prácticas y la transmisión de responsabilidad penal de las personas jurídicas a los grupos de empresas". En *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín. Parte III Academia*. España: Aranzadi Thomson Reuters, 2018.
- Villegas García, Mª Ángeles. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2016.

# LOS COMPLIANCE PROGRAMS Y LA ATENUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.

## LA SITUACIÓN EN ESPAÑA



## Introducción

El Código Penal español de 1995 (CP) otorga la completa exención de responsabilidad a la persona jurídica que cumpla una serie de condiciones relacionadas con la adopción y ejecución eficaz de modelos de organización y gestión orientados a prevenir delitos, que dependen de qué puesto ocupaba la persona física que cometió el delito. Tratándose de delitos cometidos en nombre o por cuenta de la persona jurídica, 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, la exención de responsabilidad depende del cumplimiento de las siguientes condiciones:

Prof.<sup>a</sup> Dra. Patricia Faraldo Cabana<sup>1</sup>

<sup>1</sup><sup>a</sup> 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;

<sup>2</sup><sup>a</sup> 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;

<sup>3</sup><sup>a</sup> los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

<sup>4</sup><sup>a</sup> 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 <sup>2</sup><sup>a</sup>.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Catedrática de Derecho Penal, Departamento de Derecho Público, Universidad da Coruña, España. Adjunct Professor, School of Law, Queensland University of Technology, Brisbane, Australia

<sup>2</sup> España, Código Penal, Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, art. 31 bis 2.

El último inciso del art. 31 bis 2 CP indica, además, que "en los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena".

Por su parte, tratándose de delitos cometidos por quienes, estando sometidos a la autoridad de los representantes legales o aquellos que actuando individualmente, o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en su nombre u ostentan facultades de organización y control dentro de ella, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, "la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha 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"<sup>3</sup>. En este caso, cuando las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del art. 31 bis 2 CP.

A mayores, el art. 31 quater 1 CP indica que es una circunstancia atenuante 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: [...] 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".<sup>4</sup>

A continuación, se analizarán diversos problemas relacionados con la previsión de estas atenuantes. Todos ellos relacionados con el establecimiento de medidas de prevención y descubrimiento de delitos que en el futuro pueda cometer la persona jurídica, sea antes o después de la comisión del delito.

<sup>3</sup> España, Código Penal, Boletín Oficial del Estado, art. 31 bis

4.

<sup>4</sup> España, Código Penal, Boletín Oficial del Estado, art. 31 quater 1.

A efectos comparativos, su interés para el derecho ecuatoriano es evidente, puesto que el Ecuador ha reformado recientemente su Código Orgánico Integral Penal (COIP) para abordar esta cuestión<sup>5</sup>. De acuerdo con el artículo 49 reformado del COIP, el *compliance* o cumplimiento normativo penal, que consiste en los sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión, debe incorporar una serie de requisitos mínimos, que van de la identificación, detección y administración de actividades en las que se presente riesgo a los controles internos con responsables para procesos que representen riesgo, pasando por la supervisión y monitoreo continuo, como evaluaciones independientes de los sistemas, programas y políticas, protocolos o procedimientos para la adopción y ejecución de decisiones sociales, etc. Por su parte, en el artículo 45 reformado del COIP se incluyen como circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas las siguientes:

a) De forma espontánea haber denunciado o confesado la comisión del delito antes de la formulación de cargos con la que inicie la instrucción fiscal, o durante su desarrollo, siempre que no haya conocido formalmente sobre su inicio.

b) Colaborar con la investigación aportando elementos y pruebas, nuevas y decisivas, antes de su inicio, durante su desarrollo o inclusive durante la etapa de juicio.

c) Reparar integralmente los daños producidos por la comisión del delito, antes de la etapa de juicio

d) Haber implementado, antes de la comisión del delito, sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión, a cargo de un departamento u órgano autónomo en personas jurídicas de mayor dimensión, o una persona responsable en el caso de pequeñas y medianas empresas, cuyo funcionamiento se incorpore en todos los niveles directivos, gerenciales, asesores, administrativos, representativos y operativos de la organización<sup>6</sup>.

La experiencia española, por tanto, puede servir de punto de contraste a la hora de aplicar esta nueva regulación, pues los problemas a los que se ha enfrentado la doctrina penal española se reproducen en buena medida para la doctrina penal ecuatoriana.

#### ¿Cabe apreciar circunstancias atenuantes al margen de las contenidas en el art. 31 quater 1 CP?

Las declaraciones del art. 31 bis 2 y 4 CP relativas a la concesión de una atenuación por acreditación parcial de la eficacia del modelo se contradicen con lo señalado en el art. 31 quater 1 CP, de acuerdo con el cual:

a) De forma espontánea haber denunciado o confesado la comisión del delito antes de la formulación de cargos con la que inicie la instrucción fiscal, o durante su desarrollo, siempre que no haya conocido formalmente sobre su inicio.

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.<sup>7</sup>

Según señala el art. 31 quater CP, estas serían las únicas circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La utilización del adverbio "solo" parece

<sup>6</sup> Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 45 numeral 7.

<sup>7</sup> España, Código Penal, Boletín Oficial del Estado, art. 31 quater 1.

inequívoca<sup>8</sup>. ¿Quiere esto decir, entonces, que no cabe apreciar otras atenuantes? No. El tenor literal de este precepto procede de la Ley Orgánica (LO) 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Por su parte, la previsión de las otras dos circunstancias de atenuación consistentes en la acreditación parcial de las condiciones que permiten apreciar la exención de responsabilidad, recogidas en los arts. 31 bis 2 y 4 CP, procede de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Estos distintos momentos explican la descoordinación legislativa. La solución consiste en aplicar la norma de igual rango, pero posterior, que es la LO 1/2015. De esta manera, a pesar de la dicción literal del art. 31 quater 1 CP, a las cuatro circunstancias atenuantes post-delictivas que este precepto prevé hay que añadir las dos nuevas introducidas por la LO 1/2015 en el art. 31 bis 2 y 4 CP. Estas dos no tienen carácter post-delictivo, de forma que, para su aplicación, la persona jurídica tiene que haber adoptado, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión para la prevención de delitos que, siendo insuficientes para permitir la completa exención de responsabilidad, no lo son, sin embargo, para permitir la atenuación de la pena<sup>9</sup>.

#### **¿Cuál es el fundamento de la atenuación de la pena?**

Los presupuestos de las dos circunstancias atenuantes del art. 31 bis 2 y 4 CP deben concurrir antes de la comisión del delito. Es necesario, pues, que la persona jurídica haya adoptado y ejecutado, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control para prevenir delitos de la misma naturaleza, o para reducir el riesgo de su comisión. En este caso, se concede una atenuación, no una eximente, porque la persona jurídica no es capaz de acreditar que se dan todas las condiciones para apreciar la completa exención de responsabilidad.

8 Así lo apuntaba la Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, de la Fiscalía General del Estado (apartado III.4). También lo entendía así la doctrina mayoritaria. Véase entre otros, Miguel Ángel Boldova Pasamar, "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española", *Estudios Penales y Criminológicos* XXXIII, (2013): 256; Bernardo José Feijoo Sánchez, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Estudios sobre las reformas del Código Penal* (España: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011), 129; Manuel Gómez Tomillo, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español* (Valladolid: Lex Nova, 2010), 145 ss. En contra, Silvina Bacigalupo Sagesse, "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* nº 7541, (2011): 11.

Después de la entrada en vigor de la reforma de 2015, lo sigue entendiendo así, como un numerosus clausus de circunstancias atenuantes, a pesar de reconocer la incongruencia que se produce, Manuel Gómez Tomillo, quien propone para corregirla entender que el precepto se refiere "con exclusividad a circunstancias atenuantes de la responsabilidad por hechos posteriores a la conducta delictiva". Manuel Gómez Tomillo, *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 2<sup>a</sup> ed. (España: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015), 194-195. Véase también Emilio Cortés Bechiarelli, "Causas de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; artículos 31 ter y quater CP", en *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas* (Madrid: Francis Lefebvre, 2015), 104; Antonio del Moral García, "Cuestiones generales", en *Tratado de Derecho penal económico* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 551-552.

9 La Circular 1/2011 (apartado III.4) apuntó en su día que la previsión de circunstancias atenuantes basadas exclusivamente en comportamientos post-delictivos era coherente "con el modelo elegido donde la responsabilidad de la persona jurídica no obedece a la pretendida culpabilidad de la empresa sino a un mecanismo normativo de transferencia". Se puede entonces concluir que el cambio de modelo en la LO 1/2015 también es coherente con la previsión de nuevas circunstancias atenuantes cuyos presupuestos han de concurrir antes de la comisión de los hechos.



Se atenúa la pena, entonces, porque la adopción de los modelos, aunque en el caso concreto no hayan conseguido impedir la comisión de delitos en el seno de la empresa, al menos, han conseguido reducir la peligrosidad propia del ente. En particular, una vez se ha comprobado que se han cumplido, al menos, algunas de las condiciones a las cuales alude el art. 31 bis 2 CP: adopción y ejecución de los modelos antes de la comisión del delito, supervisión de su funcionamiento, elusión fraudulenta por parte de la persona física autora del delito y ejercicio de las funciones de supervisión, vigilancia y control.

Por su parte, las cuatro circunstancias atenuantes del art. 31 quater a), b) y c) CP, suponen la realización de un comportamiento post-delictivo positivo por parte del representante legal de la persona jurídica. Las tres primeras equivalen a las circunstancias atenuantes genéricas de confesión a las autoridades y reparación del daño previstas respectivamente en los números 4 y 5 del art. 21 CP. La cuarta, a diferencia de las anteriores, no se orienta a la averiguación del delito cometido ni a la reparación o disminución del daño ya causado, sino a la prevención de futuros delitos. Dicha prevención se consigue disminuyendo la peligrosidad manifestada por el ente a través de la comisión de un delito por los representantes legales, o dirigentes, o por los subordinados, en las condiciones respectivamente apuntadas en el art. 31 bis 1 a) y b) CP. Esta disminución de la peligrosidad se produce tras la adopción, antes del juicio oral, de medidas autoorganizativas eficaces para prevenir y descubrir delitos que en el futuro puedan cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica, medidas que no existían cuando se cometió el delito.

Por lo demás, en esta circunstancia se establece un límite temporal, pues sus presupuestos deben concurrir antes del comienzo del juicio oral. Este límite coincide con el mismo que existe para que la reparación o disminución del daño causado por el delito tenga efectos atenuadores de la responsabilidad penal.

En general, en estos casos se destaca en la doctrina el hecho de que la concesión de una atenuación de la pena mande un claro mensaje promocional a las personas jurídicas, en relación con la necesidad de reorganizarse para prevenir la comisión de nuevos delitos<sup>10</sup>.

#### **¿Cuáles son las condiciones para obtener la atenuación?**

En el caso de las circunstancias previstas en el art. 31 bis 2 y 4 CP, es necesario que los modelos hayan sido adoptados y ejecutados antes de la comisión del delito, pero solo se hayan podido acreditar parcialmente las

10 Para algunos autores, como Andrés Díaz Gómez, la atenuación constituye un premio a la persona jurídica por haberse reorganizado de cara a evitar en el futuro la comisión de nuevos delitos, garantizando así el cumplimiento de la legalidad. Andrés Díaz Gómez, "El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 13-08 (2011): 11. En sentido similar, Bernardo Feijoo Sánchez, para quien la atenuación obedece "a una clara estrategia promocional, representando la zanahoria después del 'palo' que representa la intervención del Derecho Penal". Feijoo Sánchez, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", 129. Para otros autores, por su parte, la atenuación se fundamenta en la idea de compensación parcial de la culpabilidad por defecto de organización que permitió la comisión del delito imputable a la persona jurídica. Compárese con Enrique Bacigalupo Zapater, *Compliance y Derecho Penal* (Pamplona: Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2011), 111; Fermín Morales Prats, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas, arts. 31 bis., 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129 y 130.2 CP", en *La Reforma Penal de 2010: Análisis y comentarios* (España: Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010), 61. Al respecto, ampliamente, Rafael Aguilera Gordillo, *Manual de Compliance penal en España*, 2<sup>a</sup> ed. (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022), 253 ss.

condiciones para obtener la exención de responsabilidad. Por tanto, hay un requisito temporal – antes de la comisión del delito– que no plantea mayores problemas. A este requisito se suma otro, la acreditación parcial de los requisitos, el cual suscita bastantes dudas. Desde una perspectiva personal, esa acreditación parcial no se puede confundir con la falta de eficacia del programa determinada desde un punto de vista *ex post*, es decir, una vez que la comisión del delito por la persona física ha revelado que el programa no ha conseguido cumplir su objetivo de prevenir delitos. Incluso, en tal supuesto, es posible determinar que un programa es eficaz y, por tanto, el ente merece la total exención de responsabilidad, lo que ocurrirá siempre que se constate que, desde un punto de vista *ex ante*, ha permitido "reducir de forma significativa" el riesgo de comisión de delitos. Así sucederá cuando se constate que, pese a haber adoptado todas las medidas preventivas exigibles, no era posible detectar y prevenir la comisión del delito en cuestión, por ejemplo, por tratarse de una actuación aislada de un empleado que, sin la concurrencia de culpa *in vigilando* de su superior, ha infringido los controles o protocolos implantados por la empresa, pero el modelo sí ha conseguido, con carácter general, bien reducir la posibilidad de que tales delitos se produzcan en el futuro, bien aumentar la posibilidad de que se detecten.

Por otra parte, la "acreditación parcial" no significa, como bien señala la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015 (apartado 5.3), que:

[[]a existencia y aplicación de los mecanismos de control solo se haya probado parcialmente sino que no concurren todos los elementos y requisitos que indica el apartado, a la manera en que se ordena en la atenuante 1.<sup>a</sup> del art. 21 CP. Dicho de otro modo, la acreditación parcial no implica una rebaja de las exigencias probatorias sino sustantivas, esto es, que el modelo presenta algunos defectos o que solo se ha acreditado que hubo cierta preocupación por el control, un control algo menos intenso del exigido para la exención plena de responsabilidad penal, pero suficiente para atenuar la pena.<sup>11</sup>

En resumen, el modelo no se ha adoptado y ejecutado con la suficiente eficacia como para dar lugar al efecto eximente<sup>12</sup>.

En el caso de la circunstancia prevista en el art. 31 quater d) CP, es necesario que, con posterioridad a la comisión del delito, pero antes del juicio oral, se hayan establecido 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. En este caso, se encuentra un comportamiento postdelictivo que ha de realizarse en cualquier momento posterior a la comisión del delito, pero "antes del comienzo del juicio oral". Los límites temporales para dotar de valor atenuante al comportamiento están perfectamente fijados.

La eficacia se constituye en el elemento decisivo para apreciar esta atenuante. Al exigir que se trate de medidas eficaces es obvio que se descartan las que solo existan sobre el papel, pero también las que, habiendo sido implantadas, se revelen, desde una perspectiva *ex ante*, como carentes de capacidad para lograr el efecto que se desea o se espera con ellas, que es la prevención y descubrimiento de los delitos que puedan cometerse en el seno de la persona jurídica. La clave para valorar la eficacia de un programa es, por tanto, su importancia en la toma de decisiones de sus dirigentes y empleados, lo que da la medida en que es "una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento", al expresar "un compromiso corporativo que realmente disuade de conductas criminales" (según la Circular 1/2016, apartado 5.6).

11. España Fiscalía General del Estado, Circular 1/2016, Boletín Oficial del Estado, 22 de enero de 2016, Referencia: FIS-C-2016-00001, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2016-00001>.

12. En este sentido, José Miguel Zugaldía Espinar, "España. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (Análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo)", en *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España* (España: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015), 232.

De esta manera, resulta lógico entender que la comisión del delito por un administrador o un alto directivo es indicio –no decisivo, pero sí relevante– de que el programa no es eficaz, como lo es el mantenimiento en el cargo de un administrador o directivo sometido a un procedimiento penal anterior y, en general, la existencia de anteriores procedimientos penales o en trámite, al igual que es razonable valorar "la gravedad de la conducta delictiva y su extensión en la corporación, el alto número de empleados implicados, la baja intensidad del fraude empleado para eludir el modelo o la frecuencia y duración de la actividad criminal", además del "retraso en la denuncia de la conducta delictiva o su ocultación y la actitud obstructiva o no colaboradora con la justicia", como hace la Fiscalía. En sentido contrario, esto es, como indicios de la eficacia del modelo, también es lógico que se otorgue "especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación", puesto que pone de manifiesto "no solo la eficacia del modelo, sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo". En la misma dirección de afianzar la eficacia del modelo se encuentra "la adopción de medidas disciplinarias contra los autores o la inmediata revisión del programa para detectar sus posibles debilidades, introduciendo en su caso las necesarias modificaciones", pues se consideran "muestra del compromiso de los dirigentes de la corporación con el programa de cumplimiento".

### ¿A quién corresponde la carga de la prueba?

En cuanto a la carga de la prueba, la concurrencia de los presupuestos de las circunstancias atenuantes debe ser probada por quien pretende alegarlas<sup>13</sup>.

En relación con el cuarto elemento, haber establecido medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse, en su día, algunos autores apuntaron a que difícilmente podría ser aplicada sin una prueba pericial<sup>14</sup>. La Circular 1/2011 no se pronunció al respecto. En contraste, la Circular 1/2016 lo ha hecho para indicar que "las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas, corporaciones o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos legales, podrán apreciarse como un elemento adicional más de su observancia pero en modo alguno acreditan la eficacia del programa, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial" (apartado 5.6). En este sentido se inclinan también la doctrina mayoritaria<sup>15</sup>.

13. Al respecto, ampliamente, Andrea Planchadel Gargallo, "Compliance y prueba. Otra vuelta de tuerca a los principios de la prueba", en *Justicia poliédrica en tiempos de mudanza* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022), 173-192; Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín, "Programas de cumplimiento y su prueba en el proceso penal", en *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 251-291; Julio Pérez Gil, "Carga de la prueba y sistemas de gestión de compliance", en *Tratado sobre compliance penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 1061-1090. A la misma solución que en el texto llega la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2016 (apartado 5.7), pero sobre la base de que los modelos de organización y gestión que cumplen las condiciones y requisitos legales operan a modo de excusa absolutoria, como una causa de exclusión personal de la punibilidad y no de supresión de la punibilidad. Esta posición no es correcta. Las causas de exclusión de la pena concurren durante la ejecución del delito, evitando que surja la punibilidad. Dentro de las causas de exclusión de la pena, y atendiendo a la extensión o no del efecto eximente de la pena a los partícipes, se distingue entre causas personales y causas objetivas de exclusión de la pena. La existencia de una causa personal u objetiva de exclusión de la pena depende, de acuerdo con la opinión mayoritaria, de si las razones que justifican la exclusión de la pena para el autor son efectivas únicamente para él, respondiendo los partícipes aunque el autor principal quede exento de pena (causa personal de exclusión de la pena), o bien también pueden hacerse extensivas a los partícipes, extendiéndose a ellos el efecto excluyente (causa objetiva). Por cuanto se refiere al fundamento de la exención en las causas personales de exclusión de la pena, razones ajenas al injusto y a la culpabilidad permiten no imponer la pena a las personas en quienes concurren estas causas.

14. Véase Bacigalupo Zapater, *Compliance y Derecho Penal*, 111; Morales Prats, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", 61; David Morillas Fernández, "El sistema de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica* (Madrid: Dykinson, 2014), 108.

15. Véase Feijoo Sánchez, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", 135-136; Jean Pierre Matus Acuña, "La certificación de los programas de cumplimiento", en *El Derecho Penal Económico en la era Compliance* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 145-154. Entiende que "la constatación de la implantación de las medidas se realizará a través de los correspondientes documentos que acrediten su establecimiento", por lo que "es posible que el juzgador pueda valorar el cumplimiento formal del requisito legal (un certificado o una acreditación emitida por los encargados del desarrollo del sistema), pero no el material". Cortés Bechiarelli, "Causas de la atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", 112. Al respecto, ampliamente, Raquel Montaner Fernández, "¿Otro elemento para resolver la ecuación de un "compliance" eficaz? Sobre la certificación de los programas de cumplimiento", en *La Ley Compliance Penal n.º 5 (2021)*; Fernando Rodríguez López y José Ignacio Sánchez-Macías, "Normalización y certificación en compliance, de la autorregulación al valor social", en *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas* (Valencia: Tirant lo

## ¿Cómo se determina la pena en caso de concurrencia de una o varias circunstancias atenuantes?

Según el art. 66 bis 1 CP, en la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se alinearán, en principio, a lo dispuesto en las reglas 1<sup>a</sup> a 4<sup>a</sup> y 6<sup>a</sup> a 8<sup>a</sup> del primer número del art. 66 CP, que regulan los efectos de la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Por tanto, tratándose de delitos dolosos, se pretenden aplicar las mismas reglas que a las personas físicas, con la excepción de la relativa a la reincidencia cualificada; mientras que, en los delitos imprudentes, los jueces y tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio. Las reglas del art. 66.1 CP aplicables a las personas jurídicas en relación con las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal son las siguientes:

- 1<sup>a</sup> Cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.
- 2<sup>a</sup> Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.
- 3<sup>a</sup> Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.
- 4<sup>a</sup> Cuando concurran más de dos circunstancias agravantes y no concurra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior.[...]
- 6<sup>a</sup> Cuando no concurran atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.
- 7<sup>a</sup> Cuando concurran atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.
- 8<sup>a</sup> Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.<sup>16</sup>

Al remitirse a las reglas del art. 66.1 CP no se ha tenido presente que no existe un catálogo específico de circunstancias agravantes aplicable a las personas jurídicas, siendo objeto de discusión si lo es el catálogo general contenido en el art. 22 CP para personas físicas<sup>17</sup>. Si se estimase que no cabe apreciar circunstancias agravantes, ello supondría implícitamente que no son aplicables a las personas jurídicas las reglas 3<sup>a</sup>, 4<sup>a</sup> y 7<sup>a</sup> del art. 66.1 CP, pues se refieren a su concurrencia, sea solas, o sea con atenuantes.

Blanch, 2021), 461-492.

<sup>16</sup> España, Código Penal, Boletín Oficial del Estado, art. 66.1.

<sup>17</sup> A favor (a veces con la exclusión de la agravante de reincidencia cualificada) se muestra un destacado sector doctrinal, que cabe calificar de mayoritario. Véase Norberto de la Mata Barranco y Leyre Hernández, "Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas", en Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas (España: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013), 227-248; José Luis Díez Ripollés, "Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial: regulación española", Jueces para la Democracia, n.º 73 (2012); Feijoo Sánchez, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas"; Feijoo Sánchez, "Las consecuencias jurídicas del delito"; José Luis Manzanares Samaniego, "Las penas de las personas jurídicas", Diario La Ley, n.º 7920 (2012), 1828-1836; Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sección 1", en Memento Práctico Francis Lefebvre Penal Económico y de la Empresa (Madrid, Francis Lefebvre, 2011), 153-186. En sentido similar, España Fiscalía General del Estado, Circular 1/2011, Boletín Oficial del Estado, 1 de junio de 2011, Referencia: FIS-C-2011-00001, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2011-00001>.

Otros autores se manifiestan en contra. Véase por todos Mercedes García Arán, "Arts. 61 a 72", en Comentarios al Código Penal. Parte General (Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2011), 639; Zugaldía Espinar, "España", 235.

La única regla del art. 66.1 CP que no es aplicable a las penas impuestas a personas jurídicas por expresa determinación legal es la contenida en el numeral 5, relativa a la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título del Código Penal, siempre que sean de la misma naturaleza. El motivo es que el legislador, con una técnica muy mejorable, más que como circunstancia agravante con el efecto previsto en concreto en el art. 66.1.5<sup>a</sup> CP ("pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido"), ha preferido tener en cuenta este hecho también como agravante, pero con el efecto de la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), esto es, la disolución y la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del art. 33 CP, es decir, la prohibición de realizar ciertas actividades y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social (art. 66 bis CP).



El art. 31 bis 2 y 4 CP señala que la acreditación parcial "será valorada a los efectos de atenuación de la pena". Nada se dice acerca de si cabe apreciar para las personas jurídicas eximentes incompletas o atenuantes muy cualificadas. Algun autor afirma que, "pese a que no se señale nada al respecto, es lógico y proporcionado suponer que el impacto de las eximentes incompletas en la determinación de la pena de la persona jurídica ha de ser mayor que el de la atenuante genérica. No es descartable, en este sentido, considerar de aplicación para las eximentes incompletas, por analogía en favor del reo, la regla del art. 68 del Código Penal"<sup>18</sup>. Sin embargo, por su naturaleza, buena parte de las eximentes incompletas del art. 21.1 CP no son aplicables a las personas jurídicas. Piénsese en las relacionadas con la imputabilidad. Y no se ha previsto aplicarles las que podrían serlo, como el estado de necesidad<sup>19</sup>.

En caso de que concurran de manera incompleta los requisitos de la eximente propia de las personas jurídicas, el efecto previsto es que se produzca la atenuación de la responsabilidad penal, sin especificarse si dicha atenuación ha de ser superior a la de las circunstancias atenuantes ordinarias, como ocurre para las personas físicas, o no. Al no preverse nada en ese sentido, puede entenderse razonable una aplicación analógica de las reglas de las personas físicas, esto es, un descenso de uno o dos grados. No es descartable, por otra parte, que las atenuantes se aprecien como muy cualificadas cuando concurren los requisitos que el Tribunal Supremo ha ido concretando<sup>20</sup>, dando lugar también a un descenso de uno o dos grados. El art. 66 bis CP, al extender a las personas jurídicas las reglas 1<sup>a</sup> a 4<sup>a</sup> y 6<sup>a</sup> a 8<sup>a</sup> del art. 66.1 CP, no hace excepción alguna al respecto, siendo así que en dicho precepto se hace mención expresa de las atenuantes muy cualificadas<sup>21</sup>.

18 Zugaldía Espinar, "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo)", 705.

19 En este sentido, entre otros, Cortés Bechiarelli, "Causas de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", 104.

20 El Tribunal Supremo entiende que la atenuante muy cualificada es "aquella que alcanza una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan destacarse y ser reveladores del merecimiento y punición de la conducta del penado". Véase, entre otras, las sentencias: España Tribunal Supremo, Sentencia 875/2007, 7 de noviembre de 2007, <https://vlex.es/vid/sociedad-aportaciones-rescisiones-an-30366082>; España Tribunal Supremo, Sentencia 575/2008, 7 de octubre de 2008, <https://vlex.es/vid/-44286558>; España Tribunal Supremo, Sentencia 139/2009, 24 de febrero de 2009, <https://vlex.es/vid/fa-1-6-ba-57210403>.

21 Como apunta Cortés Bechiarelli, "Causas de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", 104.

## Conclusiones

Con el otorgamiento de un efecto eximiente o atenuante de la responsabilidad penal se ofrece un incentivo muy interesante para que las personas jurídicas se esfuerzen en adoptar e implantar adecuadamente programas de cumplimiento. Se suele admitir que fomentar la autorregulación de las personas jurídicas puede ser un instrumento eficaz para dificultar y, por tanto, para prevenir la comisión de delitos por sus representantes legales, dirigentes y empleados<sup>22</sup>. Hacerlo a través del derecho penal, convertido "en un instrumento promocional de una suerte de nueva cultura de los negocios, ya es algo mucho más cuestionable"<sup>23</sup>. No porque, como algún autor alega<sup>24</sup>, sea criticable que la empresa se vea sometida al yugo del derecho penal si no lo hace, pues lo cierto es que no hay ninguna sanción penal directamente aplicable por carecer de un programa de cumplimiento, como tampoco la hay por tenerlo y no aplicarlo adecuadamente. Lo único que se hace en estos casos, habiendo cometido un delito una de las personas físicas mencionadas en el art. 31 bis CP con los requisitos allí señalados, es no aplicar una eventual exención o atenuación de la responsabilidad penal, que es cosa bien distinta.

El motivo fundamental de la crítica es que no se ha explorado suficientemente la vía administrativa, acudiendo al derecho penal como *prima ratio*. El legislador ha optado por la vía fácil de la amenaza penal, en vez de elaborar un cuerpo de normas administrativas o mercantiles dirigidas a la prevención de riesgos, similares a las existentes en relación con la prevención de riesgos para la seguridad e higiene en el trabajo, o en relación con la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. En estos dos casos, la prevención de los riesgos no solo delictivos, sino también de índole administrativa, derivados de la actividad empresarial en el sector de referencia, se regula de forma detenida en leyes y reglamentos que recogen

22 Bacigalupo Zapater, *Compliance y Derecho Penal*, 121 ss.

23 Víctor Gómez Martín, "Falsa alarma: sociedades delinquere non potest", en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014), 217.

24 Gómez Martín, "Falsa alarma: sociedades delinquere non potest", 217.

el objeto y ámbito de aplicación de la normativa, las definiciones más importantes, los sujetos obligados, las políticas en la materia, los derechos y obligaciones de todos los afectados, así como las responsabilidades y sanciones. Un esfuerzo similar es exigible en lo que se refiere a la prevención de delitos en el marco empresarial.

Ahora bien, pese a todo el esfuerzo legislativo llevado a cabo para fomentar la adopción de medidas preventivas, es necesario conservar un cierto escepticismo respecto de la efectividad de los programas de cumplimiento, pues siempre existe el peligro de que su adopción responda nada más que a una estrategia de maquillaje publicitario<sup>25</sup>. Como señala la Circular 1/2011, "la elaboración y el cumplimiento de las normas de autorregulación de las empresas o *compliance guide*, solo son relevantes en la medida en que traduzcan una conducta. Su formalización no aporta ni su inexistencia resta la capacidad potencial de incurrir en responsabilidad penal, porque lo determinante no es si se actuó de acuerdo con la guía o si esta era hipotética u objetivamente apta para evitar el delito, sino si, con guía o sin ella, procede atribuir a la persona jurídica la responsabilidad penal derivada de los delitos cometidos por sus gestores, por haber tenido lugar dichas conductas ilícitas cuando los mismos actuaban en nombre, por cuenta y en provecho de la corporación, o como consecuencia de haber omitido aquellos el debido control sobre sus subordinados jerárquicos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la entidad". En cada caso, ello obliga a determinar si el modelo adoptado supone o no un compromiso real de la entidad con el control que impide en ella o por ella una actuación delictiva, o bien disminuya de manera considerable el riesgo de que se produzca. Como se ha visto, el art. 31 bis CP contiene los requisitos mínimos de tales modelos. Así, su adopción puede llevar a la conclusión de que el modelo es eficaz, a pesar de fracasos puntuales, pero es necesario no operar con automatismos, sino controlar en cada caso su adecuada implantación en la empresa.

## Bibliografía

- Aguilera Gordillo, Rafael. *Manual de Compliance penal en España*, 2<sup>a</sup> ed. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- Araújo Correa, Tatiana Elizabeth, Jeanina Andrea Herrera Pacheco y Gabriel Yovany Suqui Romero. "El compliance en tiempos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador". *Polo del Conocimiento* 4, n.º 8 (2019): 285-297.
- Bacigalupo Sagesse, 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*, nº 7541 (2011).
- Bacigalupo Zapater, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Pamplona: Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- Boldova Pasamar, Miguel Ángel. "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española". *Estudios Penales y Criminológicos* XXXIII, (2013): 256.
- Cortés Bechiarelli, Emilio. "Causas de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; artículos 31 ter y quater CP". En *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*. Madrid: Francis Lefebvre, 2015.
- De la Mata Barranco, Norberto y Leyre Hernández. "Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas". En *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. España: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- Del Moral García, Antonio. "Cuestiones generales". En *Tratado de Derecho penal económico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Díaz Gómez, Andrés. "El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 13-08 (2011): 11.
- Díez Ripollés, José Luis. "Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial: regulación española". *Jueces para la Democracia*, n.º 73 (2012).
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.
- España. *Código Penal*. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995.
- España Fiscalía General del Estado. *Circular 1/2011*. Boletín Oficial del Estado, 1 de junio de 2011, Referencia: FIS-C-2011-00001. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2011-00001>.
- . *Circular 1/2016*. Boletín Oficial del Estado, 22 de enero de 2016, Referencia: FIS-C-2016-00001. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-C-2016-00001>.
- España Tribunal Supremo. *Sentencia 875/2007*. 7 de noviembre de 2007. <https://vlex.es/vid/sociedad-aportaciones-rescisiones-an-30366082>;
- . *Sentencia 575/2008*. 7 de octubre de 2008. <https://vlex.es/vid/-44286558>;
- . *Sentencia 139/2009*. 24 de febrero de 2009. <https://vlex.es/vid/fa-1-6-ba-57210403>.
- Espinosa Andrade, Pedro. "Compliance penal en Ecuador: pasado, presente e incierto futuro". En *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- Feijoo Sánchez, Bernardo José. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas". En *Estudios sobre las reformas del Código Penal*. España: Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- García Arán, Mercedes. "Arts. 61 a 72". En *Comentarios al Código Penal. Parte General*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.
- Gómez Tomillo, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*. Valladolid: Lex Nova, 2010.
- Gómez Tomillo, Manuel. *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, 2<sup>a</sup> ed. España: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- 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, 2014.
- Manzanares Samaniego, José Luis. "Las penas de las personas jurídicas". *Diario La Ley*, n.º 7920 (2012), 1828-1836.
- Matus Acuña, Jean Pierre. "La certificación de los programas de cumplimiento". En *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- Montaner Fernández, Raquel. "¿Otro elemento para resolver la ecuación de un "compliance" eficaz? Sobre la certificación de los programas de cumplimiento". *La Ley Compliance Penal*, n.º 5 (2021).
- Morales Prats, Fermín. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas, arts. 31 bis., 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129 y 130.2 CP". En *La Reforma Penal de 2010: Análisis y comentarios*. España: Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- Morillas Fernández, David. "El sistema de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas". En *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*. Madrid: Dykinson, 2014.
- Muriel Bedoya, Bernarda. "Compliance: su evolución y desafíos en Ecuador. ¿Hacia dónde ir?". *USFQ Law Review* 4, n.º 1 (2017): 159-183.
- Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sección 1". En *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal Económico y de la Empresa*. Madrid: Francis Lefebvre, 2011.
- Pazmiño Ruiz, José Roberto y Juan Francisco Pozo Torres. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y compliance: caso Ecuador". *Derecho Penal y Criminología* 40, n.º 109 (2019): 89-122;
- Pérez Gil, Julio. "Carga de la prueba y sistemas de gestión de compliance". En *Tratado sobre compliance penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Pérez-Cruz Martín, Agustín Jesús. "Programas de cumplimiento y su prueba en el proceso penal". En *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- Planchadell Gargallo, Andrea. "Compliance y prueba. Otra vuelta de tuerca a los principios de la prueba". En *Justicia poliérdica en tiempos de mudanza*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- Rodríguez López, Fernando y José Ignacio Sánchez-Macías. "Normalización y certificación en compliance, de la autorregulación al valor social". En *Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- Rodríguez Moreno, Felipe y Mishelle Bermeo. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminal compliance en el Ecuador". En *Persona jurídica, responsabilidad penal de las empresas y criminal compliance*. México: Flores, 2019.
- Silva Sánchez, Jesús María. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal". En *Derecho Penal Económico*. Madrid: CGPJ, 2001.
- Zugaldia Espinar, José Miguel. "España. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (Análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo)". En *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España*. España: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

# AUTORREGULACIÓN Y NORMALIZACIÓN INTERNACIONAL DEL COMPLIANCE

Alain Casanovas<sup>1</sup>

## I. Introducción

No es infrecuente que la generalización del *compliance* en el tejido empresarial venga inducida, en general, por exigencias en materia de prevención penal, o, en particular, de la lucha contra la corrupción y el soborno. El número de países que incorporan, en mayor o menor medida, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha ido incrementando con el transcurso del tiempo<sup>2</sup>. De este modo, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha establecido como un elemento a considerar por organizaciones multinacionales para cumplir con las diferentes regulaciones locales, especialmente, cuando están aumentando los supuestos próximos a la responsabilidad objetiva (*strict liability*) y las responsabilidades por incumplimientos de la normativa pueden ser objeto de sucesión entre empresas.

<sup>1</sup> Alain Casanovas es abogado y socio responsable de los servicios de compliance de KPMG en España. Experto acreditado, ha representado a España en los comités internacionales de normalización de los estándares ISO 19600:2014 (Compliance Management Systems), ISO 37001:2016 (Anti-Bribery Management Systems), ISO 37303:2021 (Compliance Management Systems) e ISO 37002:2021 (Whistleblowing Management Systems). Ha presidido el grupo de normalización del estándar español UNE 19601 (Sistemas de Gestión de Compliance Penal). Autor de múltiples obras sobre compliance y Director de los Programas de Posgrado de compliance en las universidades Carlos III (Madrid) y UPF (Barcelona). Asesor habitual de organizaciones multinacionales en materia de compliance. Nutre los contenidos de acceso público sobre compliance que figuran en la página web [www.kpmgcumplimientolegal.com](http://www.kpmgcumplimientolegal.com) y también dentro de [www.tendencias.kpmg.es](http://www.tendencias.kpmg.es).

<sup>2</sup> Este fenómeno viene incentivado por acuerdos internacionales. Así, la Convención contra el Soborno de la OCDE (1997) instó a las partes a tomar las medidas que fueran necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de un servidor extranjero. Años más tarde, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003), utilizó una fórmula parecida para instar a los Estados parte para que, en consonancia también con sus principios jurídicos, establecieran la responsabilidad penal de las personas jurídicas por su participación en los diversos delitos tipificados por la Convención –no solo el cohecho-. Como se puede ver, a través de instrumentos internacionales se ha ejercido presión para difundir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en aquellas jurisdicciones donde tal figura no existía. Como consecuencia de ello, los requisitos de prevención y control de las actividades ilícitas no sólo figuran en instrumentos internacionales que vinculan a los Estados firmantes y constituyen, en cualquier caso, una guía de buenas prácticas, sino que también se han trasladado a derecho positivo nacional.

Las normas nacionales en materia de prevención penal siguen aproximaciones variadas, recurriendo ocasionalmente a fórmulas híbridas o incluso mutando con el transcurso del tiempo. Lo anterior fue puesto de manifiesto en un interesante estudio<sup>3</sup> que, en 2008, preparó *Allens Arthur Robinson* a petición de las Naciones Unidas<sup>4</sup>. Este informe no solo fue útil por analizar el régimen aplicable en una veintena de países, sino también al vincular sus conclusiones con el desarrollo de una adecuada cultura corporativa para prevenir la comisión de delitos en las organizaciones y como factor mitigante de su responsabilidad.

## I.1. Marcos de referencia generalmente aceptados

Fue el Instituto de Auditores Público Alemán –*Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland (IDW)*– la entidad que primero estudió detalladamente los aspectos comunes en los principales marcos de referencia –nacionales e internacionales– sobre *compliance*. De esta manera, se extrajeron los elementos esenciales que determinan la existencia de un sistema de gestión de *compliance* eficaz. Determinada tarea fue desarrollada con la finalidad de emitir una norma técnica que permitiese evaluar y emitir una opinión profesional acerca del diseño, nivel de implementación y eficacia de un sistema de gestión de *compliance*: el estándar AssS 980 *Principles for the Proper Performance of Reasonable Assurance Engagements Relating to Compliance Management Systems* publicado en el año 2011, más conocido por su acrónimo alemán PS 980 (*Prüfungstandard*). Esta norma, pionera en su momento, identificó siete componentes que debían hallarse presentes en un sistema de gestión de *compliance*, para que pudiese ser considerado razonable por un evaluador independiente.

A los efectos de presente utilidad, lo interesante de este documento es que identificó dichos componentes al localizarlos en múltiples textos, que relacionó en sus apéndices (estándares genéricos y también específicos –por motivo de materia o sector–). El IDW constató que en todos ellos se hacía referencia a ciertas cuestiones concretas, aunque con nomenclatura, agrupación y orden eventualmente distintos. Esto llevó a pensar que existían una serie de características compartidas en los textos sobre *compliance* de mayor aceptación (principios generalmente aceptados). En la esfera de la prevención del soborno, esta tendencia a la convergencia internacional se observa claramente en estudios comparativos de organizaciones reconocidas<sup>5</sup>, que ilustran la gran cantidad de similitudes y coincidencias que comparten tanto las normas

3 Megan Donaldson y Rupert Watters, *Corporate Culture as a basis for the criminal liability of corporations* (Nueva York: United Nations Special Representative of the Secretary General for Business and Human Rights (UNSRSG)/ Allens Arthur Robinson, 2008), <https://media.business-humanrights.org/media/documents/f72634fd87adfd3d31a22f5f4b93150267b8a764.pdf>.

4 Allens Arthur Robinson preparó su informe para que fuera utilizado por el Representante Especial del Secretario General para Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

5 La entidad norteamericana sin ánimo de lucro CREATe publicó en el año 2017 "The CREATe Anti-Corruption Compliance – Guideline Reference", que resume los contenidos esenciales de los principales estándares y líneas directrices relativas a programas anti-corrupción, siendo una útil herramienta de benchmark entre los contenidos de: norma ISO 37001 sobre sistemas de gestión anti-soborno (2016), la "A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act" emitida conjuntamente por el Departamento de Justicia (DoJ) de los Estados Unidos y la Autoridad Reguladora del Mercado (SEC) (2012), los "Transparency International Business Principles for Countering Bribery" publicados por Transparency International (2009), los "World Economic Forum Partnering Against Corruption – Principles for Countering Bribery" de PACI (2005), la "Organisation for Co-operation & Development Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance" de la OCDE (2010), la "UK Bribery Act 2010 – Guidance" emitida por el Ministry of Justice británico (2010), el "U.S. Sentencing Commission Guidelines Manual – Chapter Eight – Sentencing of Organizations" (revisión de 2012), el "Summary of World Bank Group Integrity Compliance Guidelines" del World Bank (2011) y las "Asia-Pacific Economic Cooperation General Elements of Effective Voluntary Corporate Compliance Programs" de APEC (2014). También se observan líneas de convergencia en el documento publicado en 2017 por Transparency International España, titulado "Guía práctica de autodiagnóstico y reporting en cumplimiento normativo, buen gobierno corporativo y prevención de la corrupción", señalando una serie de indicadores sobre estas materias que tienen sus fuertes en diversas normas españolas, pero también en textos extranjeros e internacionales como la citada UK Bribery Act del año 2010 y su "Bribery Act 2010 Guidance", la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) norteamericana del año 1977 y su correspondiente Guía de aplicación (2012), el Convenio Civil sobre la Corrupción del Consejo Europeo (1999), el Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo Europeo (1998), La "Convención Contra la Corrupción con Implicación de Funcionarios Europeos o Funcionarios de los Estados Miembros de la Unión Europea (1997), las "Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales" (revisión de 2011), los "Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE" (revisión de 2004), la "Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE" (1977), la "Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción" (2004), el estándar AS 8001-2008 sobre "Fraud and Corruption Control", y los estándares ISO 19600 sobre "Compliance Management Systems" (2014) e ISO 37001 sobre "Anti-Bribery Management Systems" (2016).

nacionales como las internacionales más relevantes sobre el particular. Por lo tanto, en un entorno jurídico internacional no armonizado, la buena noticia es que las prácticas sobre *compliance* tienden a converger, de modo que es posible (i) interpretar los requisitos nacionales sobre la base de solventes recomendaciones internacionales y (ii) operar en la compleja economía global disponiendo de modelos de *compliance* alineados con las expectativas habituales en los mercados internacionales. Podría decirse que existe un lenguaje de comunicación común en *compliance*, cuya expresión más conocida son los estándares internacionales ISO, cuyo contenido y componentes se explican más adelante.

A la hora de implantar un modelo de *compliance*, especialmente, cuando se opera en múltiples países, es interesante guiarse por lo establecido en marcos de referencia generalmente aceptados. Para que un texto sobre *compliance* encaje dentro de esta categoría, es preciso que (i) contenga una regulación lo suficientemente detallada para que su aplicación sea unívoca, evitando interpretaciones variadas en su puesta en práctica, (ii) que se haya emitido por una organización con prestigio, de modo que su contenido disfrute de legitimidad técnica, y (iii) que el proceso de su elaboración esté regulado, siendo transparente y participativo. Estas características son las que dotan de prestigio e influencia a los marcos de referencia privados, dentro de los cuales destacan los estándares ISO en los que se centran los apartados siguientes.

## I.2. Estándares ISO

Los estándares ISO en materia de *compliance* representan un nivel de consenso significativo dentro de la comunidad internacional<sup>6</sup> y un salto evolutivo significativo al articular los modelos de *compliance* en forma de "sistemas de gestión", en lugar de los tradicionales "programas". Este cambio de paradigma conlleva un incremento de eficacia que genera mayor confianza en el mercado. Estos textos aglutinan prácticas incontestables, según el estado del arte en la comunidad internacional. Tal circunstancia no significa que aglutinen las teorías más novedosas, sino las prácticas más indiscutidas. Los procedimientos de revisión de las normas ISO garantizan la incorporación de mejoras en sus textos, una vez que las nuevas prácticas devienen generalmente reconocidas y, por lo tanto, están fuera de debate. Por ello, adoptar como patrón de diseño o evaluación de un modelo de *compliance* los estándares ISO les dota de una fuerte legitimidad dentro y fuera de las fronteras de los más de 164 países representados en dicha organización.

Obviamente, las organizaciones multinacionales han visto en los estándares ISO la solución a los quebraderos de cabeza ocasionados por la variación de exigencias de modelos de *compliance* entre diferentes países, pues les permite dotarse de estructuras de grupo (marcos corporativos) alineados con las expectativas internacionales, susceptibles de desplegarse en diferentes entornos y acoger algunos ajustes locales debidos a singularidades nacionales. Aun así, siendo textos extensamente debatidos en la comunidad internacional, entre expertos de múltiples jurisdicciones, rara vez precisarán variaciones locales significativas, convirtiéndose de facto en un factor para la mejor interpretación, implementación y potenciación de lo establecido en las diferentes normas nacionales.

6 Como se verá más adelante, en la elaboración del estándar ISO 37001:2016 sobre sistemas de gestión anti-soborno tomaron parte 59 países, entre partícipes y observadores, incluyendo China. En la OCDE, que ha emitido recomendaciones muy conocidas para la lucha contra el soborno con funcionarios públicos internacionales, participan 37 países y, por ejemplo, no está representada China a pesar de su innegable influencia en las esferas económica y geoestratégica.

## II. Estándares sobre compliance

El fenómeno de la normalización privada responde a la inquietud social de dar un tratamiento homogéneo a ciertos aspectos técnicos. En el ámbito del *compliance*, la proliferación de normas sobre las actividades sociales y económicas ha generado, en la última década, un notable apetito de directrices acerca del modo de gestionar esta complejidad. Como se mencionaba anteriormente, la irrupción del derecho penal en la esfera de la empresa ha acrecentado tal necesidad, contribuyendo a fortalecer el nivel de concienciación acerca de las conductas éticas y de respeto a las normas.

Esta necesidad propició el nacimiento del primer estándar nacional de *compliance*, la norma australiana AS 3806:2006, que terminaría disfrutando de una amplia aceptación más allá de su país de origen y serviría, más adelante, de base para la creación del primer estándar internacional sobre *compliance*, la norma ISO 19600:2014. Dentro del proceso normal de revisión, esta norma fue actualizada dando lugar a la actual ISO 37301:2021.

Por otra parte, aunque en el ámbito de la prevención del soborno se habían emitido directrices en diferentes plataformas internacionales, se puede decir que el estándar nacional más moderno<sup>7</sup> sobre el particular fue, en su día, el británico BS 10500:2011, vinculado con la UK Bribery Act del año 2010<sup>8</sup>, y que sirvió de base para elaborar el primer estándar internacional antisoborno, la norma ISO 37001:2016.

Recientemente, se publicó la norma ISO 37002:2021 sobre sistemas de gestión de la denuncia de irregularidades (*whistleblowing lines*), respondiendo así a la necesidad de armonizar la nomenclatura y tratamiento de esta materia a nivel internacional.

<sup>7</sup> Tuvo la consideración de estándar más moderno por cubrir las necesidades de una norma exigente como la Bribery Act británica, del año 2010, que se proyecta tanto sobre la corrupción con funcionarios públicos, como sobre la corrupción privada, a diferencia de la mayoría de directrices emanadas hasta entonces.

<sup>8</sup> BSi no explicitó la relación entre la publicación del estándar y la fecha de producción y entrada en vigor de la UK Bribery Act. Sin embargo, la proximidad de fechas entre ambos elementos siempre ha evocado cierta relación de causa-efecto.

## III. Los estándares ISO vigentes en compliance

### III.1. El estándar ISO 37301:2021

El primer estándar nacional acerca de programas de *compliance* fue el normalizado por Australian Standards, reputada organización independiente sin ánimo de lucro, reconocida por el Gobierno de Australia e integrante de ISO. Su comité especializado QR-014 elaboró el estándar AS 3806:2006. La finalidad de la norma era facilitar principios que permitiesen desarrollar y mantener programas de *compliance* efectivos, tanto para organizaciones públicas como privadas y de cualquier sector. Lo hizo fijando los doce principios que soportaban un programa de *compliance*, a los que asociaba una serie de buenas prácticas.

A pesar de ser un estándar local, la norma terminó adquiriendo notable difusión internacional, no solo por ser el primer estándar general sobre programas de *compliance*, sino por la claridad y practicidad de sus contenidos. Pertinentemente adaptado a la estructura de normas ISO, la norma australiana fue la base de trabajo para la elaboración del primer estándar internacional sobre *compliance*, la norma ISO 19600:2014 sobre *Compliance Management Systems* (CMS). Al igual que su antecesor australiano, el texto ISO 19600 nació como una norma de directrices, es decir, un "Management System Standard" (MSS) de Tipo B (no certificable).

Las novedades en materia de *compliance* evolucionan a una velocidad vertiginosa, lo que aconsejó revisar en profundidad su contenido, a efectos de incluir materias que habían ganado protagonismo con los años, por ejemplo, un mayor detalle de los canales para el planteamiento de inquietudes, de los procesos de investigación interna, de la incorporación de personas clave en la organización, etc. También se dio más empuje a la importancia de la cultura corporativa, hasta el punto de convertirse en el primer estándar de *compliance* que define formalmente el término "conducta". Este trabajo de actualización también sirvió para cambiar su naturaleza a norma de especificaciones, esto es, un MSS de tipo A (certificable).



El estándar ISO 37301:2021 determina requisitos de utilidad para establecer, mejorar o evaluar un sistema de gestión que facilite el cumplimiento de las obligaciones tanto exigibles como asumidas voluntariamente, referidas a los principales grupos que afectan a una organización. Esto conlleva a desarrollar dos labores de evaluación: una primera destinada a identificar estos grupos, y la segunda de identificación, análisis y valoración de las casuísticas de riesgo que llevan aparejadas. Así, se establecen modelos de *compliance* transversales, que no se limitan a un solo bloque de riesgos en concreto (de soborno, por ejemplo). Este texto da respuesta a la necesidad del mercado en estructuras de *compliance* más amplias, que generan confianza y acreditan una gestión social responsable.

### III.2. El estándar ISO 37001:2016

La lucha contra el soborno es, posiblemente, la materia que más normas relacionadas con el *compliance* ha generado en la comunidad internacional. Entre las más destacables históricamente: la Convención contra el soborno de la OCDE<sup>9</sup> y su posterior Recomendación para fortalecer la lucha contra el cohecho<sup>10</sup>, así como el primer instrumento internacional con vocación global de lucha contra diferentes conductas corruptas, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción<sup>11</sup>. Además, la lucha contra el soborno ha propiciado conocidos marcos de referencia –verdaderamente clásicos–

<sup>9</sup> Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD), Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 17 de diciembre de 1997. [https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery\\_ENG.pdf](https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf).

<sup>10</sup> Esta recomendación incluye, como Anexo II una Guía de Buenas Prácticas Sobre Controles. Ética y Cumplimiento, dirigida directamente a las empresas con la finalidad de garantizar la eficacia de los controles internos, las medidas o los programas de ética y cumplimiento para prevenir y descubrir el cohecho a funcionarios extranjeros. Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD), Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 26 de noviembre de 2009. <https://www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/oecdantibriberyrecommendation2009.htm>.

<sup>11</sup> ONU Asamblea General, United Nations Convention Against Corruption, 31 de octubre de 2003, A/RES/58/4. [https://www.unodc.org/documents/brussels/UN\\_Convention\\_Against\\_Corruption.pdf](https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf).

para establecer programas de *compliance* específicos, como los Principios Empresariales para contrarrestar el soborno de Transparencia Internacional<sup>12</sup>, los Principios de PACI<sup>13</sup>, las reglas de conducta y recomendaciones para combatir la extorsión y el soborno, de la Cámara de Comercio Internacional<sup>14</sup>, las líneas directrices sobre *compliance* en Integridad del Banco Mundial<sup>15</sup> o el Programa Anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas de las Naciones Unidas<sup>16</sup>. Además, la lucha contra el soborno también es objeto de tratamiento en normas nacionales muy conocidas y con

<sup>12</sup> Transparency International, junto con la también organización no gubernamental Social Accountability International, y con el apoyo de un grupo de empresas internacionales, redactó en 2002 Los Principios Empresariales para Contrarrestar el Soborno, que conforman un marco de referencia para que las empresas de cualquier tamaño promuevan prácticas éticas en la lucha contra el soborno, tanto en las operaciones con funcionarios públicos como en las transacciones privadas.

<sup>13</sup> Los denominados Principios nacen de la iniciativa de tres organizaciones de gran prestigio en materia de promoción de buenas prácticas empresariales a nivel internacional: el World Economic Forum en asociación con Transparency International y el Basel Institute on Governance. Puesto que la Convención contra el soborno de la OCDE (1997) no establecía directrices concretas en materia de cumplimiento y antes de que dicha organización emitiese sus recomendaciones contra el soborno (2009), PACI quiso facilitar unas directrices más concretas que permitiesen a las empresas aplicar de forma efectiva las recomendaciones para luchar contra la corrupción que provenían tanto de dicho entorno como de tantas otras iniciativas privadas. Partnering Against Corruption Initiative (PACI), Principios del PACI, (Cologny: World Economic Forum, 2004), <https://www.weforum.org/communities/partnering-against-corruption-initiative>.

<sup>14</sup> En el año 1977 la ICC elaboró su primer informe sobre la extorsión y el soborno en las transacciones comerciales internacionales, que incluía la primera versión de las Reglas de conducta para combatir la extorsión y el soborno. Dicho informe dio paso al segundo en el año 1996. La Comisión Anticorrupción de la ICC publicó en 1999 el Manual de prácticas corporativas para la lucha contra la corrupción (revisado y ampliado en 2003), que constituye una guía detallada conforme tanto a las reglas de Conducta emitidas por este organismo como de la Convención OCDE contra el soborno. Constituye un entorno para las organizaciones que desean poner en marcha un programa de integridad eficiente. En el año 2005 la ICC vuelve a examinar las Reglas de Conducta, que suponen un refinamiento en cuanto a varios aspectos relativos a la integridad. International Chamber of Commerce (ICC), Reglas de conducta y recomendaciones para combatir la extorsión y el soborno, trad. ICC México (Méjico: Cámara de Comercio Internacional, 2011), [https://www.iccmex.mx/uploads/anticorrupcion/herramientas/Reglas\\_de\\_la\\_ICC\\_para\\_Combatir\\_la\\_Corrupcion\\_edicion2011.pdf](https://www.iccmex.mx/uploads/anticorrupcion/herramientas/Reglas_de_la_ICC_para_Combatir_la_Corrupcion_edicion2011.pdf).

<sup>15</sup> World Bank Group, World Bank Group Integrity Compliance Guidelines (Washington D. C.: World Bank Group, 2011), <https://wallensteinlawgroup.com/wp-content/uploads/2017/12/WBG-Integrity-Compliance-Guidelines-full.pdf>.

<sup>16</sup> Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Programa Anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica (Nueva York: Naciones Unidas, 2013), [https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-85255\\_Ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-85255_Ebook.pdf).

gran capacidad de aplicación extraterritorial, como son la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) norteamericana<sup>17</sup>, o la *Bribery Act* (UKBA) británica<sup>18</sup>. Ambas han dado lugar a documentos explicativos emitidos por las autoridades correspondientes<sup>19</sup> y otros textos interpretativos interesantes<sup>20</sup>.

Dada la creciente importancia que otorgaba la normativa nacional e internacional a la lucha contra el soborno, así como que la *Bribery Act* británica configurase como irregularidad la carencia de elementos para su prevención, el comité CG/1 del *British Standards Institution* elaboró la Norma de especificaciones BS 10500 para *Anti-bribery Management Systems* (ABMS), que se publicó el 30 de noviembre de 2011. Este estándar británico, una vez adaptado a la estructura de las normas ISO, sirvió de base para elaborar el estándar internacional ISO 37001:2016, que se publicó en octubre de 2016. Al igual que su antecesor, el BS

<sup>17</sup> La Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (*Foreign Corrupt Practices Act*, conocida por su acrónimo anglosajón FCPA), es una de las normas más antiguas en esta materia, dado que se promulgó en Estados Unidos el año 1977, y se revisó en noviembre de 1988 a través de la *International Anti-Bribery Act*. Aplica en casos de corrupción a funcionarios públicos extranjeros y tiene una gran capacidad de aplicación extraterritorial, potenciada al perseguir los ofrecimientos. La persecución del soborno en el ámbito comercial privado se realiza aplicando la *Travel Act* de 1952 a través de una elaborada interpretación.

<sup>18</sup> La Ley Anti-soborno del Reino Unido (*Bribery Act*) del año 2010, entró en vigor el 1 de julio de 2011. Recoge las últimas tendencias en cuanto a la prevención y represión de la corrupción, aplicándose tanto a las conductas relacionadas con el sector público como privado. Tipifica como ilícito la ausencia misma de mecanismos de prevención y afirma la importancia que tienen los programas compliance. Indica expresamente que ante casos de soborno o cohecho la defensa de las organizaciones radica en demostrar que disponían de procedimientos adecuados que fueron diseñados para evitar este tipo de conductas. Esto es exigible no sólo a las organizaciones británicas, sino a cualquier "relevant commercial organisation", concepto que incluye otras entidades que desarrollean sus negocios o parte de ellos en territorio británico.

<sup>19</sup> Se hace referencia al documento producido conjuntamente por: Department of Justice and The Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act (Estados Unidos: United States Government, 2012), <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download>; así como al documento emitido por: Ministry of Justice, The Bribery Act 2010 – Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (Section 9 of the Bribery Act 2010) (Reino Unido: State for Justice, 2011), <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>.

<sup>20</sup> U.S. Department of Justice, Criminal Division, Evaluation of Corporate Compliance Programs (Estados Unidos: Fraud Section, 2017), <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>.

10500:2011, el estándar ISO 37001:2016 es una norma de especificaciones, esto es, un MSS de Tipo A (certificable). No obstante, al igual que aquél, también incorpora algunas directrices. Aunque la mayoría de países participantes en su elaboración recientemente se manifestaron contrarios a revisarlo, es probable que finalmente sea objeto de revisión limitada por la conveniencia de actualizar algunos elementos redactados y adaptarlos a la reciente estructura armonizada de ISO.

### III.3. El estándar ISO 37002:2021

Curiosamente, el primer estándar ISO sobre *compliance*, la norma ISO 19600:2021, apenas contenía menciones sobre los canales internos para la comunicación de inquietudes (*whistleblowing lines*). Esta circunstancia se solventó en los posteriores estándares ISO 37001:2016 e ISO 37301:2021 comentados anteriormente. Sin embargo, sus contenidos sobre este particular seguían siendo limitados, a juzgar por la importancia y protagonismo que han adquirido los canales internos de denuncias. Para cubrir la necesidad de armonización internacional se publicó, en julio de 2021, el estándar ISO 37002:2021 sobre sistemas de gestión de la denuncia de irregularidades. Este estándar fija los principios que deben investir este tipo de herramientas (confianza, imparcialidad y protección) y detalla las etapas a través de las cuales procede gestionar la denuncia de irregularidades: recepción, evaluación, tramitación y conclusión. Para cada una de ellas establece recomendaciones muy detalladas y de gran utilidad práctica. En este sentido, aun tratándose de un MSS de Tipo B (no certificable), sus contenidos son tremadamente detallados y traslucen la dilatada experiencia de los expertos que participaron en su elaboración.

## IV. Componentes normalizados en los sistemas de gestión de compliance

Los estándares ISO sobre sistemas de gestión de *compliance* establecen los componentes que ordena la llamada "estructura armonizada" (HS) de ISO, y que articula su contenido ubicando buenas prácticas sus capítulos 4 a 10, que se esbozan a continuación:

- Conocimiento de la organización y su contexto
- Cada sistema de gestión de *compliance* debe adecuarse a las circunstancias tanto de la organización como de su entorno. El Capítulo 4, *Contexto de la organización*, aborda materias que son clave para comprender las necesidades de cada una, partiendo de sus circunstancias tanto externas como internas, así como las legítimas expectativas de sus partes interesadas (*stakeholders*). Además, se regula el proceso de evaluación de riesgos<sup>21</sup>, que atraviesa por su identificación, análisis y valoración. Este capítulo es clave para aplicar adecuadamente el principio de proporcionalidad y seguir un enfoque basado en el riesgo. En definitiva, este componente permite valorar si el modelo de *compliance* de una organización se adecúa a sus necesidades reales.
- Liderazgo

Desde hace décadas, se viene reconociendo la importancia del llamado *tone at the top*. Es el compromiso del órgano de gobierno y la máxima dirección en observar conductas apropiadas, alineadas con la ética y el respeto a las normas. Este compromiso afecta a los administradores y al cuadro directivo, pero también a los propios responsables de *compliance* y a cualquier persona en

<sup>21</sup> Los estándares ISO 37301:2021 e ISO 37001:2016 no precisan aplicar la metodología de evaluación de riesgos ISO 31000, aunque hacen referencia a criterios de probabilidad y consecuencias para la métrica de evaluación.

el seno de la organización. El Capítulo 5, *Liderazgo*, pone de manifiesto las prácticas y conductas que deben observar todos estos colectivos.

Es importante subrayar que, a diferencia de los estándares precedentes AS:3806:2006 y BS 10500:2011, se evita recurrir a la figura del "oficial de cumplimiento" y recurre al concepto de "función de compliance", dado que la complejidad actual del entorno suele precisar de órganos colegiados capaces de incorporar conocimiento plural y sinérgico. Es una fórmula que brinda la flexibilidad suficiente para que cada organización adopte la forma orgánica de *compliance* que mejor se adapte a sus circunstancias. También se regula la política de *compliance*, como elemento relevante del sistema de gestión<sup>22</sup>, por cuanto fija la voluntad de la organización en esta materia, realza su nivel estratégico y facilita establecer parámetros generales de conducta. Igualmente, se aborda la necesaria asignación de roles y responsabilidades en materia de *compliance*, de forma que no sean genéricas, o estén carentes de *accountability*.

- Objetivos y actividades

Carece de sentido emprender actividades de *compliance* sin una idea clara de los objetivos que se persiguen con ello. En un sistema de gestión, estas actividades a desarrollar deben guardar consistencia con los objetivos, tanto estratégicos como operativos, que se ha marcado la organización en materia de *compliance*, cuya razonabilidad descansa sobre las circunstancias de la organización, en general, y su evaluación de riesgos, en

particular. De hecho, los objetivos y sus actividades derivadas deberían tender a disminuir el nivel de exposición de la organización a la materialización de riesgos de *compliance*. El Capítulo 6, *Planificación*, sigue este enfoque esencial.

- Elementos de apoyo

La consecución de los objetivos de *compliance*, a través de un desarrollo exitoso de actividades, solo resulta posible cuando concurren determinados pilares o fundamentos.

El Capítulo 7, *Apoyo*, articula los elementos que se precisan para que el sistema de gestión disponga del soporte adecuado, regulando así los recursos –materiales, humanos, etc–, o la necesidad de desarrollar actividades de formación y concienciación<sup>23</sup> que establezcan, mantengan o mejoren una cultura organizativa que contribuya a la consecución de los objetivos pretendidos. También entrañan labores de apoyo aquellas actividades de comunicación internas y externas a la organización, así como una adecuada custodia de la información y documentación sobre *compliance*.

- Operación del sistema

El sistema de gestión estará dotado finalmente de elementos que le permitan la identificación, detección y gestión temprana (reacción) frente a riesgos de *compliance*.

El Capítulo 8, *Operación*, centra su atención en una serie de actividades clave en la operativa del sistema de

gestión de *compliance*. Es reseñable la distinción que realiza el estándar ISO 37001:2016 entre controles financieros y no financieros, que aleja el enfoque de los típicos entornos de control centrados, principalmente, en los flujos económicos. En cualquier caso, todos los estándares ISO sobre *compliance* coinciden en la necesidad de integrar los procesos de *compliance* dentro de los procesos de negocio<sup>24</sup>, evitando así, que sean realidades paralelas y que puedan desarrollarse los unos sin concluir los otros. Como aspectos especialmente relevantes en la operación del modelo, se regulan los conocidos *third party due diligence procedures* y las cautelas a observar cuando se externalizan determinados procesos que pueden exponer a la organización.

- Evaluación del desempeño

La mera implantación de un sistema de gestión no garantiza la consecución de los objetivos de *compliance*, siendo preciso, además, medir constantemente su desempeño para comprobar su adecuación y efectividad. Por ello, este componente reviste capital importancia cuando se interpreta un modelo de *compliance* en clave sistémica, encontrándose, entonces, ante una estructura "viva" capaz de evaluarse, para así evolucionar a mejor.

El Capítulo 9, *Evaluación del desempeño*, guarda relación con la determinación y seguimiento de indicadores que permitan conocer el nivel de consecución de los objetivos de *compliance*. Se regula su reporte, junto con las demás actividades llevadas a cabo, al órgano de gobierno y a la alta dirección de la organización.

Es interesante conocer que los estándares ISO atribuyen al órgano de *compliance*

22 En líneas generales, un documento a modo de política ha venido siendo exigido en los sistemas de gestión de ISO. Sin embargo, en el ámbito de los sistemas de gestión sobre *compliance*, este documento adquiere una relevancia capital, dejando de ser un elemento diluido dentro del resto que conforman el sistema de gestión, para asumir un protagonismo destacado. Esto obedece a la importancia que otorgan los textos de *compliance* a fijar y difundir los parámetros de conducta que serán luego objeto de supervisión y control. Sin una Política de *compliance* con contenidos adecuados y correctamente difundidos, será muy difícil disponer de un sistema de gestión eficaz.

23 Existe un amplio consenso en considerar que una de las principales finalidades de los modelos de *compliance* es el establecimiento, mantenimiento o mejora de una cultura ética y de respeto a las normas. A tales efectos, es esencial desarrollar actividades formativas y de concienciación. Esta aproximación, que algunos denominan de "integridad" se contrapone a la aproximación clásica basada en el "control". Parte de considerar que los controles tienen límites inherentes que difícilmente se pueden soslayar, arrojando mejores resultados las acciones que cultivan la integridad de los sujetos. Los enfoques de las normas ISO son híbridos, pues junto con las actividades de mejora de la integridad (formación y concienciación, por ejemplo) ser establecen actividades de control (políticas, procedimientos y controles).

cometidos de supervisión a través de la operación del sistema de gestión, pero no necesariamente de decisión, que corresponderá a los cargos u órganos societarios que tengan atribuidas legalmente estas competencias<sup>25</sup>. En algunos países, la delegación de tales facultades al órgano de *compliance* puede ser ilegal o interpretarse como una gestión de gobernanza poco responsable. Este capítulo también trata del desarrollo de actividades de auditoría interna para constatar que el sistema de gestión sea adecuado a las circunstancias de la organización y que todos sus elementos operen de manera razonable.

- Mejora continua

Un sistema de gestión de *compliance* no solo debe ser capaz de ceñirse a las circunstancias de cada organización y medir su desempeño, sino también de incrementar sucesivamente el umbral no solo de su eficacia, sino también de su exigencia. No se trata únicamente de disminuir el riesgo residual de la organización, sino hacerlo constantemente e incrementar el rasante de sus exigencias, incluidas las de naturaleza ética.

El Capítulo 10, *Mejora continua*, contempla prácticas que permiten mejorar continuamente el sistema de gestión, sea mediante evaluaciones planificadas, o sobrevenidas con ocasión del cambio de circunstancias de la organización o de la materialización de no conformidades o incumplimientos. Es de utilidad para migrar de mínimos indispensables a las mejores prácticas identificadas por cada organización, sector de actividad, etc.

24 Los procesos de *compliance* deberían incardinarse dentro de los procesos de negocio, de forma que éstos últimos no pudieran concluir sin haber satisfecho los requisitos de *compliance*. Mantener procesos paralelos (de negocio y de *compliance*) facilita que puedan concluir unos (los de negocio) sin haber finalizado satisfactoriamente los otros (los de *compliance*). Aunque es útil a efectos didácticos, en puridad no debería distinguirse entre unos y otros procesos (negocio versus *compliance*), dado que no debería existir forma de desarrollar actividades que no sea cumpliendo con las normas de aplicación, incluidas las asumidas voluntariamente.

25 Es una consecuencia lógica de la aplicación del Principio de subordinación a Ley que aplica a todos los estándares privados ISO.

## V. Conclusiones

A través de los apartados anteriores se han expuesto los estándares ISO en materia de *compliance* que se han publicado hasta la fecha. Así también el modo en que recogen y ordenan prácticas generalmente aceptadas, y el motivo por el cual generan mayor confianza en los mercados internacionales.

No cabe duda de que fijan un lenguaje de comunicación común y que no solo permiten cubrir las expectativas actuales en cuanto a una gestión responsable, sino también convertirse en baremo de medición del grado de diligencia de las organizaciones y de sus gestores. En particular, constituyen una herramienta de indudable utilidad en sede judicial, cuando se trata de medir la adecuación de modelos de *compliance* y el nivel de sensibilidad de administradores y directivos.

Todo ello explica el amplio nivel de aceptación que están teniendo los estándares ISO sobre *compliance* en la comunidad internacional, hasta el punto de inspirar estándares nacionales adaptados a sus componentes, como ha sido el caso en España de las normas UNE 19601:17 y UNE 19602:2019, o incluso del *China National Standard* en materia de *compliance*. Un avance significativo hacia un *compliance mindset* en la comunidad internacional, que de forma tan visible se observa en los foros internacionales donde evolucionan los conceptos más avanzados sobre esta materia.

## Bibliografía

Department of Justice and The Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission. *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. Estados Unidos: United States Government, 2012. <https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download>.

Donaldson, Megan y Rupert Watters. *Corporate Culture as a basis for the criminal liability of corporations*. Nueva York: United Nations Special Representative of the Secretary General for Business and Human Rights (UNSRSG)/Allens Arthur Robinson, 2008. <https://media.business-humanrights.org/media/documents/f72634fd87adfd3d31a22f5f4b93150267b8a764.pdf>.

International Chamber of Commerce (ICC). *Reglas de conducta y recomendaciones para combatir la extorsión y el soborno*. Traducido por ICC México. México: Cámara de Comercio Internacional, 2011. [https://www.iccmex.mx/uploads/anticorrupcion/herramientas/Reglas\\_de\\_la\\_ICC\\_para\\_Combatir\\_la\\_Corrupcion\\_edicion2011.pdf](https://www.iccmex.mx/uploads/anticorrupcion/herramientas/Reglas_de_la_ICC_para_Combatir_la_Corrupcion_edicion2011.pdf).

Ministry of Justice. *The Bribery Act 2010 – Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (Section 9 of the Bribery Act 2010)*. Reino Unido: State for Justice, 2011. <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). *Programa Anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica*. Nueva York: Naciones Unidas, 2013. [https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-85255\\_Ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/13-85255_Ebook.pdf).

ONU Asamblea General. *United Nations Convention Against Corruption*, 31 de octubre de 2003. A/RES/58/4. [https://www.unodc.org/documents/brussels/UN\\_Convention\\_Against\\_Corruption.pdf](https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf).

Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD). *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, 17 de diciembre de 1997. [https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery\\_ENG.pdf](https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf).

—. *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, 26 de noviembre de 2009. <https://www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/oecdantibriberyrecommendation2009.htm>.

Partnering Against Corruption Initiative (PACI). *Principios del PACI*. Cologny: World Economic Forum, 2004. <https://www.weforum.org/communities/partnering-against-corruption-initiative>.

U.S. Department of Justice, Criminal Division. *Evaluation of Corporate Compliance Programs*. Estados Unidos: Fraud Section, 2017. <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>.

World Bank Group. *World Bank Group Integrity Compliance Guidelines*. Washington D. C.: World Bank Group, 2011. <https://wallensteinlawgroup.com/wp-content/uploads/2017/12/WBG-Integrity-Compliance-Guidelines-full.pdf>.

Edición



# MISCELÁNEOS

VOLUMEN 2



# DE BECCARIA A ZAFFARONI: UNA PROPUESTA PARA LA HUMANIZACIÓN DEL SISTEMA PENAL COLOMBIANO

**Sumario:** I. Introducción, II. La pena y su evolución: desde El absolutismo hasta la humanización, III. Ámbito Criminológico en la incidencia y realización del delito, IV. El Ius Puniendi a la luz del Sistema Jurídico Colombiano, V. La Prevención y la Política Criminal en Colombia, VI. ECI: Cárcel hacinadas y el incumplimiento de los fines de la pena, VII. La Justicia Restaurativa desde la óptica humanista de la pena, VIII. Conclusiones, IX. Referencias

## Resumen

La obra del maestro Beccaria, *De los delitos y las penas*, publicada en 1764 propone cambios trascendentales que se han convertido en las bases del derecho penal actual. Aun así, en pleno siglo XXI, se topa ante una realidad nefasta, donde la vulneración de derechos fundamentales y garantías mínimas se incrementan día a día por diversas falencias en el sistema penal colombiano. De manera que, las condiciones delictivas y la repercusión punitiva a los individuos, no es muy distinta a lo que planteaba Beccaria. Este, del mismo modo, critica al sistema de la época, estableciendo que era confuso, irracional, desproporcionado y vengativo. Los avances tecnológicos del derecho y de la sociedad suponen una óptica

Estado social de derecho colombiano, el cual promulga garantías inherentes al ser humano, no es muy distinto a los sistemas de la época. Se evidencia un derecho penal sin límites, el cual se encuentra ligado a la política e intereses de los gobernantes de turno. El presente artículo, traza la trayectoria de la pena, partiendo del retribucionismo como poder punitivo ilimitado hasta el concepto de la humanización de la pena y la justicia restaurativa. Se ilustra de igual manera, la viabilidad de un derecho penal y de una política criminal los cuales materialicen el cumplimiento de los fines de la pena, se reestructure aquello que califica Zaffaroni como los "modernos campos de concentración", haciendo referencia a las cárceles, los cuales, en conjunto, impiden la restauración del tejido social, y de cualquier tipo de resocialización. Las penas, actualmente, tienen un efecto negativo muy marcado, puesto que se encuentran deshumanizadas. Con lo anteriormente expuesto, urge el replanteamiento de la justicia colombiana, especialmente por aquellos que se encuentran olvidados dentro del sistema y son sentenciados a una pena de muerte maquillada.

**Palabras clave:** Estado social de derecho; Derecho penal humano; Derechos humanos; Resocialización; Reinserción; Fin de la pena; Justicia restaurativa; Garantías mínimas.

<sup>1</sup> Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca. Magíster en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás en convenio con la Universidad de Salamanca. Especialista en Instituciones Jurídico Penales de la Universidad Nacional de Colombia. Docente Universitario, director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda, sede Santa Marta.

<sup>2</sup> Estudiante de último grado de Derecho de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Monitora del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda, sede Santa Marta.

## Abstract

Beccaria, whom is widely considered one of the greatest thinkers of the Age of Enlightenment, is well remembered for his treatise "On Crimes and Punishments" published in 1764. He outlined major modifications that have become the basis of modern day criminal law. Nevertheless, even now in the XXI century, we face a disastrous reality, with the infringement of fundamental rights and minimum standards that are increasing day by day due to various deficiencies in the colombian judicial system. As a result, the delinquent conditions and the consequences of the punitive repercussions on individuals are not very different from what the professor Beccaria proposed. In the same way, he was also critical towards the system at the time, establishing that it was unclear, unreasonable, out of proportion and retaliatory. Advances in technology, legislation and societal progress suppose a renewed perspective on punishments; however, the State of social law in Colombia, which promulgates inherent guarantees to human beings, is not significantly different from the systems of the time. A limitless criminal law is evident, which is tied to the political interests of the ruling party of the moment. This article delineates the path of penal punishment, starting off with retributionism and the concept of unlimited chastisement and up to the notion of humanizing penalties and restorative justice it also illustrates the reliability of a criminal law and a criminal policy that materializes the realization of the ends and porpose of punishments, as well as the reform of what Zaffaroni describes as "modern concentration camps", pointing out that the current sanctions have a very marked negative effect due to their dehumanization. Mentioning all of the above, it is urgent to rethink and restructure the colombian judicially system, especially for those who are forgotten within the system and sentenced to a made-up death penalty.

**Keywords:** State of social law; Human criminal law; Human rights; Resocialization; Reinsertion; Penalty purposes; Restorative justice; Minimum guarantees.

## Introducción

Han transcurrido dos siglos y medio desde la publicación de la obra *De los delitos y las penas* de Cesare Beccaria (1764), la cual se convirtió en un pilar, no solo del derecho penal sino del iluminismo, porque sentó las bases del derecho penal liberal, evidenciando y señalando las crueidades, inclemencias, desproporciones de las penas y castigos de la época. Es por ello que, la grandeza de su obra se enmarca en atreverse a criticar tal sistema confuso, irreflexivo e irracional y presentar una propuesta de cambio basada en la humanización de las penas, abolición de la pena de muerte, la tortura, igualdad ante la ley, principio de legalidad, entre otros.

Dicha obra constituyó un hito, al ser la que sembró la idea de un sistema garantista para los ciudadanos, asignando funciones preventivas a la pena, abandonando las épocas de tabú, venganza privada, ley del talión, etc., en donde estas no solo tenían un fin expiatorio, sino que debían ser entendidas como un "motivo sensible" cuya misión era "desviar el ánimo despótico de cada uno de los hombres de sumergir en el antiguo caos las leyes de la sociedad". Igualmente, estableciendo límites en su determinación y ejecución; proporcionalidad de las penas, así, dando paso a un derecho penal ajeno a los caprichos e intereses de los gobernantes de turno, sometiéndolo al Estado de derecho y al principio de legalidad.

Sin embargo, la realidad de las cárceles en Latinoamérica, especialmente en Colombia, las condiciones en las que se ejecutan las condenas, la situación de los sindicados (sobre los cuales sigue rigiendo la presunción de inocencia), la imposibilidad de acceder al sistema de seguridad social, el campante y creciente hacinamiento (48%) que, en efecto, ha provocado que la Corte Constitucional declare el estado de cosas inconstitucionales en el sistema carcelario por medio de un compendio de sentencias a partir de la acreditación de la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afectan a un número significativo de personas, la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos, la adopción de prácticas inconstitucionales, la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, entre otras, evidencian que no se está tan lejos, ni en tan mejor situación que la descrita por Beccaria hace 257 años.



## 1. La pena y su evolución histórica (Seneca, Kant, Hegel, Feuerbach, Filangieri Bentham y Zaffaroni)

En la obra *De los Delitos y las penas* se ilustra el castigo al que fue sometido un desequilibrado mental, el cual fue sentenciado por haber herido levemente al rey de la época:

debía ser llevado y conducido en una carreta desnudo, con un hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano, después le debían ser atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha con la que cometió el parricidio, quemada con fuego de azufre, y a continuación su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego.<sup>3</sup>

De este modo, se expone una época en donde el poder punitivo del Estado era ilimitado en vista de que no se valoraba lo que estas potestades implicaban. En la actualidad, se podría establecer lo mencionado anteriormente como atentados contra la dignidad humana, contra la vida y contra la libertad. Esta obra, se considera una guía y una crítica directa a las falencias de los sistemas de la época, proponiendo así soluciones, muy acertadas, que más adelante se convertirían en la

base del planteamiento conceptual de los fines de la pena y por consiguiente del derecho penal.

Beccaria introduce la noción de "límite" de la pena, el cual sugiere que este deje de ser expiatorio y más bien, sea examinado desde la óptica humana; que no se busque solamente castigar el delito cometido, sino que las penas sean útiles para prevenir delitos, desde el punto de vista general como especial. Por consiguiente, estos planteamientos fueron génesis de un sinfín de posiciones, teorías, movimientos los que incluso influyeron en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Por lo tanto, nacen varios criterios. El primero, asevera que el delito es un daño a la sociedad, en la medida en que afecta a los individuos que han acordado ciertas reglas para la convivencia de personas y derechos. En donde quien comete la o las conductas punibles representa un peligro para la sociedad. Es decir, la sanción no puede pretender la restauración del orden jurídico. En vista de estas ideas, Kant, establece entonces que el derecho penal es aquel que tiene el soberano con respecto a quien se encuentra sometido, de imponerle una pena por la comisión del delito. El único fundamento de la pena es entonces la retribución a la culpabilidad del sujeto. De este modo, la aplicación de la pena es una necesidad ética, una exigencia de justicia, un imperativo categórico. Por ende, los posibles efectos preventivos son artificiales y ajenos a la esencia de la misma.

Así pues, estos planteamientos adquirieron el nombre de Retribucionismo, conocido como un mal por mal en donde el único interés del Estado es la venganza contra el individuo que se atreve a actuar en contra de lo que este dicta. Emergen distintas preocupaciones sobre las garantías mínimas del condenado frente a los abusos del antiguo régimen. Desde una perspectiva más jurídica, Hegel, justificaba el carácter retributivo de la pena por la necesidad de restablecer la vigencia de la voluntad general representada por el orden jurídico que resultaba negada por la voluntad especial del delincuente, por lo tanto, esta debía ser reafirmada mediante la imposición de la pena. Es decir, para la corriente retribucionista el sentido de la pena se fundamentaba en que la única manera de compensar la culpabilidad de quien cometiera un delito es por la imposición de una pena. La justificación de la sanción es la realización de justicia, como un valor absoluto. Sin embargo, este pensamiento no fue aceptado en su totalidad por no tener en cuenta el principio de proporcionalidad el cual establece que la pena debe tener su medida, de tal forma que el castigo no puede excederse.

De la misma manera, se asociaba el retribucionismo con la venganza, la cual en términos simples es una forma de recuperación, al igual que la retribución en la ley. Sin embargo, cabe resaltar que la retribución fue desarrollada con el objetivo de garantizar la justicia, la igualdad ante la ley y el resarcimiento a la víctima por el mal ocasionado. Era una contradicción el hecho de que Kant destacara la dignidad y libertad del hombre y al mismo tiempo sostuviera que la retribución de la pena era una exigencia. La pena no era más que un instrumento para consecución de la justicia y el mantenimiento del derecho.

A pesar de poder establecer todas estas connotaciones negativas, hay varios aspectos positivos de las teorías absolutas o retributivas de la pena. Estas tienen una preocupación muy marcada por la justicia. No obstante, como se ha mencionado anteriormente, no hacen referencia alguna a la pena justa, un factor irracional, en virtud de la trascendencia que se le reconoce al individuo en un Estado democrático de derecho. Como contraposición a la teorías absolutas o retributivas de la pena, se postularon teorías relativas o preventivas, basadas, entre otros, en los planteamientos de Séneca –*quia peccatum est sed ne peccetur* (no se pena por el pecado cometido, sino para que no se peque) –, en la que le asignan al derecho penal la función de prevenir delitos, ya sea de manera general como especial. En esta corriente se puede mencionar como principales exponentes a Feuerbach, Filangieri y Bentham.

3 César Beccaria, *De los delitos y las penas* (Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1993).

## 2. Ámbito criminológico en la incidencia y realización del delito

Al vivir en sociedad, el ser humano debe establecer parámetros con el fin de prevenir comportamientos que perjudiquen a la comunidad; pero lo cierto es que antes de prever dichas conductas se deben resolver las causas que llevan a ello. Es precisamente Beccaria quien, en su ahínco de reformar el poder punitivo ilimitado del Estado, presenta una base en donde, según Santiago Redondo, señala que se deben estudiar los delitos científicamente y los medios para su prevención<sup>4</sup>. Por todo lo anteriormente expuesto, se va construyendo la ciencia criminológica en donde se estudian las razones del individuo criminal, el crimen, la víctima y la prevención; sin embargo, las teorías explicativas de la comisión del delito han variado a lo largo de la historia por lo que es menester realizar un reencuentro de las diferentes posturas.

Para iniciar, se debe remitir a la Escuela Clásica, en donde se encuentra a Beccaria y, años más tarde, a Francesco Carrara. Dada su base en la ilustración se desarrolló bajo la teoría de que "todos los hombres son libres, iguales, racionales y podían, por ello, actuar responsablemente como individuos"<sup>5</sup>, es decir, se otorga al sujeto un libre albedrio, por el cual, todos al tener las mismas competencias podrán elegir entre cometer actos delictivos o no, pero aquel que se desvió a hacer lo malo (crimen) deberá recibir un castigo para restaurar el perjuicio causado a los demás miembros de la sociedad. Algunas de las críticas que recibe esta Escuela es que, centrándose solo en el libre albedrio, dejó de lado las circunstancias personales y colectivas que también inciden en el comportamiento delictuoso y, de hecho, no estudió al hombre delincuente como foco del delito, sino que lo dejó a otra materia.

Se pasará pues al positivismo criminológico que tiene como máximos representantes a Enrico Ferri, Cesare Lombroso y Raffaele Garofalo. Es precisamente Lombroso quien será considerado el padre de la criminología por su estudio sistemático en esta materia; aunque, por otro lado, algunos autores sostienen que quien estableció la palabra criminología y su significado fue Rafael Garofalo, quien explica que "la criminología es el estudio del delito, sus causas y los medios empleados para su represión"<sup>6</sup>. Contrario a lo establecido por los clásicos, los positivistas expondrán que no es por el libre albedrio que se llega al crimen, sino que existen tres factores que determinarán el comportamiento, los cuales son: antropológicos, físicos y sociales. Dichos componentes no son excluyentes, por el contrario, obran en conjunto, salvo que algunas primarán en ciertas categorías. Por esto, se debe tener en cuenta todo lo que rodea al delincuente (elementos sociales, políticos, fisiología, etc.), quien es el protagonista de la ciencia criminal.

Siguiendo con el positivismo, es oportuno mencionar algunas de las divisiones y características que presentó Lombroso en su libro *L'uomo delinquente*. Sustenta que hay un delincuente nato y se conoce por su menor capacidad craneana, frente hundida, insensibilidad moral y falta de remordimientos, gran impulsividad, etc. También un delincuente loco moral, el cual tiene un cráneo normal, se rehusa a usar tatuajes, son perezosos, antipáticos y muy crueles. De igual forma, se encuentra un delincuente epiléptico que son sujetos violentos, precocidad alcohólica y en relación sexual, suicidas, sonámbulos, etc. Además, el delincuente loco se puede dividir en tres, el alcohólico, histérico y uno mattoide. Adicionalmente, clasifica a un delincuente pasional, el cual no tiene características físicas que lo distinguen y actúa de forma improvista, por lo que es probable que después de realizar el delito desee suicidarse. Por último, el delincuente ocasional, el cual no nace criminal, pero, por algunas circunstancias, llega a la comisión del delito. En general,

para Cesare, el criminal es un salvaje que no ha evolucionado, pero que llega a vivir en medio de la civilización.



Figura 1. Ejemplos de fisionomía de criminales ilustrados  
Fuente: *Luomo Delinquente* (Hombre criminal), Cesare Lombroso (1876)

Se procede en esta misma línea a la criminología clínica, introducida por Edmundo Mezger, en donde se estudia al individuo de forma particular. Por ser clínica, realiza un diagnóstico, determina un pronóstico de comportamiento e indica un tratamiento para el paciente (criminal). El desarrollo de esta tesis se lleva a cabo en Italia por Benigno Di Tullio y Enrico Altavilla. Di Tullio clasifica a los delincuentes según principios de criminología y psiquiatría en tres grandes grupos con divisiones dentro de los mismos, los cuales se clasifican a continuación:

Clasificación macro	Dividida a su vez en
Delincuentes constitucionales	A orientación hipoevolutiva: Predisuestos por genética o por aprendizaje adquirido en la infancia. A orientación psiconeurótica: Las anomalías vulneran su sistema nervioso, por lo que llegan a presentar episodios, por ejemplo, epileptiformes que lo hacen agresivo e impulsivo. A orientación psicopática: Inciden en el delito porque tienen anomalías psíquicas. Este grupo es de los más fundamentales porque hay gran concurrencia entre la psicopatía y el delito.
Delincuentes ocasionales	Ocasional puro: Llega al delito por situaciones exógenas excepcionales. Ocasional ambiental: Delinque precisamente por causas ambientales, si no atravesara situaciones de miseria u otras no cometaría el delito. Ocasional por estado emotivo-pasional: Hay momentos en los que circunstancias externas al individuo hacen que se quebre su equilibrio psíquico-moral lo que causa que cometa el delito.
Delincuentes enfermos de mente	Locos delincuentes: Delinquen de manera ocasional por enfermedad mental (delirios, alucinaciones). Criminales locos: Como su nombre lo indica son criminales ordinarios antes que locos.

4 Santiago Redondo, "Prólogo. Retos de la Criminología", Derecho y Cambio Social 13, n.º 44 (2016).

5 Ian Taylor, Paul Walton y Jock Young, "Criminología crítica en Gran Bretaña: reseña y Perspectivas", en Criminología Crítica (Méjico: Siglo XXI, 1977).

6 Rafael Garofalo, Criminología. Studio sul delitto, sue cause e sui mezzi di repressione (Italia: Bocca fr. Torino, 1885).

Teniendo claro los conocimientos, las críticas que recibieron ambas teorías y por la cual el positivismo "murió" son varias. Cabe mencionar primero, respecto a Lombroso, que mantener un perfil criminal biológico determinista es negar que el individuo puede cambiar su comportamiento con base al aprendizaje, por lo que someterlo a un "tratamiento psicológico rehabilitador" realmente no serviría de mucho y, en el mejor de los casos, solo reduciría las consecuencias, es decir, la pena o tratamiento serviría muy poco o para nada. Segundo, muy ligado al primer punto, la clasificación determinista era discriminatoria y muchos basaron los argumentos y políticas racistas con esta. Por último, con respecto a la criminología clínica se sostiene que no se puede construir una ciencia criminológica basándose solo en un tratamiento y mucho menos individual, porque los fenómenos deben ser entendidos de forma global.

En el curso de esta búsqueda para la explicación delictiva se observa cómo han concurrido diferentes áreas de estudio como la jurídica, médica, sociológica, etc. Por lo que, de igual forma, entrará a aportar el psicoanálisis. La teoría de Sigmund Freud es de manera análoga determinista y gira en torno al sexo, pues explica que el delito, al ser un acto humano, tiene una base sexual como todos los demás comportamientos. Para sustentar su tesis se vale de varias teorías. Freud sostiene que existen partes del cuerpo relacionadas con la libido (entendiendo la libido como esa hambre por instinto sexual); entonces, la libido se situará en las zonas mediante el desarrollo humano, empezando por la parte oral, anal, fálico (genitales), latencia (en donde no hay interés sexual) y genital (surge nuevamente el interés por los genitales). Así, todas estas etapas tienen que ser superadas por el sujeto, pero si no lo hace y queda "fijado" a un momento sin alcanzar la fase genital, el sujeto se frustra lo que explica por qué tiene conductas desviadas/delictivas. Si el ser se adhiere a la etapa oral puede ser alcohólico o cometer calumnias; si queda en la fase anal entonces incurrá en delitos contra la propiedad; y si se hinca a lo fálico cometerá delitos sexuales.

Continuando con el psicoanálisis, según Freud hay dos instintos que rigen al individuo,

el básico que es la vida y su oposición que es la muerte. Esta teoría de los instintos tiene efecto en la criminología, en tanto que el individuo que tiene instinto de muerte delinquirá. Por otro lado, ejecuta la "división topográfica", en donde divide a la psique en consciente (darnos cuenta de lo actual), preconsciente (traer algo al consciente a voluntad) y el inconsciente (lo olvidado e irreconocible). Con esto, introduce al mundo de la criminología la causa de delinquir del delincuente con motivación desconocida (inconsciente), lo que lleva a plantear que el hombre no es libre de elegir su actuar porque realmente está manejado por su inconsciente.

La última hipótesis para mencionar es su diseño de la "dinámica" en donde se encuentra, en primer momento, el id/ello (solo se dejalevar por el placer, no hay ningún tipo de prohibición); el ego/yo (zona de control para protegerse de los instintos); y finalmente el super ego/super yo (todo lo exterior, las normas impuestas por la comunidad al hombre). Con esta teoría explica el delito sustentando que el hombre despojado del super yo es el delincuente, pues desatiende las pautas dictadas para vivir en sociedad por lo que surgen esos comportamientos antisociales. En todo caso, como las demás teorías, el psicoanálisis de Freud fue criticado porque, así como el positivismo, estas también eran deterministas y, por lo tanto, insuficientes; adicionalmente, lo establecido carece de bases sólidas para su sustento, y a fin de cuentas es pseudociencia, ni siquiera es una ciencia que pueda ser comprobable o brinde resultados para demostrar lo sostenido.

En contraste con todo lo dicho, aparece uno de los criminólogos más influyentes del siglo XX el sociólogo Edwin Sutherland con su teoría de la asociación diferencial. Él se encarga de contraponerse a lo consignado hasta el momento y decir que lo que explicará el comportamiento antisocial no es ni el libre albedrio, ni las predisposiciones genéticas, ni pobreza o debilidades por instinto o morales, nada de esto justifica realmente el porqué del comportamiento delincuencial, sino que desarrolla su teoría al decir que el sujeto que delinque se encuentra en un exceso de relación con ambientes pro delincuenciales y es, precisamente por lo aprendido en estos, que el individuo realiza acciones desviadas a lo establecido por la sociedad.

Por otra parte, se establece otra tesis para explicar las causas del delito: la llamada teoría de la anomia y la tensión, estipulada en los trabajos de Durkheim, en la que se determina que hay unas circunstancias macro sociales que hacen ineficaz las normas de sociedad para el control del comportamiento individual. Robert King Merton (1980) -citado en Garrido et al, 2006- define anomia como el "proceso de sociedades modernas, en donde hay un cambio de los valores sociales y no son sustituidos al tiempo por otros valores alternativos, por lo que los individuos quedan sin valores y sin normas que sirvan de referencia para su conducta"<sup>7</sup>.

En cambio, la teoría del control, desarrollada por Hirschi, considera que no todo va anclado a las aspiraciones, el individuo no se hace criminal porque no haya alcanzado sus metas, sino que todo se conecta a los lazos fuertes y estables que este desarrolle, si no tienen sus lazos estables, se desvía, porque si tuviera seguridad con su alrededor temería cometer conductas antisociales por el rechazo. Entonces, para Hirschi, la pregunta que se debe hacer desde la criminología no será ¿por qué se delinque? sino ¿por qué se siguen las normas sociales? La respuesta que brinda es que hay cuatro aspectos que hacen que el ser humano se comporte de forma adecuada en la sociedad, estos son: el compromiso, la implicación, el apego y las creencias. Si alguien está debilitado en alguno de estos, pues claramente incurirá en la comisión del delito.

Ahora bien, pasando a la teoría de la oportunidad sus máximos exponentes Marcus Felson y Ronald Clarke, precisan:

El comportamiento individual es producto de una interacción entre la persona y el entorno físico. La mayoría de las teorías criminológicas únicamente prestan atención a la persona y se plantean por qué ciertos sujetos pueden tener una mayor propensión a la delincuencia; dejando de lado el segundo aspecto, las características relevantes de cada escenario que ayudan a convertir las inclinaciones delictivas en hechos.<sup>8</sup>

7 Robert King Merton, citado en Eugenio Garrido Martín, Jaume Masip Pallejà y María Carmen Herrero Alonso, Psicología Jurídica (Madrid: Pearson Educación, 2006), 232.

8 Marcus Felson y Ronald Clarke, Opportunity Makes the

Según esta teoría, la oportunidad de cometer el delito es lo primordial y, aunque debe existir el deseo, esto no será lo más importante, sino que todo converja para que se lleve a cabo la acción. Para Lawrence E. Cohen y Marcus Felson, hay tres elementos que se deben cumplir para que se realice el hecho delictivo, estos son: la motivación del delincuente para cometer el delito; el objeto, objetivo o víctima apropiada; y, la ausencia de amparo o protección sobre la víctima<sup>9</sup>.

Finalizando con todo este recorrido criminológico que, como ya se expuso, de cierta forma fue motivado por Beccaria y su base en el iluminismo, se expondrán las teorías actuales de la criminología. Hoy día se parte de teorías integradas, multicausales e interdisciplinarias. David Farrington explica que todos los elementos de los cuales han hablado diferentes autores concurren en el sujeto para que lleve a cabo el delito<sup>10</sup>. Por su parte, Santiago Redondo establece tres categorías recogiendo factores personales, oportunidades delictivas y carencias sociales; en lo que llama la teoría del triple riesgo delictivo, que es un planteamiento de integración para la explicación de la conducta antisocial<sup>11</sup>. Adicionalmente, se explica desde la teoría interdisciplinaria cómo se necesita no solo de una, sino de varias disciplinas para que se pueda explicar realmente la comisión del delito; no consiste solo en unirlas todas y decidir a partir de algunas, no, unas no pueden eliminar a las otras en ninguna circunstancia, porque para explicar el comportamiento del individuo se necesita que todas converjan por las múltiples interacciones del organismo. Por último, Zaffaroni y otros autores dirigen hacia "una criminología global en un mundo globalizado"<sup>12</sup>.

Thief (London: Home Office Policing and Reducing Crime Unit, Research, Development and Statistics Directorate, 1998), 2.

9 Lawrence E. Cohen y Marcus Felson, "Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach", American Sociological Review 44, n.º 4 (1979): 588-608.

10 David P. Farrington, "Childhood origins of antisocial behavior", Clinical Psychology & Psychotherapy 12, n.º 3 (2005): 177-190.

11 Redondo, "Prólogo. Retos de la Criminología".

12 Eugenio Raúl Zaffaroni, "Introducción" a Criminología, civilización y nuevo orden mundial, de Wayne Morrison, Revista Crítica Penal y Poder, n.º 2 (2012): 2.

Con todo lo expuesto y con las conclusiones a las que se ha llegado, se sostiene desde la criminología que se necesita de la concurrencia de diversos factores para la comisión del delito; pero se les otorgará más valor a los factores ambientales, sociales y todo lo que rodea al individuo que, a los factores genéticos. Aquello, porque, a pesar de las investigaciones de Lombroso (y otros), actualmente no existe un estudio científico que evidencie la existencia de un gen que predisponga a una persona a cometer delitos. Ahora bien, ¿es posible que la genética predisponga? Quizá sí, pero se hace necesario desde el conductismo que el organismo tenga interacción con el ambiente para que dichas predisposiciones puedan cumplirse. Respecto a la reclusión carcelaria y lo explicado, se encuentra que los ambientes de violencia y la precariedad que se vive en estos centros afectan al individuo incluso más de lo que pueden prever. Por lo que es menester que se busquen nuevas alternativas para persuadir y prevenir la delincuencia, que no se cumplan estas funciones solo en situaciones paupérrimas en una cárcel con lo cual se obtienen resultados contrarios a lo que se busca y, realmente, se puede ver que hoy la función que están cumpliendo estos lugares es mantener un control en la sociedad que va a ser momentáneo o que, incluso, no deja de serlo porque desde las prisiones también se cometan delitos.

### 3. ¿Qué es el *ius puniendi* a la luz del sistema jurídico colombiano?

La sentencia C762-09 lo denomina como: "la categoría jurídica amplia y compleja, por la cual el Estado puede ejercer un derecho de sanción o *ius puniendi*, destinado a reprimir conductas que se consideran contrarias al Derecho, es decir, a los derechos y libertades u otros bienes jurídicos protegidos"<sup>13</sup>.

Es decir, esta noción es la facultad del Estado de imponer y aplicar penas, en función de un acuerdo de voluntades, el cual es el contrato

social, la Constitución Política colombiana, suscrita entre los gobernantes y gobernados. De igual manera, puede percibirse como una reacción del Estado en nombre de la colectividad, en donde surge el deber inminente de proteger a los demás ciudadanos de las acciones humanas más intolerables, tipificándolas dentro de un compendio jurídico, conocido como los Códigos Penales, empleando, entonces, este poder punitivo para enfrentar los actos que atentan contra el orden social.

Después de haber establecido aquellas conductas que no van acorde con el orden social y atentan contra los principios, valores o intereses que llevan la importancia constitucional, el ente estatal ejercerá el *ius puniendi*. Al mismo tiempo, el legislador selecciona las conductas que, al incurirlas recibirán consecuencias vistas bajo el derecho penal, este debe amoldar las garantías mínimas para asegurar los derechos de los ciudadanos sobre el principio general de que "las libertades de los ciudadanos terminan allí donde se afecta la libertad de todos los demás".

Por otro lado, el *ius puniendi* tiene como característica intrínseca, la noción de última ratio. Lo que significa que solo puede ser utilizado por el Estado como último recurso para la protección de bienes jurídicos, cuando otros mecanismos han resultado insuficientes, debido a que su uso implica la razón de la fuerza. Este, al mismo tiempo, es visto como un límite al poder punitivo, el cual es génesis del principio de necesidad de la intervención del derecho penal, siendo preferibles aquellas sanciones menos graves con tal de que alcance el mismo fin: la prevención del delito.

Los fundamentos utilitaristas de este principio se remontan a la época de la Ilustración, en la declaración francesa de los Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789, en su artículo 8vo: "La ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias". Entonces, siendo el derecho penal un sistema regulador y garantista de los bienes jurídicos establecidos en la sociedad, el mismo debe fijar de qué manera orienta esta facultad, cuál será su alcance, y cómo impartirá legalidad dentro de su actuar. Por tanto, el derecho penal es intrínseco al fin de la pena, junto a sus consecuencias jurídicas con respecto al

individuo y, adicionalmente, le corresponde resolver en qué casos no debe intervenir o, en su defecto, no imponer la pena. Conforme a la sentencia C365 de 2012: "el derecho penal debe ser un instrumento de última ratio para garantizar la pacífica convivencia de los asociados, previa evaluación de su gravedad y de acuerdo a las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad en un momento determinado"<sup>14</sup>.

Para la aplicación efectiva del *ius puniendi* en un Estado social de derecho, es necesario tomar como base la última ratio y acompañarla de una política criminal que vaya acorde a las necesidades sociales, la incidencia criminal, los factores económicos, de educación y las oportunidades laborales.

Por esta razón, se habla de los tipos de prevención de la pena dentro del ordenamiento jurídico colombiano, los cuales están ligados a no recurrir al derecho penal como primera ratio. Según la sentencia T640/17 se establecen como funciones de la pena:

La prevención general, la retribución justa, la prevención especial, la reinserción social y la protección al condenado. No obstante, solo la prevención especial y la reinserción social son las principales funciones que cobran fuerza en el momento de la ejecución de la pena de prisión (art. 4 Código Penal), de tal forma que como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional desde sus inicios, en el Estado social de derecho la ejecución de la sanción penal está orientada hacia la prevención especial positiva, esto es, se busca ante todo la resocialización del condenado respetando su autonomía y la dignidad humana como pilar fundamental del derecho penal<sup>15</sup>.

Debe entenderse que, para lograr esa prevención de delitos, dentro de la finalidad del derecho penal debe efectuarse principalmente una prevención especial positiva. La sentencia C806/02 la conceptualiza como "la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto

<sup>13</sup> Colombia Corte Constitucional, Sentencia C-762-09, Gaceta Oficial de la Corte Constitucional, 29 de octubre de 2009, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-762-09.htm>.

de su autonomía y dignidad, pues el objeto del derecho penal en un Estado social de derecho no es excluir al infractor del pacto social, sino buscar su reinserción en el mismo"<sup>16</sup>.

Ahora bien, con respecto a la finalidad de la pena, esta posee, en el sistema jurídico colombiano, varios fines: primeramente, un fin preventivo, el cual se cumple al momento de establecer de manera legislativa la sanción, la cual es presentada como un castigo ante una violación o ejecución de conductas prohibidas en la ley; tiene también un fin retributivo, el cual se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena; y, finalmente, un fin resocializador, el cual orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas adoptadas de derecho internacional. Adicionalmente, se considera que solo son compatibles con los derechos humanos penas que tiendan a la resocialización del condenado, esto es, a su incorporación a la sociedad como un sujeto que la engrandece, con lo cual, además, se contribuye a la prevención general y la seguridad de la coexistencia.

## 4. La prevención y la política criminal colombiana

En un Estado social y democrático de derecho, se debe atender de manera indispensable la prevención del delito para asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad.

En la sentencia C-144 de 1997 se hace alusión al deber que como sociedad se tiene de dejar nociones retribucionistas rígidas, como lo es la Ley del talón, la cual irrumpió y contamina el derecho penal puesto que esta es vista como una venganza sin límites:

De allí la importancia de humanizar las penas para humanizar la sociedad en su conjunto, por lo cual se considera que la pena no puede constituirse en una represalia estatal, sino que debe responder a los principios de racionalidad

<sup>14</sup> Colombia Corte Constitucional, Sentencia C-365/12, Gaceta Oficial de la Corte Constitucional, 16 de mayo de 2012, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-365-12.htm>.

<sup>15</sup> Colombia Corte Constitucional, Sentencia T-640/17, Gaceta Oficial de la Corte Constitucional, 17 de octubre de 2017, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-640-17.htm>.

y humanidad, en donde el tipo penal y la sanción son entes heterogéneos que se ubican en escenarios diferentes, y por ende no son susceptibles de igualación. En ese orden de ideas, si bien se conserva la idea retributiva, como criterio orientador de la imposición judicial de sanciones, pues debe haber una cierta proporcionalidad entre la pena, el delito y el grado de culpabilidad, lo cierto es que el derecho humanista abandona el retribucionismo como fundamento esencial de la pena. [...] La función del derecho penal en una sociedad secularizada y en el Estado de derecho pretende proteger, con un control social coactivo, ciertos bienes jurídicos fundamentales y determinadas condiciones básicas de funcionamiento de lo social. Por ello se concluye que, tal y como esta Corte lo ha señalado en diversas ocasiones, la definición legislativa de las penas en un Estado de derecho no está orientada por fines retributivos rígidos sino por objetivos de prevención general, esto es, debe tener efectos disuasivos, ya que la ley penal pretende que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones.<sup>17</sup>

En esta misma línea, ha sostenido Santiago Mir Puig que, dentro de un Estado Social democrático, el derecho penal:

debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad (Estado social), por lo que ha de tender a la prevención de los delitos, entendidos como aquellos comportamientos que los ciudadanos estimen dañosos para sus bienes jurídicos, y en la medida en que los mismos ciudadanos consideren graves tales hechos (Estado democrático). Un tal derecho penal debe, pues, orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad.<sup>18</sup>

En cuanto a la prevención general, no puede hacerse énfasis en la prevención general negativa, es decir, la amenaza de la pena para aquellos que incurran en delitos, sino que también debe apuntarse a la prevención general positiva, la cual es una figura estabilizadora en cuanto se presente la pena como socialmente necesaria para el sostenimiento de las configuraciones elementales de una sociedad. Por esta razón, la prevención no solo debe estar orientada a defender a la colectividad del sujeto que infringe la norma, sino que también se debe respetar la dignidad del sujeto al no imponer la tortura o la muerte. Además, educarlo frente a los comportamientos desencaminados y, de esta forma, darle la posibilidad de que se reintegre en la sociedad. Así pues, al momento de la determinación, imposición y ejecución de la pena, en el ordenamiento jurídico, deben ser plasmadas las finalidades de la pena.

Con lo mencionado anteriormente, ¿se cumple en Colombia la prevención general, tanto positiva como negativa junto a la reincorporación y resocialización del infractor?

Para empezar a esclarecer y darle respuesta al planteamiento anterior, se debe incluir el concepto de política criminal. Esta radica en estrategias, instrumentos y acciones por parte del Estado tendientes a controlar y prevenir delitos en cuanto a las conductas criminales. La forma de materializarla es a través de las instituciones, las cuales deben poseer voluntad política, llevando a cabo programas de prevención del delito y acciones de campo para conocer los fenómenos delictivos, atendiendo el origen y las causas con el objeto de erradicar y evitar que ciertos delitos aumenten.

Un programa de política criminal debe llevarse a cabo conforme a los fenómenos y hechos delictivos que surgen en la sociedad, analizando los factores en el campo de la realidad social. El gobierno debe, entonces, asumir la responsabilidad en cuanto a la investigación y el aprovechamiento de las ciencias a su disposición. Adicionalmente, se entiende como parte de la política criminal todas aquellas estrategias de prevención del delito, que pueden provenir desde distintos sectores administrativos, así como de distintos niveles territoriales, la cual debe propender

por ser una política coherente, racional y eficaz y donde se encuentre presente el estándar constitucional mínimo para que vaya acorde con los derechos humanos.

Sin embargo, ¿a qué ha llevado la política criminal colombiana en los últimos años? A límites inhumanos, degradantes, violatorios de derechos, al analizar las condiciones de las cárceles, su hacinamiento, la corrupción, la demora en los procesos, la falta de oportunidades, lo que traduce a un círculo vicioso donde se reincide en la comisión de delitos o el sujeto termina en la muerte.

Es así, como se ha sostenido la idea de que Colombia carece de política criminal. En efecto, el gobierno nacional en 2011 creó la Comisión Asesora de Política Criminal del Estado Colombiano, cuyo objetivo primordial constaba en diseñar lineamientos del deber ser de la política criminal. Estableció que, para su creación, el fundamento legal (la constitución) debía gozar de pautas específicas, abandonando el criterio establecido anteriormente, donde solo se pensaba en el castigo y, más bien, proteger las libertades esenciales del individuo, al configurarse desde los mismos derechos, tanto de las víctimas como de quienes ejercen conductas lesivas.

Se podría decir, más o menos, que se estaba frente a una utopía, al considerar las situaciones de conflicto y violencia en Colombia, donde aún, determinados grupos de la población se encuentran sometidos a condiciones de discriminación, desigualdad y agresión.

Otro gran obstáculo en el camino hacia la realización de una política criminal funcional es el populismo punitivo, el cual se genera con base a la creación irracional de medidas de política criminal, con el hecho de satisfacer los ruegos desmesurados de la colectividad la cual busca su propio sentido de "justicia". Un reflejo de este padecimiento es el reiterado estado de cosas inconstitucionales por parte de la Corte Constitucional en materia penitenciaria y carcelaria, donde es alucinante la cantidad de reclusos en las cárceles y sus condiciones de vida, situación en la cual se cree que, entre más individuos estén privados de la libertad, menos delitos se cometerán. No obstante, el índice de criminalidad solo aumenta con el pasar de los días.

## 5. ECI: cárceles hacinadas, el no cumplimiento de los fines de la pena

El Estado de Cosas Inconstitucionales (ECI) en Colombia nace a finales de los años 90, en virtud de la nueva constitución. Este simboliza la evidencia de un conjunto de hechos que van en contra de lo establecido en la carta magna. Se desarrolla a partir de la aplicación de sentencias emitidas por la Corte Constitucional, la cual pretende por medio de estas generar un espacio especial donde se le exige al Estado resolver las diferencias entre la norma y la realidad.

Al respecto, el ex presidente de la Corte Constitucional, Eduardo Cifuentes Muñoz, manifiesta que:

El Estado de Cosas Inconstitucional es la prueba del incumplimiento del Estado social de derecho y de la desvalorización de la Constitución social, por eso, con su declaratoria, ingresamos a un estado de anormalidad, a un período que supone el ejercicio de mayores competencias y responsabilidades por parte del Estado; y que debe ser objeto de un fuerte escrutinio social, político y jurídico.<sup>19</sup>

El ECI, más que ser una creación teórica, al ser desarrollado por vía jurisprudencial, contiene una cimentada interpretación legal, afianzándose en principios y mandatos constitucionales como:

1. El que le otorga a la Corte Constitucional la guarda y protección de la integridad de la Carta Política que no puede quedar en una simple manifestación retórica.
2. Las obligaciones que le demanda a las autoridades públicas el Estado social y democrático de derecho.
3. La primacía de los derechos humanos.

<sup>17</sup> Colombia Corte Constitucional, Sentencia C-144/97, Gaceta Oficial de la Corte Constitucional, 19 de marzo de 1997, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-144-97.htm>.

<sup>18</sup> Santiago Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho* (Madrid: Editorial la Ley, 2010), 37.

<sup>19</sup> Eduardo Cifuentes Muñoz, "Estado de cosas inconstitucional" (seminario, Universidad de los Andes, Bogotá, 28 de septiembre de 2008).

4. Las obligaciones internacionales del Estado colombiano en materia de derechos fundamentales.
5. El desarrollo de la protección que anima el espíritu garantista de la acción de tutela y sus normas reglamentarias, entre otros.

Es decir, en esencia, este responde a problemas políticos estructurales, en donde la corte promueve el postulado sustancial de un Estado social y democrático de derecho: el adecuado control de poder es aquel que permite el cabal cumplimiento de la constitución. Así pues, se materializan fallas sistemáticas manifestadas por la ausencia o ineffectuación de la aplicación de políticas públicas por parte del Estado. Es allí, donde la corte toma el riesgo de aceptar la inobservancia de la constitución conforme a situaciones reales ya sea por acción, omisión o inoperancia del gobierno en la efectiva protección de los derechos humanos.

Para dimensionar la grave situación del sistema penitenciario y carcelario en Colombia, cabe mencionar que el Estado de Cossas Inconstitucionales ha sido declarado en dos oportunidades, en las sentencias T-153 de 1998, T-388 de 2013, y reiterado, a través de la sentencia T-762 de 2015.

A raíz de esto, surgen dudas sobre ¿qué es el hacinamiento? y, ¿qué es cárcel? El concepto de hacinar, según la Real Academia Española, es amontonar, acumular y juntar sin orden. Cárcel se denomina como un local destinado a reclusión de presos y una pena privativa de la libertad. Según un ex recluso del Instituto Penitenciario Rodrigo de Bastidas ubicado en la ciudad de Santa Marta, Magdalena es "el infierno".

Asimismo, lo expone Clara Vanegas, quien brinda un acercamiento más profundo a esta cruda realidad:

Por situaciones inesperadas me encontré con mi esposo recluido en la cárcel Rodrigo de Bastidas de Santa Marta en Febrero del 2009. Desde ese momento hasta el día de hoy, mi vida cambió radicalmente al evidenciar tanta corrupción y tanto abuso de poder; el Señor Juez de ejecución de penas

que era quien daba permisos, firmaba libertades, visitas conyugales y todo lo concerniente al recluso. Las esposas que llegaban a solicitarle una firma que en Derecho ya tenían, debían si no tenían dinero, pagarle con favores sexuales a este perverso juez. Gente de muy bajos recursos quedaban en manos de este monstruo. Tener una celda personal, que es un Derecho también, tenía un costo de un millón de pesos mensuales que yo pagaba a un señor desconocido el cual era dueño de más de diez celdas. Allí todo tiene un precio. Los Derechos no valen ni importan, solo prima la ley no del más fuerte sino el que tenga un puesto más alto y del recluso que más dinero pague para poder tener un poquito de vida digna mientras se encuentra recluido.

Como punto principal relato también que necesitaba de manera especial cierto día un permiso por enfermedad para mi esposo, con un costo altísimo. Entrar un celular podía valer por poco ciento cincuenta mil pesos al mes. Llegaron hasta del parte del juez a pedirme veintidós millones de pesos para que este firmara la prisión domiciliaria de mi esposo. A todo esto, mi esposo había sido acusado de algo que no hizo, era inocente, por lo cual luego de mucho tiempo logramos que se reconociera su inocencia y se limpiara su nombre mucho después de pasar cosas muy tristes en la cárcel de Santa Marta.<sup>20</sup>

Para una correcta documentación, se trae a colación las cifras de hacinamiento en Colombia, según informes del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC): para el año 1998 la población reclusa intramural era de 44.398 con una capacidad en los centros penitenciarios de 33.119, con una sobrepoblación de 11.279, es decir, existía un índice de hacinamiento del 34.1%. En la actualidad, la cifra de hacinamiento en Colombia se encuentra en 48.4%, por ende, esta ha aumentado un 14.3%. El cupo para el conglomerado carcelario es de 79.077 personas. Hay aproximadamente 120.000

<sup>20</sup> CIDH Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre los Derechos Humanos de las personas Privadas de la Libertad en las Américas.

personas recluidas donde simplemente no existe ninguna clase de condiciones mínimas o dignas, un estimado de 40.000 personas quedan a la intemperie.

Otro informe importante del INPEC indica que el número de funcionarios o empleados es de 15.795 personas, cifra que no es coherente para la cantidad de reclusos. Esto evidencia la imposibilidad de garantizar una adecuada diligencia y trato digno a los que se encuentran privados de la libertad. Análogamente, el INPEC debe velar por todos aquellos que se encuentren bajo detención domiciliaria. Zaffaroni, en su conferencia titulada *Morir de Cárcel*, hace alusión al modo en que solo aumenta el número de internos, mas no aumenta el número de funcionarios. En efecto: "esto produce que el control interno de las cárceles quede en manos de los propios presos y, evidentemente, no es nada democrático"<sup>21</sup>.

En la sentencia T-095/95 se establece que:

Los derechos de las personas privadas de la libertad son universales. Sin importar cuál haya sido su crimen o su falta, son seres humanos, y, por ese sólo hecho, la sociedad está comprometida con su defensa. Es una posición moral que refleja la decisión social, consagrada por el Constituyente, de respetar el valor intrínseco de todo ser humano. Su dignidad. Es precisamente una de las razones por las que es legítimo sancionar con penas privativas de la libertad a quien comete un crimen: el no haber respetado la dignidad y el valor intrínseco de la víctima a al cual se ofendió y violentó. La sociedad, se diferencia, precisamente, porque no hace lo mismo; no instrumentaliza a ningún ser humano, le reconoce su valor propio; el ser fin en sí mismo. Toda persona vale, a plenitud, en un estado social y democrático de derecho. Los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad son indivisibles. Todos los derechos,

<sup>21</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, Morir de Cárcel. Paradigmas jushumanistas desde el virus de nuestro tiempo (Buenos Aires: EDIAR, 2020), <https://www.pensamientopenal.com.ar/index.php/doctrina/49022-morir-carcel-paradigmas-jushumanistas-virus-nuestro-tiempo>.

sin importar su tipo, son inherentes a la dignidad de todo ser humano. Negar un derecho, necesariamente, tendrá impacto negativo en los otros; por eso, no pueden existir jerarquías entre ellos. Todos son importantes, todos deben ser respetados, protegidos y garantizados. La cárcel evidencia esa situación. Las negaciones a unos derechos básicos de las personas en prisión, implican, necesariamente afectar la dignidad de la persona y, con ello, el sentido y la protección de los demás derechos. El dejar de proteger el derecho a la alimentación, además de afectar a la dignidad humana, puede traer otras violaciones como afectar la salud, la integridad e incluso la vida. La imposibilidad de educación y de acceso a la justicia, puede desembocar en restricciones ilegítimas e injustificadas a la libertad.<sup>22</sup>

Por ende, quien comete un delito y recibe una medida de aseguramiento intramural, o una condena privativa de la libertad en establecimiento carcelario, se ve despojado de sus derechos –como la dignidad humana– y resulta en una calidad de vida deplorable en su tiempo de reclusión. Aquel individuo que, en principio, podría reintegrarse y resocializarse, se ve obligado a ser parte de una lucha campal, la cual tiene como propósito su supervivencia y su mínimo vital, mientras espera las instancias de su proceso o una justicia que, quizás, nunca llegue. Estas situaciones, que son parte del día a día en la vida de los individuos privados de la libertad, son hechos que atentan contra los derechos humanos y los principios constitucionales. Son incoherentes las situaciones como el pago para un lugar específico, las faltas en lo que atañe a las necesidades básicas del ser humano (como el agua potable) son circunstancias desmedidas y crueles para los reclusos.

El Informe sobre los Derechos Humanos de las personas Privadas de la Libertad en las Américas (2011) señala que:

Un sistema penitenciario que funcione de

<sup>22</sup> Colombia Corte Constitucional, Sentencia T-095/95, Gaceta Oficial de la Corte Constitucional, 02 de marzo de 1995, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-095-95.htm>.

forma adecuada es un aspecto necesario para garantizar la seguridad de la ciudadanía y la buena administración de la justicia. Por el contrario, cuando las cárceles no reciben la atención o los recursos necesarios, su función se distorsiona, en vez de proporcionar protección, se convierten en escuelas de delincuencia y comportamiento antisocial, que propician la reincidencia en vez de la rehabilitación<sup>23</sup>.

Entes internacionales como la Cruz Roja conocen las circunstancias, al igual que los gobernantes y legisladores, los cuales han evidenciado la decadencia del sistema carcelario junto con el derecho penal a lo largo del tiempo. De esta manera, todo aquél privado de la libertad está rodeado de muros insalubres llenos de miseria y abandono. Al respecto, debe centralizarse la búsqueda de una reforma para evitar que estas circunstancias persistan. Del mismo modo, se debe concientizar a la sociedad de que, al crear cárceles, su costo monetario debe ser proporcional a los recursos que se deben invertir en política criminal para la prevención del delito.

## 6. Justicia restaurativa en el concepto humanista de la pena

Los pilares fundamentales de la justicia restaurativa son la restauración del tejido social y la dignidad humana. De este modo, esta entiende el derecho penal como un medio de reparación para las partes afectadas, mas no como un instrumento para imponer sanciones. Es decir, ante la figura de un infractor y un vulnerado, se utilizan mecanismos de mediación y conciliación. Esta óptica, se ha dado debido a que la pena ha tenido a lo largo del tiempo el carácter de medio eficaz de disciplina social. En la Sentencia C-979 de 2005 se estableció que la justicia restaurativa: "se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, que sustituye la idea tradicional de retribución o castigo, por una visión que rescata la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario"<sup>24</sup>.



La justicia restaurativa deja de ver a la víctima como aquella parte afectada e incluye en su estructura al victimario con el fin de cumplir la necesidad de transformación de su pensamiento, sus acciones y, adicionalmente, de reincorporarse en la sociedad. De modo que, la reparación toma importancia al tener en cuenta factores de carácter emocional y de afinidad, los cuales inciden holísticamente en el proceso y en las partes y deja de verse la imposición de la pena o la indemnización con carácter pecuniario consecuencia de una ofensa que repercute en el orden social. Por consiguiente, la justicia restaurativa ve a estos como protagonistas y eje central del proceso, dándole suma importancia a la víctima sin dejar a un lado al victimario.

Respecto al derecho a la reparación de las víctimas, en la sentencia C-538 de 2019 se estableció que este:

excede la connotación indemnizatoria y de contenido económico. Comprende, de manera integral, un conjunto de medidas, así: (i) de restitución, (ii) de indemnización, (iii) de rehabilitación y (iv) de satisfacción. Conforme a lo sostenido en los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, la reparación debe ser adecuada, efectiva y rápida.<sup>25</sup>

En ese entendido, la justicia restaurativa replantea la concepción de modelo regresivo de justicia, con la eliminación de paradigmas tales como el retribucionismo, mutando más a un modelo de paz entre las partes, del equilibrio social y personal, mediante el restablecimiento de vínculos tronchados por la comisión del delito. Esto, realizado mediante actos como

23 CIDH Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre los Derechos Humanos de las personas Privadas de la Libertad en las Américas, 31 de diciembre de 2011, OEA/Ser.L/V/II, <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>.

24 Colombia Corte Constitucional, Sentencia C-979/05,

Gaceta Oficial de la Corte Constitucional, 26 de septiembre de 2005, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-979-05.htm>.

25 Colombia Corte Constitucional, Sentencia C-538/19, Gaceta Oficial de la Corte Constitucional, 13 de noviembre de 2019, [https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2019/C-538-19.htm#:~:text=C%2D538%2D19%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20derecho%20a%20la%20reparaci%C3%B3n,y%20\(iv\)%20de%20satisfacci%C3%B3n](https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2019/C-538-19.htm#:~:text=C%2D538%2D19%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20derecho%20a%20la%20reparaci%C3%B3n,y%20(iv)%20de%20satisfacci%C3%B3n).

la rectificación, la supresión del concepto de delincuente y la búsqueda insaciable por la verdad y no reincidencia. Ahora bien, la justicia restaurativa no puede ser interpretada como una unidad, así como sucede con la justicia formal, sino que debe entenderse como un complemento de esta.

En el actual contexto colombiano, el populismo punitivo y la indiferencia ante el sufrimiento ajeno ha conducido a la inhumanidad y salvajismo al imponer sanciones, dejando a un lado el factor resocializador que, finalmente, es lo que mide el éxito de la sanción. Por esto, Claus Roxin afirma que:

la ejecución penal basada en la imposición de un mal y que renuncie a la resocialización solamente puede llevar al condenado a una desocialización definitiva y no puede ser para él un aliciente hacia formas de conducta humanas y sociales que él necesita urgentemente [...] es acertado e importante que se emprendan esfuerzos serios de resocialización precisamente para los presidiarios que cumplen condenas de larga duración.<sup>26</sup>

La restauración contempla como elemento primordial del proceso restaurador y resocializador, la educación, el deporte, la religión, el trabajo, el servicio social y, en los casos en donde sea posible, la restitución. Así, en la sentencia T-182/17 se precisa que mediante la imposición de medidas de aseguramiento se limitan algunos derechos, en ocasiones hasta se suspenden, sin embargo, existe una categorización de derechos que se mantienen indemnes, dado que estos son inherentes a la naturaleza humana. Así, Roxin afirma que:

cuando se volca la mirada otra vez hacia los nuevos métodos de sanción, tales como la compensación autor-victima, la reparación civil prestada bajo esfuerzos personales y también el trabajo comunitario, se evidencia que todos ellos exigen un compromiso activo del condenado en vez de una simple

actitud de soportar las medidas coercitivas estatales [...]. Y es que la mejor terapia carece de sentido cuando el delincuente se niega a ella. Los esfuerzos terapéuticos solamente pueden tener éxito cuando el prisionero libremente cooperase con el desarrollo resocializador de su personalidad<sup>27</sup>.

En lo anterior hay, primeramente, un gran potencial preventivo-especial que transforma, en lo esencial, el contenido de esta finalidad de la pena con favorables efectos preventivo-generales, dado que el victimario se compromete a lograr reconciliarse con la víctima, emprendiendo todos los esfuerzos para la reparación del daño, también que preste trabajos en interés de la colectividad, o que se someta voluntariamente a una terapia social que exija una intervención muy personal. Es que la generalidad ve, en estas conductas, que el delincuente busca retornar a la legalidad a través de acciones autorresponsables. Esto sirve a la paz jurídica, crea confianza y facilita la reinserción social del delincuente. Por otro lado, cabe resaltar que en Colombia esta es aplicable sobre delitos querellables, o también conocidos como delitos menores que se encuentran en la ley, desafortunadamente, en su aplicación es supremamente escasa.

Entre el 01 de enero del 2005 y el 11 de mayo de 2020, la Fiscalía General de la Nación recibió, en total, dos millones novecientos noventa mil doscientos sesenta y cuatro (2.990.264) noticias criminales, las cuales fueron registradas como querellas en todo el territorio nacional, de las cuales sesenta y dos mil doscientos cincuenta (62.250) se registraron en la Dirección Seccional Magdalena. En ese orden de ideas, para el periodo de tiempo mencionado y respecto de las noticias criminales ingresadas como querella, se registraron un total de novecientos veintiocho mil setecientos noventa y dos (928.792) audiencias de conciliación, realizadas a nivel nacional,

de las cuales, ocho mil doscientas nueve (8.209) se celebraron en la Dirección Seccional Magdalena. Es decir, a escala nacional, se registra un promedio de ciento veintitrés (123) noticias criminales en las que se dio el trámite de la mediación y una en la Dirección Seccional Magdalena, para el periodo de tiempo mencionado.<sup>28</sup>

Aun con la consagración de estos mecanismos restaurativos, el sistema penal que se desarrolla en Colombia guarda una marcada tendencia por el modelo de justicia retributiva, resaltando, una alejada prioridad de la víctima del injusto; preservando con ello, una difícil resocialización del infractor y, por consiguiente, de la sociedad en general. En ese orden de ideas, no se quiere decir con ello, que se haya generado una discordancia de justicias, es decir, de la justicia retributiva contra la justicia restaurativa, sino que, sencillamente, aún no se ha podido llegar a un consenso entre ambos tipos de justicias. De igual forma, en Colombia, la justicia restaurativa no ha podido implementarse en su totalidad dentro del sistema penal acusatorio de la Ley 906 de 2004, por cuanto solo se ha dispuesto respecto de los mecanismos que se desarrollan en el Libro VI, esto es, la conciliación pre procesal, la conciliación en el trámite del incidente de reparación integral y la mediación.

## 7. Conclusiones

Primeramente, debe destacarse que con el paso del tiempo, el avance de la ciencia y el desarrollo de diferentes sistemas jurídico-penales, se podría pensar que se han abandonado las posiciones irracionales, primando los derechos fundamentales, la resocialización, la protección de la población privada de la libertad y, de igual manera, se otorgan las condiciones necesarias y suficientes para que las circunstancias de la ejecución de la condena vayan acorde con la dignidad humana y el *ius cogens*. Así, la imposición de la pena no supondría una venganza en contra del delincuente o por consiguiente se incurra en funciones en las que solo se ven reflejadas la retribución de la pena.

Sin embargo, pese a que no se dé la tortura pública, se quemó con fuego de azufre, o se desmiembre utilizando caballos, mientras los procesos penales presenten una prolongación injustificada, una alta carga laboral y mora en los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, el abuso de la medida de aseguramiento en establecimientos carcelarios, la corrupción al interior de las cárceles, carencia de servicios públicos básicos, subrogados penales, sustitución de las medidas de aseguramiento y sustitución de la prisión domiciliaria, la sociedad se ubicará en una situación muy similar a la que relataba Beccaria en 1764. Una paradójica realidad donde se cataloga un Estado social de derecho íntegro y ampliamente garantista, donde prima la dignidad humana y, por consiguiente, los derechos humanos, y que, sin embargo, se presentan vulneraciones masivas y sistemáticas de garantías mínimas en el Sistema Judicial, específicamente en el ámbito penal, lo que contraria todo el contenido de la Carta Magna.

Lo descrito en precedencia, obliga a la sociedad a realizar una reflexión colectiva frente a los verdaderos fines del derecho penal y de las penas. Estableciendo una revisión integral del sistema judicial junto a los criterios que determinan la imposición y racionalización de las medidas de aseguramiento. Adicionalmente, la creación de una política criminal encaminada al fortalecimiento de los canales de resocialización, acompañamiento en el proceso de acceso a oportunidades

<sup>27</sup> Colombia Corte Constitucional. Sentencia T-182/17, Gaceta Oficial de la Corte Constitucional, 28 de marzo de 2017, <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2017/T-182-17.htm>.

<sup>28</sup> Datos procesados y analizados, integrados en el sistema de información de gestión de casos Sistema Penal Oral y Acusatorio (SPOA), con fecha de corte a 11 de mayo de 2020, utilización de los mecanismos de justicia restaurativa. Para más información acceder al siguiente enlace: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/la-entidad/sistema-penal-oral-acusatorio/>.

de trabajo, mejora de las condiciones estructurales y físicas de las cárceles, incremento de la eficiencia de los procesos a cargo de los Juzgados, la adopción de medidas eficaces contra la corrupción en los organismos de vigilancia y administración de los centros carcelarios. Todo esto, encaminado a armonizar las penas con criterios de dignidad humana, con sustento jurídico y la praxis del verdadero Estado social de derecho. Asimismo, combatir contra la desigualdad, extender el discurso garantista al público y buscar todos los espacios para manifestar la necesidad de mantener siempre los derechos del individuo como fin único del Estado.

En segundo lugar, se extiende la invitación para crear un precedente ante los focos vulnerables de la sociedad, los cuales, en su mayoría, se encuentra en manos de la justicia, de tal modo que se dé realmente la necesidad del replanteamiento estructural de la justicia y encaminarlo frente a lo que ilustra Zaffaroni en su proyecto *Un derecho penal humano*, en donde se genere "la profundización máxima de la interpretación de todo el derecho en base a las normas fundamentales". La premisa con la cual nace este postulado es que todo ser humano es persona, oponiéndose al derecho penal inhumano, el cual activa el poder punitivo. A mayor poder social hay menor punición y viceversa.

Adicionalmente, las situaciones de "desorden procesal", de la ejecución de penas, el estado de los establecimientos de reclusión y carcelarios, dan cuenta de la desproporción que se presenta en el ordenamiento jurídico, fenómeno que se ha denominado "populismo punitivo". Este, entendido como la utilización irracional e irreflexiva de las medidas del derecho penal para satisfacer a la sociedad y otorgarles un falso sentido de justicia que, a la larga, solo agrava y hace que se aleje aún más los postulados del derecho penal. En otras palabras, la ejecución de estas medidas y penas son inhumanas, constitutivas de tortura e impiden cualquier clase de resocialización, bloqueando el cumplimiento de sus cometidos preventivos. Así, la pena solo cumple, en el mejor de los casos, una función retributiva, en concordancia a una venganza estatal en contra de quien ha cometido un delito, tal cual como sucedía en 1764.

¿Cuál es la propuesta y el fin de esta reflexión? ¿Cómo se podría llegar al mejoramiento integral del derecho penal y de la justicia en Colombia? Inicialmente, desde el ámbito legislativo, se debe trazar y recapitular, retornar a las bases criminológicas, sociológicas y coherentes de la pena. Que estas no sigan siendo un monto caprichoso por una sed de venganza colectiva que, finalmente, solo conlleva a más flagelos sociales. La pena debe corresponder a una adecuada política criminal, para lo cual, debe existir una. De igual manera, se debe revisar a profundidad la proporcionalidad de la sanción versus la dañosidad del hecho punible. Se han adoptado unas medidas legislativas pertinentes para la consecución del delito, sin embargo, estas se encuentran alejadas de la realidad, dado que, cada día aumentan los casos en donde se incurren en delitos, variando las modalidades, las personalidades, los recursos y la reincidencia del delito.

Se podría decir que el problema no es normativo o legislativo, sino más bien, es el desconocimiento y la falta de aplicación de un principio fundamental del derecho penal: ultima ratio. Este, señala, que el derecho penal posee un carácter subsidiario, y es la última forma de control social. Lo que se observa es que, se convirtió en la primera medida a la que se acude, aludiendo al populismo penal y punitivo. Por esto, el Código Penal parece ser ineficaz, debido a que cada vez se torna más voluminoso, pero menos efectivo. Si bien la ley debe ser aplicada, pues el proceso de prevención de delitos y protección de bienes jurídicos está compuesto de etapas y para que surtan los efectos esperados deben funcionar y complementarse ambas, la ley, por sí sola, no acaba con ninguna forma de criminalidad. Dado que de nada sirve establecer una serie de tipos penales en el que se integren conductas prohibidas, junto con altas sanciones penales, pero que no se materialice un proceso judicial, sino que los involucrados se valgan de que este proceso no llegara a término, o que no habrá una sanción efectiva (ya sea en establecimiento carcelario o sanción pecuniaria).

Por otro lado, algo sumamente grave es el uso desmesurado de las medidas de aseguramiento que, en la práctica, se ha convertido en una pena anticipada, por la falta de garantías, vacíos

procesales y constitucionales. El simple hecho de que estas medidas se cumplan en los mismos centros donde se encuentran los condenados, sin diferencia alguna entre condenados y sindicados, transversa –social y culturalmente– el concepto de justicia, y viola la presunción de inocencia junto con la misma humanidad del individuo, al someterlo a las condiciones precarias de las cárceles. El Estado de Cosas Inconstitucionales no debe ser la narrativa y constante respuesta del Estado frente a la situación de hacinamiento de las cárceles. Se da una necesidad de intervenir, educar, desde el núcleo familiar hasta al ámbito legislativo. El condenado es un ser humano y sigue siendo, de manera irracional objeto de venganza ilimitada del Estado. Si cada ciudadano cuenta y se le protegen sus derechos, ¿por qué a estos no? ¿son considerados menos "humanos" "por el hecho de delinquir?

En tercer lugar, una implementación adecuada de la justicia restaurativa, en donde el ofensor acepte su error, sin representar un eximiente de responsabilidad; y la víctima, a través de este, encuentre respuestas, a tal punto que se minimicen los sentimientos negativos frente a quien cometió el delito, podría empezar a hablar de una real resocialización, para una posterior reinserción. Es así como la justicia restaurativa debe verse como un elemento trasformador en aras de la eliminación del pensamiento de venganza, teniendo en óptica el "perdón" como un elemento que trasciende a la voluntad interior y que para llegar allí, se requiere un proceso y trabajo con la víctima, así como con su contexto, el cual actúa en el proceso como posible determinador en un futuro de alguna acción. Es menester la activación y desarrollo de estos procesos restaurativos para lograr la reconstrucción de valores, de tal manera, que la justicia restaurativa no se materialice simplemente en más páginas dentro del código penal y las leyes.

Actualmente, no se está reestructurando el tejido social ni se le están otorgando segundas oportunidades y dignidad a quien delinque. Al implementarlo, se podría disminuir el poder punitivo del Estado que, claramente, no ha generado consecuencias positivas hasta el momento.

Por último, algo muy simple, pero que desafortunadamente se olvida de manera sistemática, es la educación. No solamente vista desde los principios y valores, el dominio de la trascendencia de los derechos y todo lo que estos abarcan dentro del ámbito constitucional. Se debe fomentar la cultura de la legalidad, desde las familias, los colegios y todos los espacios sociales, especialmente, en los espacios que se ven marginados, con carencias, disfuncionales, en las que, generalmente, existe una subcultura delictiva donde prima el desconocimiento. La inclusión desde la temprana edad de asignaturas como cultura, ciudadanía, derecho y civismo –adaptadas a las edades correspondientes– generaría un impacto muy positivo. Adicionalmente, desde el ámbito penitenciario, se debe convencer al colectivo social de la imperfección del ser humano en donde, en ocasiones, este incumple la norma, lo cual produce la responsabilidad penal del individuo frente a este hecho. No obstante, esta primordialmente debe enfocarse en la resocialización. Si no se concibe la idea de que ese individuo puede reconducirse, readaptarse y aprender de esta experiencia negativa, en la sociedad jamás se avanzará, ni mucho menos, funcionará ningún tipo de justicia.

## Bibliografía

- Beccaria, César. *De los delitos y las penas*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1993.
- CFCE Centro de Formación Estudio Criminal. "La Clasificación de los Delincuentes de Cesare Lombroso". CFEC, 25 de junio de 2017. <https://www.estudiocriminal.eu/blog/la-clasificacion-de-los-delincuentes-decesare-lombroso/>
- CIDH Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre los Derechos Humanos de las personas Privadas de la Libertad en las Américas*. 31 de diciembre de 2011. OEA/Ser.L/V/II. <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>.
- Cifuentes Muñoz, Eduardo. "Estado de cosas inconstitucional". Seminario realizado en la Universidad de los Andes, Bogotá, 28 de septiembre de 2008.
- Cohen, Lawrence E. y Marcus Felson. "Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach". *American Sociological Review* 44, n.º 4 (1979): 588-608.
- Colombia Corte Constitucional. *Sentencia T-095/95*. Gaceta Oficial de la Corte Constitucional, 02 de marzo de 1995. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-095-95.htm>.
- . *Sentencia C-144/97*. Gaceta Oficial de la Corte Constitucional, 19 de marzo de 1997. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-144-97.htm>.
- . *Sentencia C-806/02*. Gaceta Oficial de la Corte Constitucional, 3 de octubre de 2002. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-806-02.htm>.
- . *Sentencia C-979/05*. Gaceta Oficial de la Corte Constitucional, 26 de septiembre de 2005. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-979-05.htm>.
- . *Sentencia C-762/09*. Gaceta Oficial de la Corte Constitucional, 29 de octubre de 2009. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-762-09.htm>.
- . *Sentencia C-365/12*. Gaceta Oficial de la Corte Constitucional, 16 de mayo de 2012. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-365-12.htm>.
- . *Sentencia T-762/15*. Gaceta Oficial de la Corte Constitucional, 16 de diciembre de 2015. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2015/T-762-15.htm>.
- . *Sentencia T-182/17*. Gaceta Oficial de la Corte Constitucional, 28 de marzo de 2017. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2017/T-182-17.htm>.

- . *Sentencia T-640/17*. Gaceta Oficial de la Corte Constitucional, 17 de octubre de 2017. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-640-17.htm>.
- . *Sentencia C-538/19*. Gaceta Oficial de la Corte Constitucional, 13 de noviembre de 2019. [https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2019/C-538-19.htm#:~:text=C%2D538%2D19%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20derecho%20a%20la%20reparaci%C3%B3n,y%20\(iv\)%20de%20satisfacci%C3%B3n](https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2019/C-538-19.htm#:~:text=C%2D538%2D19%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=El%20derecho%20a%20la%20reparaci%C3%B3n,y%20(iv)%20de%20satisfacci%C3%B3n).
- Colombia Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. "Estadísticas". *Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario*. Accedido 11 de julio de 2022. [https://www.inpec.gov.co/web/guest/estadistica/estadisticas/-/document\\_library/3pVdHSI1UBFX/view/410518?\\_com\\_liferay\\_document\\_library\\_web\\_portlet\\_](https://www.inpec.gov.co/web/guest/estadistica/estadisticas/-/document_library/3pVdHSI1UBFX/view/410518?_com_liferay_document_library_web_portlet_)
- Criminal Justice. "History of Criminology". *Criminal Justice*. Accedido 11 de julio de 2022. <http://criminal-justice.iresearchnet.com/criminology/history-of-criminology/>.
- Farrington, David P. "Childhood origins of antisocial behavior". *Clinical Psychology & Psychotherapy* 12, n.º 3 (2005): 177-190.
- Felson, Marcus y Ronald Clarke. *Opportunity Makes the Thief*. London: Home Office Policing and Reducing Crime Unit, Research, Development and Statistics Directorate, 1998.
- Francia Asamblea Nacional Constituyente. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. 26 de agosto de 1789.
- Garofalo, Rafael. *Criminología. Studio sul delitto, sue cause e sui mezzi di repressione*. Italia: Bocca fr. Torino, 1885.
- Garrido Martín, Eugenio, Jaume Masip Pallejà y María Carmen Herrero Alonso. *Psicología jurídica*. Madrid: Pearson Educación, 2006.
- Gil, David Buil. "¿Qué es la criminología?: Una aproximación a su ontología, función y desarrollo". *Derecho y Cambio Social* 13, n.º 44 (2016).
- Gil, David Buil y Aroa Ruiz Martínez. "Jóvenes promesas en Criminología. Recopilación de los mejores Trabajos de Final de Grado del curso 2014-2015". Mallorca: Criminología y Justicia, 2016.
- Kant, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*, 4ta Edición. Madrid: Tecnos 2005.
- Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2ª edición. Buenos Aires: B de f, 2003.
- . *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Madrid: Editorial la Ley, 2010.
- Molina Arrubla, Carlos Mario. "Evolución histórica de la criminología: Ensayo de criminología académica. Primera Parte". *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n.º 80 (1988): 123-165. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/4835>.

Organización de los Estados Americanos (OEA). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. 2 de mayo de 1948. Novena Conferencia Internacional Americana. <https://www.refworld.org.es/docid/5c631a474.html>.

Redondo, Santiago. "Prólogo. Retos de la Criminología". *Derecho y Cambio Social* 13, n.º 44 (2016).

Roxin, Claus. *Derecho Penal – Parte General Tomo I, Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*. Traducido por Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas 1997.

—. *La teoría del delito en la discusión actual*. Traducido por Manuel A. Abanto Vásquez. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2014.

Taylor, Ian, Paul Walton y Jock Young. "Criminología crítica en Gran Bretaña: reseña y Perspectivas". En *Criminología Crítica*. México: Siglo XXI, 1977.

Velásquez Velásquez, Fernando. *Manual de Derecho penal, parte general*. Colombia: Librería Jurídica Comlibros, 2007.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. ""Introducción" a Criminología, civilización y nuevo orden mundial, de Wayne Morrison". *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º2 (2012): 2-17.

—. *Derecho penal humano. La doctrina de los juristas y el poder en el siglo XXI*. Buenos Aires: Hammurabi, 2017.

—. *Morir de Cárcel. Paradigmas jughumanistas desde el virus de nuestro tiempo*. Buenos Aires: EDIAR, 2020. <https://www.pensamientopenal.com.ar/index.php/doctrina/49022-morir-carcel-paradigmas-jughumanistas-virus-nuestro-tiempo>.



# 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](mailto:estudiospenales@fiscalia.gob.ec)

**Fiscalía General del Estado**  
Dirección de Estudios Penales  
Quito - Ecuador