

PERFIL CRIMINOLOGICO

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO



DEL DELINCUENTE DE CUELLO BLANCO AL CORPORATE CRIME

NUEVAS FORMAS DE CRIMINALIDAD

- Responsabilidad penal de personas jurídicas
- Corrupción entre privados
- Criminal compliance
- Recuperación de activos
- Criminalidad organizada
- Responsabilidad penal de partidos políticos



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 Gestión de Estudios Penales

COMITÉ ACADÉMICO

M.A. Alberto Feijoo Erazo

Abg. Sebastián Tipán Morales

Ing. Diego Rodríguez Villamarín

EQUIPO DE DISEÑO EDITORIAL ACADÉMICO

Dirección de Comunicación y Promoción Institucional

Lic. Luis Monteros Arregui

Ing. Andrés Lasso Ruiz

Quito, diciembre de 2020

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

PERFIL CRIMINOLOGÓGICO



PERFIL CRIMINOLÓGICO

Presentación.....	8
La extinción de dominio: un cambio de paradigma en la persecución de la delincuencia organizada transnacional	11
Introducción.....	12
Fundamento constitucional de la figura	13
Las limitaciones del comiso penal tradicional.....	15
Perspectiva de política criminal	17
Referencias bibliográficas.....	20
Conclusiones.....	20
Imputación objetiva y <i>compliance</i> penal	22
Introducción.....	23
Sobre el fundamento dogmático de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el deber de garante del empresario.....	26
Sobre el fundamento dogmático de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el deber de garante del empresario.....	26
El deber de garante del empresario como fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas	27
El <i>compliance</i> en la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas en el derecho penal peruano	27
Esbozo del sistema de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas regulado en la Ley Nro.30424	27
El <i>compliance</i> penal como faz negativa de la tipicidad del delito corporativo.....	32
Sobre el estado actual de la teoría de la imputación objetiva.....	32
El <i>compliance</i> penal en la jurisprudencia. Primeras aproximaciones jurisprudenciales que ubican al <i>compliance</i> como categoría de la imputación objetiva de responsabilidad penal a las personas jurídicas.....	33
La imputación objetiva como espacio que conecta al <i>compliance</i> penal con la teoría jurídica del delito de la persona jurídica.....	37
Referencias bibliográficas.....	42
El cumplimiento normativo penal de las personas jurídicas.....	47
Concepto y cuestiones introductorias.....	48
La selección del equipo de consultores.....	52
La evaluación previa.....	52
El núcleo del sistema: el mapa de riesgos.....	54
La cúspide del sistema: el código ético	54

Una tarea interminable: el código de conducta.....	55
La concreción de puntos críticos para el sistema. Los protocolos específicos.....	56
El garante del modelo de prevención. El <i>compliance officer</i>	57
Un instrumento para la comunicación. El canal de denuncias.....	58
El <i>compliance</i> es un compromiso colectivo. El plan anual de formación.....	58
La prueba del efectivo funcionamiento del sistema. Los procesos de documentación.....	59
La permanente revisión del modelo de prevención.....	60
La ausencia de un sistema de inspección administrativa de los modelos de prevención de delitos y la prueba sobre su calidad.....	60
Conclusiones.....	62
Referencias bibliográficas.....	63

Crimen organizado y su estructura delictiva en la legislación ecuatoriana.....66

Crimen organizado.....	67
Definición.....	67
Estructura orgánica.....	69
Participación y responsabilidad.....	72
Marco legal.....	73
Participación de las personas naturales en el crimen organizado, según la legislación ecuatoriana.....	74
Autoría directa.....	74
Autoría mediata.....	75
Coautores.....	77
Complicidad.....	78
Persona jurídica: responsabilidad penal.....	79
Conclusiones.....	81
Referencias bibliográficas.....	82

Exposición de los modelos más relevantes en derecho comparado para la tipificación e interpretación del delito de cohecho entre particulares:

identificación del modelo más virtuoso.....	85
Breve introducción al delito de cohecho entre particulares.....	86
Normativa internacional contra el cohecho entre particulares.....	88
Exposición de los modelos más relevantes en derecho comparado para la tipificación del delito de cohecho entre particulares.....	88
Modelo laboral. Las legislaciones de Francia y Nueva York (Estados Unidos).....	89
Modelo laboral en Francia.....	89
Modelo laboral en Nueva York (Estados Unidos).....	89
Modelo de administración desleal. La legislación italiana.....	90
Modelo de administración desleal en Italia.....	90
Modelo de competencia desleal. Las legislaciones de Alemania y España.....	91
Modelo de competencia desleal en Alemania antes del año 2015.....	92
Modelo de competencia desleal en España después del año 2015.....	92
Modelo omnicompreensivo de conducta inapropiada. La legislación del Reino Unido.....	93
Legislaciones con mixtura de modelos.....	94
Revisión de los modelos expuestos.....	95
Revisión crítica del modelo laboral.....	95
Revisión crítica del modelo de administración desleal.....	96
Revisión crítica del modelo de competencia desleal.....	97
Revisión crítica del modelo omnicompreensivo de conducta inapropiada.....	99
El modelo más virtuoso.....	100
Conclusiones.....	101
Referencias bibliográficas.....	102

Tipificación del financiamiento ilegal de partidos políticos en Ecuador.....	106
Democracia	107
La democracia	107
La política.....	107
La corrupción.....	108
Globalización.....	108
Sociedad de riesgo	109
Cibercriminalidad.....	110
Odebrecht en Ecuador	110
Odebrecht en Latinoamérica.....	111
Constitución ecuatoriana y contratación pública.....	112
Legislación.....	113
El delito de financiación ilegal de partidos políticos en España	113
Caso Gürtel.....	114
Legislación peruana sobre financiación ilegal de partidos políticos	115
Caso Alejandro Toledo.....	116
Legislación ecuatoriana sobre derechos de participación y ley de partidos políticos.	117
Persona jurídica.....	119
Responsabilidad penal de la persona jurídica	119
Bien jurídico protegido en la financiación ilegal de partidos políticos.	121
Delitos de peligro. Delitos de daño	121
Compliance penal.....	122
Tipificación del delito de financiación ilegal de partidos políticos en el Ecuador.....	123
Conclusiones.....	123
Bibliografía	124

Edición

PERFIL **CRIMINOLÓGICO**
20

Presentación

Las formas de delinquir se diversifican conforme las sociedades evolucionan, a tal punto que ya no podemos centrar las discusiones o la solución de conflictos en torno al Derecho Penal Nuclear, sino que es necesario contar con normas y sanciones vanguardistas capaces de combatir nuevos delitos. Si antes hablábamos de hurtos, asesinatos o violaciones, hoy en día nos vemos afectados por tipos penales que se cometen en el seno de organizaciones criminales y utilizan mecanismos sofisticados para este fin.

A nivel transaccional, las organizaciones actúan con el objetivo de obtener cuantiosas ganancias económicas, a través de la comisión de delitos; por tal razón, en las últimas décadas, la estrategia de lucha más idónea en contra de esta institucionalidad se ha basado en el ataque a dichos beneficios a través de la figura jurídica del comiso, que tiene como finalidad retirar del mercado económico las ganancias ilícitas y atacar a la fuente que financia al crimen organizado.

En este contexto, la figura jurídica del comiso ha cobrado relevancia a escala mundial, y se ha consagrado en varios tratados internacionales, así como en la legislación interna de más de 130 países, dejando a un lado su tratamiento tradicional y dotándole de características importantes que permiten que sea utilizado como un instrumento de política criminal eficaz para enfrentar el crimen organizado. Todo esto con base en el principio reconocido por todas las tradiciones jurídicas de *"nadie debe beneficiarse de sus acciones ilícitas"*.

En el caso de los países latinoamericanos, pese a tener altos índices de criminalidad organizada, la figura del comiso se ha visto limitada en cuanto a su alcance. Sin embargo, gracias a la tendencia de la normativa anglosajona que ha irradiado a los instrumentos internacionales, la recuperación de activos proveniente de ilícitos se incorpora de diferentes modos en las legislaciones, de forma penal en diferentes modalidades, como en el caso de Bolivia, o de forma civil con la llamada ley de extinción de dominio en países como Colombia y Perú; cabe recalcar que, pese a sus diferencias, ambas atienden a un mismo fin.

En el caso de la legislación ecuatoriana, el comiso se tipificó en el Código Penal de 1938 como una pena pecuniaria destinada a retirar de la sociedad únicamente los instrumentos y efectos del delito, tal como sucede en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas.

Es con el advenimiento del Código Orgánico Integral Penal en el año 2014¹, que se incorporan elementos importantes para la figura jurídica del comiso, ya que su aplicación no se limita únicamente a dos tipos de modalidades (instrumentos y efectos del delito), sino que se lo estructura de acuerdo con los requerimientos internacionales de lucha contra el crimen organizado, ampliando las modalidades para decomisar un activo producto del cometimiento de actividades ilícitas, en otras palabras, contamos con una pena vanguardista, destinada a privar del bien a su titular por la comisión de un delito.

En nuestra legislación, el comiso consta dentro de las penas restrictivas de los derechos de propiedad, es decir, es admitida como una pena

accesoria inherente a la principal, cuya finalidad es agravar la intensidad del castigo². Debe existir, por tanto, una sentencia de privación de libertad para que sea aplicada, pues no es autónoma.

A partir de la definición del comiso, nuestro Código establece una serie de regulaciones, conocidas por la doctrina como modalidades del comiso, en función de los elementos en los que recae, haciendo posible recuperar los instrumentos, efectos y ganancias del delito. Además, posibilita decomisos por un valor equivalente a los bienes ilícitos que se destruyeron u ocultaron en los delitos de terrorismo, lavado de activos, sustancias sujetas a fiscalización, peculado, concusión, cohecho, enriquecimiento ilícito, testaferrismo, trata de personas, trata de migrantes y delincuencia organizada.

En tal sentido, el comiso es parte de las recientes discusiones que giran en torno al Derecho Penal, mismas que responden a los avances dogmáticos que se han presentado para solucionar y enfrentarse de una forma adecuada a la realidad cambiante de la sociedad contemporánea³, que ha favorecido el apareamiento de una nueva criminalidad, con características distintas a la delincuencia común, en tanto los delincuentes de cuello blanco se encuentran en el estrato más alto del sistema social. Los delitos económicos son cometidos por personas que ocupan cargos de poder dentro de las empresas, la política o en el marco de su profesión⁴.

Como señala el sociólogo estadounidense Edwin Sutherland, el objetivo de las normas eran los peces pequeños, mientras que las ballenas pasaban desapercibidas, es decir, la ley era como una telaraña que estaba hecha para atrapar moscas o insectos pequeños, mientras los abejorros la rompían. Esta comparación da cuenta de que los crímenes cometidos por personas de un nivel socioeconómico inferior soportaban la persecución penal y los delitos de cuello blanco quedaban en la impunidad⁵.

En este contexto, es relevante crear fuentes que aborden estas nuevas posiciones jurídicas y que su aplicación práctica sirva para fortalecer la labor estatal en torno a las nuevas formas de criminalidad, con la finalidad de que no queden en la impunidad y evitar que se siga criminalizando la pobreza. Es por esta razón que la *Revista Perfil Criminológico* N° 28 de la Fiscalía General del Estado recoge las contribuciones de diferentes autores nacionales e internacionales que, desde diversos enfoques, teorías y praxis comparten su posición sobre los "delitos de cuello blanco".

Espero que este aporte académico sea de gran utilidad para el foro jurídico ecuatoriano y que las diferentes perspectivas que recoge, pongan en la palestra, tanto jurídica como social, las nuevas formas de criminalidad.

Dra. Beatriz Rodríguez
Directora Nacional de Estudios Penales

¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial, Suplemento 180, 10 de febrero de 2014, art. 69.

² Borja Mapelli, *Las consecuencias jurídicas del delito* (Pamplona: Civitas, 2011), 285.

³ La inmediatez de los medios de comunicación, la movilidad de los flujos económicos y migratorios, la realidad "líquida" de las fronteras con el ciberespacio, donde se pueden perpetrar innumerables delitos, son algunos ejemplos de las causas estructurales que han incidido en que la delincuencia haya cambiado en los últimos tiempos.

⁴ Gilbert Geis, "El delito de cuello blanco como concepto analítico e ideológico", en *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal*, coord. por Francisco Bueno, José Luis Guzmán y Alfonso Serrano (España: Dykinson, 2008).

⁵ Gilbert Geis, "El delito de cuello blanco como concepto analítico e ideológico".



La extinción de

dominio

un cambio de paradigma en la
persecución de la delincuencia organizada
transnacional



La extinción de dominio: un cambio de paradigma en la persecución de la delincuencia organizada transnacional

Andrés Ormaza Mejía

*Abogado Penalista – Criminólogo. M.Sc. Estrategia y Geopolítica
Coordinador de la Ley Modelo de Extinción de Dominio*



Introducción

El margen de ganancia estimado de la criminalidad organizada plantea la necesidad de reformular algunas de las estrategias tradicionales de persecución de esta clase de manifestaciones ilegales. Estos ajustes al sistema pueden abordarse en varios escenarios, ya sea en el ámbito normativo o, en el plano administrativo, fortaleciendo cuantitativa y tecnológicamente las instituciones encargadas de combatir el delito, generando cada vez mayor capacidad técnica especializada en los órganos de administración de justicia o a través de la adopción de políticas de prevención del delito, a partir de la implementación de programas y mecanismos transversales orientados a población/sectores vulnerables.

Independiente de la ejecución individual o integral de estas alternativas, o de otras que se encuentren adecuadas, se considera de singular importancia reflexionar acerca de la necesidad de avanzar en la perspectiva económica de la investigación judicial de expresiones propias de la criminalidad organizada. Y, en este contexto, el paradigma que debería gestarse parte del reconocimiento que los métodos tradicionales, si bien, pueden tener una respuesta en el corto plazo, resultan siendo soluciones parciales en el mediano y largo plazo, término en el cual la secuencia criminal termina reiterándose y consolidándose tanto territorial como económicamente.

Una mirada general, no concluyente, a las estrategias investigativas empleadas permite advertir que la investigación criminal, cuando de redes delictivas se trata, se orienta casi exclusivamente a la identificación, localización y persecución de los integrantes, individualmente considerados. Si bien, ello obedece a la naturaleza misma de la acción penal, a la necesidad de protección de bienes jurídicos con el consecuente ejercicio de la potestad punitiva del Estado contra quienes infringen el orden jurídico y ponen en riesgo o lesionan un bien jurídicamente tutelado, en ocasiones, puede dejarse de lado un aspecto igualmente trascendental en la persecución del delito, las acciones enfocadas en el tratamiento de los beneficios económicos generados a partir de este.

Algunas de las razones, tomadas en cuenta acerca de la importancia de fortalecer la respuesta de los Estados frente a las ganancias ilícitas, radican en la necesidad de impactar significativamente el soporte económico de la criminalidad organizada, en el entendido que el lucro es su principal motivación y la que explica sustancialmente su existencia. Como lo advierte la doctrina especializada, *"la condena no lleva automáticamente al decomiso. Quizás un delincuente no tenga inconvenientes en cumplir su condena si sabe que, al ser liberado, podrá contar con sus bienes, o que su familia podrá seguir disfrutando del producto del delito."*¹

¹ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Manual de cooperación internacional en el decomiso del producto del delito*, febrero 2013, 11, https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Confiscation_Manual_Ebook_S.pdf.

Fundamento constitucional de la figura

Uno de los principales desafíos para el derecho radica en la necesidad de cerrar la brecha existente entre la realidad y la ley, más aún, de encuadrar el acontecer fáctico en una descripción normativa. Este reto representa, además, una forma de materializar postulados de mayor entidad jurídica, como los enunciados en la Constitución Política de cada Estado. Bajo la égida de ésta, el Estado debe servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes, facilitar la participación de los asociados en las decisiones que los afecten en su destino económico, político, administrativo y cultural, defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Para efectivizar tales principios, es decir, para propender por su ejercicio práctico y no sólo dogmático, debe dotarse a las autoridades de la República de instrumentos adecuados a la realidad contemporánea y debe adecuarse su operatividad a la evolución de las diversas manifestaciones delictivas. En síntesis, deben incorporarse mecanismos que, de manera armónica con el entorno constitucional y legal y sobre la base del devenir histórico, permitan dar cabal cumplimiento a los derechos y garantías de los ciudadanos, a través de la protección eficaz de aquellos bienes jurídicos cuya titularidad recae en la persona o, en un sentido más amplio, en la sociedad y el Estado.

Siguiendo a Loewenstein, una Constitución escrita no funciona por sí misma una vez que haya sido adoptada por el pueblo, sino que una Constitución es lo que los detentadores y destinatarios del poder hacen de ella en la práctica². Cabría añadir a esta perspectiva, la concurrencia de circunstancias históricas y sistemáticas manifiestas con capacidad de moldear y perfilar el entorno constitucional.

Agrega el citado autor que para que una Constitución sea real y efectiva tendrá que ser observada lealmente por todos los interesados

y hallarse plenamente integrada en la sociedad estatal. De lo contrario, si la dinámica del proceso político no se adapta a sus normas, se tratará de una Constitución jurídicamente válida pero carente de realidad.

En el mismo sentido, se pronuncia el constitucionalista colombiano Luis Carlos SÁCHICA, al señalar que un análisis limitado y escueto, fundado en el texto constitucional, carece de sentido y deja vacíos en el esquema de las bases de un orden jurídico total. 'Derecho' y 'Estado' no son una creación mágica, ni estructura de formas legales vanas, ni una ordenación estática. Los dos son el resultado de presupuestos y factores reales que determinan y condicionan su aparición y desenvolvimiento en un proceso continuo, sus modos, su actuación y tendencias, según hechos sociales insoslayables, 'espacio-tiempo histórico', valores éticos, sociales y políticos que impregnan la vida toda de una comunidad civil.³

En este marco, la extinción de dominio está estrechamente relacionada con la regulación constitucional y legal del derecho a la propiedad. Más aún, reafirma los postulados de la Carta Política referidos a ese derecho a la vez que los armoniza con otros de igual o mayor jerarquía.

El siguiente pronunciamiento del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia profundiza en esa concepción integradora de la acción de extinción de dominio, retomando los pilares ancestrales que orientan la forma de Estado:

"Ahora bien, habiéndose establecido la naturaleza jurídica in rem de la acción de extinción de dominio, separada o al margen de cualquier proceso penal, por su contenido estrictamente patrimonial, cabe señalar a continuación, que desde una perspectiva constitucional, corresponde su análisis a partir del derecho a la propiedad privada, el cual conforme manda el art. 56 de la CPE, para plasmar parámetros superiores y gozar de protección, debe cumplir una función social y su uso no debe ser perjudicial al interés colectivo; de donde los bienes cuya procedencia sea ilícita, por derivar o estar destinados a actividades ilegales o crimina-

² Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución* (Barcelona: Ariel, 1970).

³ Luis SÁCHICA, *Constitucionalismo colombiano* (Bogotá: Temis, 1972), 33-35.

les, como producto o instrumentos del delito, no pueden cumplir nunca una función social, porque el uso que se hace de tales bienes es con creces, perjudicial al interés colectivo. En consecuencia, estos bienes de procedencia ilícita, no pueden configurarse jamás como derecho de propiedad, por ausencia total de un título legítimo, y menos hallar protección en un Estado Constitucional de Derecho; al contrario, dado que ese vicio de origen es insubsanable e invalorable por razón alguna, deben ser combatidos en aras de protección de los intereses superiores de la sociedad y del Estado, pudiendo este último de manera legítima, desvirtuar esa aparente legitimidad y declarar la extinción de su dominio, cuando el pretendido propietario no cumple con los requisitos constitucionales y legales que hacen a una propiedad lícita, declaratoria de extinción que al no tener en sí misma un carácter punitivo, puede perfectamente prescindir del proceso penal a que eventualmente pudieren dar lugar las conductas que originaron esos bienes y de las garantías constitucionales relacionadas con esta clase de procesamiento, incluida la sentencia condenatoria previa, lo cual no puede ser objeto de reproche en sede constitucional; por cuanto, lo que se está atacando es simplemente la ilegitimidad del título que genera ese dominio mal habido, salvando en todo caso los derechos que pudiesen corresponder a terceros de buena fe.

En consecuencia, la acción de extinción de dominio de bienes, halla sustento constitucional en el derecho a la propiedad privada, a partir de que ésta debe cumplir una función social y para gozar de protección, el uso que se haga de ella no debe ser perjudicial al interés colectivo; de donde la "propiedad" adquirida por medios ilícitos o ilegítimos, no puede merecer protección constitucional, por lo que al no configurar un derecho digno de protección, el Estado puede declarar legítimamente su extinción, dando prevalencia así al interés general sobre el particular.

Asimismo, como se desarrollará más adelante, el instituto de la extinción de dominio

de bienes, encuentra sustento constitucional, en los principios, valores y fines del Estado, como los principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble). Los valores supremos de igualdad, dignidad, libertad, respeto, transparencia, equilibrio, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien; y los fines y funciones esenciales del Estado, como el de garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas; en virtud de los cuales no puede protegerse jurídicamente la titularidad de bienes de procedencia ilícita, que no son producto del trabajo honesto, sino que provienen de actividades que laceran la moral de la sociedad, socavan las instituciones del Estado y corrompen a las personas y servidores públicos.⁴

Son uniformes la doctrina y la jurisprudencia al señalar que la protección constitucional recae sobre la propiedad adquirida de forma legítima y que, en consecuencia, deriva su derecho de un justo título conforme a las leyes civiles. Una interpretación absolutista del amparo constitucional de la propiedad podría llevar a un peligroso desequilibrio de toda la estructura constitucional en materia de derechos colectivos e individuales.

En este sentido, la acción de extinción de dominio dota de identidad jurídica, atributos constitucionales referidos a la propiedad -expresamente, en algunos casos- como su función social.

"no tendría ningún sentido la concepción del Estado como social de derecho y, en consecuencia, como Estado de justicia; ni la inclusión del valor superior justicia en el Preámbulo de la Carta, ni la realización de un orden social justo como uno de los fines del Estado, ni la detenida regulación de la libertad y de la igualdad como contenidos de la justicia; si se permitiera, por una parte, que se adquirieran derechos mediante títulos

⁴ Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, Declaración Constitucional Plurinacional 0002/2013, 19 de abril de 2013.

ilegítimos y, por otra, que esos derechos ilícitamente adquiridos fueran protegidos por la Constitución misma. Por el contrario, la concepción del Estado, sus valores superiores, los principios, su régimen de derechos y deberes, imponen, de manera irrefutable, una concepción diferente: Los derechos sólo se pueden adquirir a través de mecanismos compatibles con el ordenamiento jurídico y sólo a éstos se extiende la protección que aquél brinda.

Los títulos ilegítimos, incluidas estas modalidades introducidas expresamente por el constituyente, generan sólo una relación de hecho entre el aparente titular y los bienes, que no es protegida por el ordenamiento jurídico y que en cualquier momento puede ser extinguida por el Estado.”⁵

En este orden de ideas, la acción de extinción de dominio avanza en la concreción de principios y derechos constitucionales tales como:

- Derecho a la propiedad legítimamente adquirida.
- Derecho al trabajo.
- Derecho a la igualdad.
- Derecho a la dignidad humana.
- Prevalencia del interés general sobre el interés particular.

La función social de la propiedad, expresamente acogida por la mayoría de Estados de la región en sus constituciones como atributo y obligación en el ejercicio del derecho, es igualmente reivindicada a través de la acción de extinción de dominio.

Bajo la perspectiva jurisprudencial comparada expuesta, se puede concluir que la acción de extinción de dominio no sólo se ajusta a las previsiones constitucionales de todos los Estados de la región, sino que además, permite materializar derechos de mayor jerarquía y concretar fines esenciales del Estado.

Las limitaciones del comiso penal tradicional

En ocasiones, se hace referencia a que en el

marco del procedimiento penal ya se ha desarrollado históricamente un mecanismo de impacto patrimonial sobre bienes que constituyen producto o instrumento del delito, como el comiso. Desde una perspectiva lógico-jurídica, el comiso es la figura procesal que, por excelencia, debe recaer sobre aquellos activos que tienen un despliegue fáctico frente al tipo penal y la consecuente atribución de responsabilidad jurídicamente relevante, bien porque tal patrimonio constituye directamente la ganancia del delito o deriva de él o bien porque ha sido utilizado para su comisión. No obstante, en tanto existe un nexo indisoluble entre el comiso y la emisión de una sentencia condenatoria, en la que aquel ocupa un plano subsidiario o residual frente a la pena principal, se evidencian las significativas limitaciones jurídicas que presenta esa solución frente a la diversidad de posibilidades que impiden un pronunciamiento de fondo de contenido económico.

Algunas de las dificultades observadas para un comiso eficaz en el proceso penal son:

- Muerte del imputado: Por tratarse de una de las causales de extinción de la acción penal. En consecuencia, al no proceder el ejercicio de la potestad punitiva del Estado por la imposibilidad física de decretar la responsabilidad penal del individuo, los bienes que se hallaban bajo su titularidad, así fuera presunta, no pueden tampoco ser sometidos al imperio de la legislación penal. Sumada a esa circunstancia, en virtud del régimen civil propio de las sucesiones, los bienes –producto o instrumento del hecho punible– podrían integrar legítimamente la masa herencial en favor de los herederos.
- Concentración de la actividad investigativa en función del infractor: Es una limitación frecuente en la práctica. Al estar concentrada la instrucción en los hallazgos de existencia del hecho punible y de responsabilidad penal del investigado, aspectos relevantes desde el punto de vista patrimonial pasan a un segundo plano o no alcanzan a ser observados por el operador judicial.

A tal efecto, debe tenerse en cuenta que en ocasiones el recurso disponible es escaso para adelantar una adecuada investigación patrimonial en la indagación penal. De otra parte,

⁵ Colombia Corte Constitucional, *Sentencia C-740/03*, 28 de agosto de 2003.

estando concentrando el objetivo de la misma en la búsqueda de los elementos de prueba que permitan establecer la tipicidad de la conducta, su antijuridicidad y la culpabilidad del investigado, los términos procesales giran en torno a tal propósito, por lo que resultan insuficientes los tiempos procesales para enfatizar en el contexto patrimonial o económico del delito.

- Prohibición de proceso en ausencia: Si bien, por regla general, es posible adelantar el proceso penal en ausencia física del investigado asegurando una adecuada defensa técnica y con observancia del debido proceso, algunas legislaciones exigen su comparecencia directa en el proceso, de tal forma que, en el evento en que aquel se encuentre en condición de prófugo, no será posible afectar sus bienes, incluso cuando obren evidencias que sugieran el nexo entre estos y el delito.

- Régimen de inmunidades: La protección jurídica, que en el ámbito penal se brinda en algunas legislaciones a quienes ejercen o han ejercido un cargo de alta jerarquía en el Estado, impide igualmente la imposición de medidas sobre sus bienes. Esta situación adquiere una relevancia negativa cuando al amparo de ese régimen se prohíbe el comiso/decomiso de bienes derivados del delito, por ejemplo, en casos de corrupción realizados en desarrollo de la función pública.

- Prescripción de la acción penal: Además de la muerte del imputado, se han definido, taxativamente, otras circunstancias extintivas de la acción penal, tal como la prescripción. Esta consecuencia del transcurso del tiempo, que se traduce en la falta de actividad del Estado en la averiguación de un posible delito o de su autor, o en la definición de la situación jurídica, favorable a la persona que ha estado vinculada a una investigación penal o al tercero que no llegó a estarlo, cobija igualmente los bienes que pertenezcan a tales sujetos. Así, quien luego de cometer un delito evade la acción de las autoridades durante el tiempo de prescripción previsto en la legislación, podrá argumentar la causal extintiva de la acción penal en su favor, resultando igualmente amparado el capital generado con la comisión del delito.

- Bienes en cabeza de un menor de edad: Dentro de los métodos usados por la delin-

cuencia organizada para asegurar la ganancia ilícita y evitar la imposición de medidas judiciales provisionales o definitivas sobre la misma, se ha identificado la transferencia de propiedades y activos a menores de edad, sobre los cuales resulta improcedente cualquier medida restrictiva, incluso, en el marco del sistema de responsabilidad penal juvenil. En la práctica, lo que se presenta, es la instrumentalización del menor como eslabón de la cadena de lavado de activos, pero valiéndose de los límites propios del sistema jurídico.

- Bienes en otra jurisdicción: El carácter transnacional de la delincuencia organizada implica igualmente una migración permanente de los flujos económicos procedentes del delito. Este movimiento constante del capital ilícito dificulta su identificación, localización y ubicación en la jurisdicción donde se adelanta la investigación de naturaleza penal, reduciendo las posibilidades de emitir una orden definitiva de comiso/decomiso, una vez se adopte la respectiva sentencia condenatoria.

- Cuando el presunto titular de los bienes ha sido investigado y juzgado en el exterior: La oponibilidad del principio de non bis in ídem o el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, puede constituir un obstáculo para la adopción de medidas sobre bienes en el proceso penal cuando la investigación se adelanta por los mismos hechos por los cuales la persona –poseedor o presunto titular de los bienes- ya ha sido procesada en el exterior. De haber sido condenada o absuelta, pero no haberse emitido pronunciamiento de fondo sobre los bienes en la sentencia extranjera, no podría decretarse medida penal alguna frente a los mismos por la jurisdicción nacional.

- Otras incidencias de naturaleza probatoria y procesal, como el principio de *in dubio pro reo* o la absolución del investigado por atipicidad de la conducta, trascienden igualmente a los bienes bajo su titularidad presunta que pudieran haber tenido algún vínculo con la actividad ilícita. En tales casos, el comiso penal no constituye una vía idónea de persecución del producto del delito.

Perspectiva de política criminal

¿Ha crecido la criminalidad organizada en el país en los últimos 5 años? ¿Ha observado en el último tiempo un incremento súbito e inexplicable en patrimonios o negocios? ¿La legislación del país cuenta con herramientas eficaces para perseguir el producto del delito? Estas y muchas otras preguntas pueden ser el punto de partida para un análisis más profundo sobre la necesidad y conveniencia de incorporar al ordenamiento jurídico la figura de la extinción de dominio.

El estudio de ese mecanismo puede ser abordado desde múltiples aristas. Desde una perspectiva constitucional, como desarrollo y afirmación del artículo 30 de la Constitución

Política que reconoce y garantiza el derecho a la propiedad, siempre que ésta cumpla una función social y, en el entendido, por supuesto, que se trate de aquella adquirida por medios legítimos.

Por su parte, una mirada al contexto latinoamericano indica que 8 países cuentan ya con instrumentos similares o aproximados a la extinción de dominio (Argentina, Bolivia, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, México y Perú), dato que no puede pasar inadvertido desde un punto de vista geopolítico, toda vez que es una clara muestra del cerco legal y operativo que se está tendiendo contra la riqueza ilícita de la delincuencia organizada en varias latitudes, generando un inevitable efecto migratorio de tales activos a aquellos países que carecen de herramientas jurídicas similares.



FIGURA 1. Países latinoamericanos con instrumentos de extinción de dominio

A su vez, en el ámbito multilateral, la extinción de dominio es una medida consecuente con las convenciones adoptadas en el seno de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 1988), contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo, 2000) y contra la Corrupción (Mérida, 2003), de las cuales el país es signatario. Adicionalmente, estándares especializados en el combate al lavado de activos y la financiación del terrorismo, como las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional, GAFI, aceptadas formalmente por Ecuador como miembro de la versión latinoamericana de dicho organismo, GAFILAT, exhortan expresamente a los países, a considerar la adopción de medidas de decomiso sin condena penal, como la extinción de dominio. Al respecto, es preciso anotar que el país será evaluado durante el próximo año frente al nivel de cumplimiento de tales lineamientos especializados.

Pero, más allá de las breves consideraciones anteriormente expuestas, sobre el marco jurídico internacional y sobre el entorno regional y global, la extinción de dominio es, ante todo, una herramienta de política criminal novedosa y de impacto social complementaria a los mecanismos tradicionales de persecución penal, pero de mayor eficacia frente a las economías ilícitas paralelas generadas por el crimen organizado.

Es importante enfatizar que no se trata de una medida excluyente respecto de otros mecanismos legales y operativos, toda vez que no reemplaza, en modo alguno, el ejercicio de la potestad punitiva del Estado en cabeza de la jurisdicción penal. Lo complementa, entre otras razones, porque la extinción de dominio no tiene un carácter sancionatorio –no se está privando a nadie de una propiedad de la que nunca fue legítimamente su propietario, por haber sido adquirida con recursos de origen ilícito–.

Por otra parte, las soluciones históricas ofrecidas para combatir ciertas expresiones delictivas tales como el aumento de penas, creación de nuevos tipos penales, limitación o supresión de subrogados penales y beneficios administrativos, entre otras, aunque puedan ser consideradas relevantes en el marco de la necesidad de protección de bienes jurídicos

individuales y colectivos, –si bien, algunos las catalogan como medidas de populismo punitivo–, no están orientadas a la razón de ser de la empresa criminal, cuál es su propósito de lucro. Por tal razón, han terminado resultando insuficientes por sí solas.

Sin entrar en los argumentos dogmáticos de índole constitucional y jurídicos, algunos de los cuales han sido esbozados tangencialmente y que podrían ser retomados con mayor profundidad en posterior análisis, advirtiendo que todos los eventuales cuestionamientos de orden teórico ya han sido decantados en la experiencia latinoamericana, la extinción de dominio es, entonces, una herramienta jurídico-operativa focalizada en patrimonios ilícitos –por origen o por destinación–, y una medida de política criminal orientada, entre otros aspectos, a la búsqueda y generación de equilibrio. Esta característica, que no puede interpretarse en un sentido exclusivamente retributivo, presenta un alcance multidimensional de alto contenido social, que se expresa en los siguientes contextos:

- Contexto económico: Cuando las ganancias del delito buscan entrar en los canales lícitos de la economía, se generan asimetrías reflejadas en desequilibrio económico, inequidad, "efecto burbuja", desempleo y competencia desleal, por solo mencionar algunas de las múltiples consecuencias en las que se ve reflejado el impacto económico del dinero contaminado.

En este sentido, la extinción de dominio se constituye en un medio de equilibrio socio-económico que se manifiesta principalmente en dos vías: en primer lugar, atacar el soporte patrimonial de las redes ilícitas y recuperar a favor del Estado, los activos relacionados directa e indirectamente con el delito, que son factor generador de desigualdad social y, en segundo lugar, obtener la reinversión de ese patrimonio ilícito a fines legítimos, incluida la posibilidad de su destinación para obras sociales.

Dentro de las experiencias regionales y por citar solo algunos ejemplos, se destaca el uso de predios rurales objeto de extinción de dominio para proyectos productivos o la asignación de recursos recaudados en subastas públicas sobre bienes extinguidos a obras sociales tales

como centros de rehabilitación de consumo de drogas.

- **Fortalecimiento de la justicia:** Uno de los problemas medulares en el combate a las organizaciones ilícitas radica en las limitaciones operativas de las autoridades de investigación y persecución penal, derivada normalmente de un presupuesto exiguo, que no permite adelantar indagaciones integrales ni acceder a equipos de apoyo forense para tener una respuesta institucional más eficaz. En la otra orilla, las redes criminales cuentan con amplios recursos, que les permiten sostener operaciones altamente sofisticadas, además del poder corruptor que ello implica. Como resultado, los indicadores operativos resultan de bajo impacto, tanto en la desarticulación real de tales redes delictivas, como desde el punto de vista patrimonial de las mismas.

La extinción de dominio emerge entonces como una fuente de recursos, que permite un mayor equilibrio de cargas en la confrontación de crímenes transnacionales, en la medida que, un porcentaje significativo de los activos recuperados a favor del Estado son reasignados a las instituciones que tienen un rol relevante en la lucha contra el delito.

Con los recursos obtenidos a través de extinción de dominio, todos los países que han acogido ese mecanismo han podido fortalecer sustancialmente sus equipos de investigación, lo que les ha permitido obtener resultados contundentes contra la criminalidad organizada, tanto en la desarticulación de redes complejas como en la recuperación de activos.

- **Derechos humanos y reducción de impacto fiscal negativo:** Con recursos de extinción de dominio, algunos países han podido atender necesidades apremiantes en favor de algunos sectores de la sociedad en situación de vulnerabilidad, sin tener que asumir en su totalidad las erogaciones presupuestarias que, en otras circunstancias, les habrían correspondido. Proyectos de vivienda de interés social para damnificados por inundaciones son algunas de las obras realizadas en algunos países con dineros extinguidos a las mafias. Tales acciones han alcanzado, incluso, connotaciones humanita-

rias, como en aquellos casos en los que predios recuperados por el Estado en ejercicio de la extinción de dominio, han sido otorgados a familias desplazadas por la violencia.

Además de los ejemplos expuestos, también han resultado significativos, los aportes de los recursos de extinción de dominio en casos relacionados con derechos humanos. Bastaría mencionar que, con fondos que en algún momento constituyeron ganancia de las organizaciones criminales y sobre los cuales se ejerció eficazmente esa forma especial de decomiso, se financió alrededor del 50% de un proyecto de modernización carcelaria que implicó la construcción de nueve establecimientos penitenciarios en Colombia, disminuyendo ostensiblemente los índices de hacinamiento que aquejaban al sistema y que representaban una flagrante violación de los derechos humanos de la población reclusa.

A partir de esta experiencia, autoridades de otros países han solicitado la destinación de dineros recuperados por vía de la extinción de dominio para fortalecer su sistema penitenciario y superar las crisis derivadas de la sobrepoblación carcelaria. Tanto en este ejemplo, como en todos los anteriores, el común denominador es el menor impacto fiscal que tales proyectos presentan, lo que permite que los recursos que se invertirían en esas necesidades puedan ser orientados a otras acciones y planes de interés común.

- **Prevención del delito y seguridad pública:** Continuando con las nociones tomadas de la experiencia de los países que han implementado el mecanismo de extinción de dominio, existen dos dimensiones concurrentes cuando se aborda su alcance y sus efectos. La primera radica en el efecto disuasivo que esta medida puede generar al invertir la ecuación costo-beneficio de la criminalidad organizada en la que, normalmente, el beneficio está representado en la obtención de grandes sumas de dinero o su equivalente en bienes. Como lo advierte la doctrina especializada, *“quizás un delincuente no tenga inconvenientes en cumplir su condena si sabe que, al ser liberado, podrá contar con sus bienes, o que su familia podrá seguir disfrutando del producto del delito.”*⁶

⁶ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Manual de cooperación internacional en el decomiso del producto del delito*, febrero 2013, 11.

Como se ha indicado, debido a su carácter estrictamente patrimonial, la extinción de dominio se enfoca en la segunda variable de análisis criminal –el beneficio–, motivando un replanteamiento de la ecuación base: costo (prisión) – costo (patrimonial). Bajo esta premisa, es innegable el espectro preventivo de la medida.

Desde esa perspectiva, la prevención del delito emanada de la extinción de dominio se expresa en diferentes ámbitos. En uno de

ellos, a través de la disminución de las consecuencias negativas del delito, en tanto cesan los perjuicios económicos de incidencia social del mismo. En otro plano, como reacción legal, institucional y operativa contra la delincuencia organizada, buscando desestimular sus operaciones. Así, se ha interpretado el alcance del mecanismo en otras jurisdicciones en las que la adopción de esta clase de herramientas ha sido históricamente exigida por distintos sectores.

Conclusiones

En conclusión, la extinción de dominio se ha erigido en aquellos países que la han adoptado como una herramienta eficaz de política criminal que focaliza la respuesta del Estado en los bienes que emanan directa o indirectamente del delito, a la vez que, reafirma preceptos constitucionales como el derecho a la propiedad adquirida de forma legítima, el derecho al trabajo y el derecho a la igualdad, entre otros.

Los resultados obtenidos en aplicación de esta figura permiten constatar que una política criminal de impacto real no se restringe a los mecanismos tradicionales, sino que, debe avanzar en el debilitamiento de la estructura económica y financiera de las organizaciones criminales. Equilibrio, conveniencia jurídica y necesidad son, sin duda, tres de los conceptos medulares que deben guiar un cambio de paradigmas en el combate a la delincuencia.

Referencias bibliográficas

Colombia Corte Constitucional. *Sentencia C-740/03*. 28 de agosto de 2003.

Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional. *Declaración Constitucional Plurinacional 0002/2013*. 19 de abril de 2013.

Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1970.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). *Manual de cooperación internacional en el decomiso del producto del delito*. Febrero 2013. https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Confiscation_Manual_Ebook_S.pdf

Sáchica, Luis. *Constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Temis, 1972.

Imputación objetiva y

compliance

penal



Imputación objetiva y compliance penal

Dino Carlos Caro Coria

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca/España. Estancias de investigación postdoctorales en el Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht de Freiburg im Breisgau/Alemania. Profesor de Derecho Penal en Pontificia Universidad Católica del Perú (1995-2018). Profesor de Derecho Penal Económico y Compliance en la Universidad de Lima y la Universidad del Pacífico. Director del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Presidente de la Asociación Peruana de Compliance. Miembro del Consejo Científico del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano de la Universidad de Göttingen/Alemania. Miembro del Observatorio de Criminalidad Organizada Transnacional de la Universidad de Salamanca/España.

Introducción

Compliance no es derecho penal sino gerenciamiento del riesgo o administración de una posición de riesgos desde la empresa¹. Esta es una afirmación que sin lugar a dudas puede generar polémicas o posiciones en contra por parte de la doctrina penal, la que en los últimos tiempos viene abordando la conceptualización y problemática teórico-práctica del *compliance*². *Compliance* es un término cuya conceptualización implica una ardua tarea donde a la fecha no existe consenso en la doctrina. Por ende, aún mantiene vigencia lo sostenido por Rotsch en el sentido que el "concepto de *Compliance* ha protagonizado una carrera vertiginosa"³, ya que estamos ante uno de los términos de los más vagos e inexpressivos que se haya acuñado jamás⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, no cabe duda que el *compliance* penal viene cobrando cada vez mayor relevancia en las legislaciones, en donde se le otorga la función de exonerar de responsabilidad penal o administrativa a la empresa, o la función de atenuar la sanción a imponerse. Así, en el Perú, tenemos que en la Ley Nro. 30424, ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas⁵, se establece que la persona jurídica está exenta de responsabilidad si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos y reducir significativamente el riesgo de su comisión. Por su parte, en el artículo 12° literal d) de la misma ley se regula que la persona jurídica verá atenuada su responsabilidad administrativa si adoptó e implementó, después de la comisión del delito y antes del juicio oral, un modelo de prevención; o, también verá atenuada su responsabilidad si es que puede acreditar parcialmente los elementos mínimos de un modelo de prevención.

Por su parte, en Italia se regula en el artículo 6° del Decreto Legislativo Nro. 213/2001 que

Soggetti in posizione apicale e modelli di organizzazione dell'ente. 1. Se il reato e' stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che: a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

En similar sentido, en España se establece en el artículo 31° bis. 2 del Código penal que

(...) la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si (...) 1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (...).

En el caso de Argentina, se tiene la Ley Nro. 27401, la cual regula en su artículo 9° que

la persona jurídica está exenta de responsabilidad por la comisión de los delitos comprendidos en el artículo 1, si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.

En el caso de Chile, el artículo 3° de la Ley Nro. 20393 establece que

Las personas jurídicas serán responsables de los delitos (...) que fueren cometidos (...) por sus dueños (...), siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión. (...) Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente (...).

En el caso de México, el artículo 421° del Código Nacional de Procedimientos Penales establece que *"Las personas jurídicas serán penalmente responsables, de los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, cuando se haya determinado que además existió inobservancia del debido control en su organización".*

En el Reino Unido tenemos la UK Bribery Act (2010) en cuyo artículo 7° se regula que

Failure of commercial organisations to prevent bribery. (1) A relevant commercial organisation ("C") is guilty of an offence under this section if a person ("A") associated with C bribes another person intending— (a) to obtain or retain business for C, or (b) to obtain or retain an advantage in the conduct of business for C. (2) But it is a defence for C to prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct.

Por su parte, en la UK Criminal Finances Act (2017) se regula en su artículo 45° que

Failure to prevent facilitation of UK tax evasion offences. (1) A relevant body (B) is guilty of an offence if a person commits a UK tax evasion facilitation offence when acting in the capacity of a person associated with B. (2) It is a defence for B to prove that, when the UK tax evasion facilitation offence was committed— (a) B had in place such prevention procedures as it was reasonable in all the circumstances to expect B to have in place, or (b) it was not reasonable in all the circumstances to expect B to have any prevention procedures in place.

Lo precedentemente expuesto es una constante en el derecho comparado e incluso en los ordenamientos jurídicos del common law, por ende, es necesario analizar profundamente la relación del compliance con el derecho penal y en concreto, con la teoría jurídica del delito⁶.

En otras palabras, en el presente trabajo de investigación se analiza si el *compliance* puede encontrar explicación y ubicación dentro de la estructura de la teoría jurídica del delito. Sobre ello, es menester reconocer que la doctrina penal viene aproximándose a esta problemática, formulándose interrogantes como ¿qué aporta el *compliance* al derecho penal?⁷, o sosteniendo que la relación entre *compliance* y teoría jurídica del delito requiere distinguir dos ámbitos generales de responsabilidad en el ámbito de la criminalidad de empresa: por un lado, la responsabilidad penal de la propia empresa y, por otro lado, la responsabilidad penal de los miembros individuales de la empresa⁸.

En este sentido, para analizar correctamente la relación entre *compliance* y teoría jurídica del delito, se debe partir de la responsabilidad penal de la empresa como fenómeno de la responsabilidad penal en el ámbito de la criminalidad empresarial, atendiendo específicamente a los alcances de la actual regulación peruana de la Ley Nro. 30424.

¹ Cfr. Carlos Gómez-Jara, *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú. Directrices para su interpretación* (Lima: Instituto Pacífico, 2018), 29. «Es en este punto de vista donde se podría quizás sostener una diferencia entre la responsabilidad administrativa y la responsabilidad penal de la persona jurídica: desde el punto de vista administrativo, el elemento clave es la gestión de riesgos; desde el punto de vista penal, el elemento clave es la cultura de cumplimiento (*compliance*)».

² Por todos, Vid. Ulrich Sieber, "Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica", en *Dogmática penal de derecho penal económico y política criminal: homenaje a Klaus Tiedemann*, coord. por José Urquiza, Manuel Abanto y Nelson Salazar (Lima: Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, 2011), 207 - ss.

³ Thomas Rotsch, "Criminal Compliance", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* 1 (2012): 2.

⁴ Vid. Adán Nieto, "Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las Personas Jurídicas", en *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, dir. por Adán Nieto (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 25.

⁵ A partir de las modificaciones introducidas con el Decreto Legislativo Nro. 1352 y la Ley Nro. 30835, se modificó el *nomen iuris* de la ley y además, se produjo una ampliación del objeto de la Ley Nro. 30424, sancionándose a las personas jurídicas por los delitos previstos en los artículos 384°, 397° - A, 398° y 400° del Código penal, artículos 1°, 2°, 3° y 4° del Decreto Legislativo Nro. 1106, y artículo 4° - A de la Ley Nro. 25475.

⁶ No debe olvidarse que la teoría jurídica del delito es un esquema –basado y deducido de la ley penal– que sirve para determinar bajo qué condiciones un hecho es delito y si a su autor se le puede imponer una pena. Sobre ello, Vid. Elena Marín de Espinosa, María Ramos y Patricia Esquinas, *Lecciones de Derecho Penal (Parte General)*. Dir. por José Miguel Zugaldía (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 65 - ss.

⁷ Sobre ello, Vid. Adán Nieto, "Problemas Fundamentales del *Compliance* y el *Derecho Penal*", en *Compliance y teoría del derecho penal*, ed. por Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Iñigo Ortiz (Madrid: Marcial Pons, 2013), 21 - ss.

⁸ Percy García, "Compliance y teoría del delito: la incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal a la empresa", en *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Perspectivas comparadas (EE. UU, España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador)*, dir. por Luis Miguel Reyna. (Lima: Ideas Solución, 2018), 174.

Sobre el fundamento dogmático de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el deber de garante del empresario

Sobre el fundamento dogmático de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el deber de garante del empresario

Las investigaciones criminológicas que llevó a cabo Sutherland en el marco de los delitos económicos conllevaron al auge y posterior desarrollo de la ciencia del derecho penal económico, subdisciplina del derecho penal que tiene por objeto específico de estudio un grupo reducido de delitos –aunque con el paso de los años es cada vez más amplio– que están estrechamente vinculados con el funcionamiento del sistema económico⁹. Esto implica, a su vez, que se genere una inevitable relación entre el derecho penal y extrapenal, lo que conlleva a que se comience a analizar desde el derecho penal a la empresa¹⁰ y, en consecuencia hace bastante, se empieza a hablar en la doctrina penal y criminológica de la criminalidad de empresa¹¹.

La criminalidad de empresa es un concep-

to de enfoque criminológico y, como señala Schünemann, hace referencia a la problemática de “todo el ámbito de los delitos económicos en los que por medio de una actuación para una empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa”¹². Esta forma de criminalidad en el fondo representa un problema central para la teoría jurídica del delito, pues los tradicionales criterios de imputación de responsabilidad penal son insuficientes en el marco de estructuras empresariales complejas, siendo un error pretender aplicarlos sin tomar en consideración la estructuración, funcionamiento y mecánica de la unidad empresarial¹³. Esto se ve reflejado, como expone Feijoo Sánchez, sobre todo “cuando no se trata de pequeñas empresas o empresas familiares donde todavía se puede recurrir a soluciones tradicionales, sino de organizaciones empresariales multinacionales que alcanzan una gran magnitud y complejidad”¹⁴.

Dentro de este fenómeno criminológico hay que realizar una doble distinción, puesto que engloba, en primer término, la imputación de responsabilidad penal de los miembros que conforman la organización de la persona jurídica, lo que tradicionalmente viene discutiéndose como responsabilidad penal del empresario y subordinados. Como segundo término, la imputación de responsabilidad penal de las propias empresas, ámbito en el cual la empresa se debe analizar como una unidad y, por tanto, los mecanismos de imputación penal deberían considerar este aspecto en su estructuración¹⁵.

⁹ Por todos, Vid. Edwin Sutherland, “Criminalidad de cuello blanco”, *Anuario de Derecho penal económico y de la empresa*, n.º 1(2011): 191 - 200.

¹⁰ Al respecto, Vid. Manuel Abanto Vásquez, “Responsabilidad penal de los entes colectivos: estado actual y reflexiones preliminares”, en *Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann*, coord. por Nelson Salazar, José Urquiza y Manuel Abanto (Lima: Universidad de San Martín de Porres, 2011), 29.

¹¹ Vid. Elena Marín de Espinosa, *Criminalidad de empresa: la responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2002), 38 - ss.

¹² Bernd Schünemann, “Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41 (Madrid: Ministerio de Justicia, 1988), 531. En el mismo sentido, Vid. Laura Zúñiga, “Internacionalización de la empresa: la criminalidad como empresa y la criminalidad de empresa”. En *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada. Dos modelos para armar en el derecho penal* (Lima: CEDPE, 2013), 429 - 430. «Se considera “criminalidad de empresa” a aquellos delitos que se cometen por medio de una empresa, o, mejor dicho, aquellos delitos que se perpetran a través de una actuación que se desarrolla en interés de una empresa. Esto es, no debe confundirse con la creación de una empresa ficticia, tapadera o simulada para la comisión de delitos, en cuyo caso la penalización es la de asociaciones ilícitas (art. 515 CP), en tanto estamos ante empresas ilegales».

¹³ En el mismo orden de ideas, Vid. Percy García, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación* (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999), 81 - 82. Posición similar, Vid. José Gallego, “Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales”, en *Derecho penal económico*, coord. por Miguel Ángel Gimeno (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006), 76. «Creo que la correcta forma de solventar estas aporías pasa necesariamente por conocer, en primer lugar, la estructuración organizativa de la empresa para, en segundo lugar, aplicar las reglas de determinación de responsabilidad penal personal en función del concreto delito ante el que nos encontremos».

¹⁴ Bernardo Feijoo, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva* (Madrid: Reus, 2007), 125.

¹⁵ Sobre ello, Vid. Percy García, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, 66.

El deber de garante del empresario como fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Como se había mencionado, el primer aspecto de la criminalidad económica es la responsabilidad penal del empresario, la cual se ha discutido con mayor profundidad por la dogmática penal debido a que, como refiere Peñaranda Ramos, existe "un consenso sobre la necesidad de formular los planteamientos dogmáticos para permitir "realizar una imputación directa, como autor y no como mero partícipe, a quienes ocupan niveles superiores o intermedios en las empresas, y señalar el fundamento adecuado para ese modo de imputación"¹⁶. Desde un punto de vista personal, el fundamento de la imputación de responsabilidad penal al empresario es el deber de garante que tiene sobre la empresa y sus órganos¹⁷, aunque debe tenerse presente que para surgir la responsabilidad penal del empresario por delitos cometidos en el seno de la empresa, se debe estar frente a delitos que, de algún modo, sean de incumbencia de la empresa¹⁸.

El segundo aspecto de la criminalidad económica es la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tema que se encuentra relacionado, fundamentalmente, con el ámbito de los delitos económicos. Es decir, con todas las acciones punibles y las infracciones administrativas que se cometen en el marco de la participación de una persona jurídica en la vida económica y en el tráfico jurídico¹⁹. Lo anterior hace referencia a un fenómeno criminológico respecto del cual no existe consenso sobre el fundamento de su criminalización. Sin embargo, se considera que en este ámbito el fundamento dogmático de la criminalización de la empresa es el deber de garante del empresario²⁰, en virtud a sus competencias por auto-organización (no individual, sino de la estructura empresarial)²¹.

La dogmática penal viene haciendo esfuerzos en dar contenido a este deber de garantía del empresario. Así, Requena Juliani sostiene que la "delimitación del alcance de la posición de garante del empresario debe ser realizada a partir de una delimitación del riesgo permitido"²², atendiendo así a la organización y gestión que le da a la empresa. Por tanto, este deber

de garante del empresario comprende los deberes de organizar la empresa (ya sea un organización funcional, divisional o matricial²³) y gestionar la empresa de modo adecuado a la prevención, evitación o detección de riesgos penales (adecuada administración del riesgo), es decir, dentro del marco del riesgo permitido. Por ende, se considera equivocadas aquellas posturas que quieren trasladar esta posición de garante a la culpabilidad de la persona jurídica (culpabilidad social)²⁴.

En este punto, puede vislumbrarse la relación entre compliance y el fundamento dogmático de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo cual nos permitirá determinar su ubicación dentro de la teoría jurídica del delito de la empresa. Pues bien, sobre dicha relación Lothar Kuhlen expone que consiste en que "el compliance puede encasillarse sin dificultad en una tendencia secular hacia el Derecho penal del riesgo. Así como la percepción del aumento de los riesgos jurídico-penales por parte de las empresas es el motor, la minimización de estos riesgos es el fin de los esfuerzos actuales sobre compliance"²⁵. Esto permite ubicar al compliance dentro del ámbito de la teoría de la imputación objetiva para la empresa.

El *compliance* en la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas en el derecho penal peruano

Esbozo del sistema de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas regulado en la Ley Nro.30424

Con la Ley Nro. 30424, modificada mediante el Decreto Legislativo Nro. 1352 y la Ley Nro. 30835, se regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por los delitos de cohecho genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, lavado de activos (arts. 1°, 2°, 3° y 4° del Decreto Legislativo Nro. 1106) y financiamiento del terrorismo.

Si bien con esta norma se regula expresamente una responsabilidad "administrativa" de las personas jurídicas por los delitos anteriormente mencionados, lo cierto es que se está ante una suerte de "fraude de etiqueta" al denominar "administrativa" a lo que en rigor es una responsabilidad penal corporativa²⁶.

Así, se observa un nuevo régimen de responsabilidad penal "autónoma" de las personas jurídicas, pues el propio artículo 4° de la Ley Nro. 30424 establece que la responsabilidad de estas es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural, máxime si las causas que extinguen la acción contra esta última no afectan la responsabilidad penal de las perso-

nas jurídicas. Debido a esta autonomía de responsabilidad, Gómez-Jara Diez sostiene que *"si la responsabilidad de la persona jurídica es autónoma respecto de la responsabilidad de la persona natural, entonces el fundamento para la punición de la persona jurídica no puede ser el delito cometido por la persona natural"*²⁷.

El ámbito de aplicación de esta ley determina a los sujetos de imputación penal, que en la doctrina penal Gómez Tomillo lo define como *"concepto jurídico penal de persona-jurídica"*²⁸ y que están constituidos por las entidades de derecho privado, las asociaciones, fundaciones, organizaciones no gubernamentales²⁹ y comités no inscritos, sociedades irregulares,

²⁶ Enrique Peñaranda, "Autoría y participación en la empresa", en *Derecho penal de la empresa. Del Derecho penal económico del Estado Social al Derecho penal de la empresa globalizado*, dir. por Luis Arroyo y Adán Nieto (Buenos Aires: Ediar), 2012. 172.

²⁷ La posición no encuentra consenso absoluto en la doctrina penal: sin embargo, hay autores que defienden esta tesis. Por todos, Vid. Enrique Peñaranda, "Autoría y participación en la empresa", 168 - ss.

²⁸ Sobre ello, Vid. Héctor Hernández Basualto, "Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa", *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 10 (2008:) 225.

²⁹ Sobre ello, Vid. Rafael Berrueto, "Derecho penal económico", en *Derecho penal económico* (Montevideo: B de F, 2010) 34.

²⁰ Sobre los fundamentos del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, por todos Vid. Manuel Gómez Tomillo, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Pamplona: Aranzadi, 2015), 19 - 33. Por su parte, sobre el concepto de empresario, por todos Vid. Antonio Roncero Sánchez, *El derecho empresarial: empresario y consumidor*, en *Lecciones de Derecho Empresarial* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), 40, «No es necesario, por tanto, que el empresario actúe personalmente, sino que podrá auxiliarse de colaboradores internos y externos que actúen en su interés. Lo relevante para la calificación como empresario es que asuma las consecuencias del ejercicio de la actividad empresarial. Por esta razón, el gerente o director general de una empresa no adquiere la condición legal de empresario, aunque desarrolle materialmente la actividad empresarial, en tanto actúe por cuenta e interés ajenos (por cuenta del empresario)».

²¹ Un desarrollo sobre el debate doctrinal en torno a las fuentes de los deberes de garantía, Vid. Juan Lascurain Sánchez, *Los delitos de omisión: fundamentos de los deberes de garantía* (Madrid: Civitas, 2002), 25 - 52.

²² Jaime Requena, "La posición de garante del empresario", en *Curso de Derecho penal económico*, dir. por Enrique Bacigalupo (Madrid: Marcial Pons, 2005): 165.

²³ Para mayores referencias sobre la organización empresarial funcional, divisional o matricial, por todos Vid. José Gallego, "Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales", 78 - 100.

²⁴ La posición asumida no incide en el contemporáneo fundamento político criminal que justifica la necesidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas, se construye *"sobre el consenso de que los colectivos societarios deben ser objeto de atención específica por parte del derecho penal: Se han convertido en un sujeto autónomo, cotidiano y protagonista en las interacciones sociales de las sociedades capitalistas avanzadas, por lo que están presentes en la comisión de delitos muy diversos"*. Sobre ello, por todos, Vid. José Luis Díez, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* 1 (2012): 2.

²⁵ Lothar Kuhlen, "Cuestiones fundamentales de compliance y Derecho Penal", en *Compliance y teoría del derecho penal*, ed. por Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Iñigo Ortiz (Madrid: Marcial Pons, 2013), 65.

²⁶ Carlos Caro, La responsabilidad de las personas jurídicas, *Jurídica*, 592 (2016): 1 - 3. «Sin embargo, consideramos que no se puede dar vuelta de manera tan simple a la cuestión. El legislador ha escogido, supuestamente de manera meditada, entre las tres posibilidades que indicaban las directivas del OCDE: responsabilidad administrativa, civil o penal. Lo que es ratificado por el uso repetido del adjetivo "administrativa" tanto para calificar la responsabilidad como las sanciones o medidas. Tampoco es suficiente destacar que el origen de dicha responsabilidad es la comisión de un delito, pues la responsabilidad civil puede tener igual origen y no deviene en penal. Es así mismo insuficiente que sea el juez penal quien establezca la responsabilidad e imponga la sanción en el proceso penal». Así mismo, Cfr. Carlos Gómez-Jara, Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú. Directrices para su interpretación, 23 - 24, «No obstante, consideramos que si el legislador peruano ha precisado específicamente que se trata de responsabilidad administrativa, debe respetarse dicha decisión y, en su caso, proponer la correspondiente reforma si no se está de acuerdo con la misma». En una posición intermedia, calificando a esta responsabilidad como sui generis, Vid. Luis Miguel Reyna, "Implementación de los Compliance Programs y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados. Actualidad a partir de la Ley N.º 30424, el Decreto Legislativo N.º 1352 y el Proyecto de Reglamento de la Ley N.º 30424", *Advocatus*, n.º 37 (2018): 210 - 211, «En contra de lo propuesto por algún sector de la doctrina, consideramos que la Ley N.º 30424 reconoce una responsabilidad sui generis [penal/administrativa pero no estrictamente administrativa] que debe concurrir con la diseñada para las personas naturales. La opción en favor de considerar a la Ley N.º 30424 como una de naturaleza sui generis se extrae, al contrario de lo que podría pensarse, de su semántica».

²⁷ Carlos Gómez-Jara, *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú. Directrices para su interpretación*, 43.

²⁸ Manuel Gómez Tomillo, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 51, «El Derecho comparado ofrece tres modelos diversos que pueden ser seguidos en esta materia. Por una parte, los sistemas que permiten la sanción de cualquier clase organización, sin restricción alguna. Por otra parte, aquellos que establecen en concreto qué clase de organización puede ser sancionada por el Derecho penal. Finalmente, se encuentran los modelos que estiman que solo aquellas organizaciones que se encuentren reconocidas jurídicamente como tales deben ser sancionadas».

²⁹ Con anterioridad a la reforma introducida por el Decreto Legislativo Nro. 1352, la Ley Nro. 30424 excluía del ámbito de su aplicación a las Organizaciones No Gubernamentales.

entes que administran un patrimonio autónomo, empresas del Estado y sociedades de economía mixta, de modo que estamos ante un ámbito que va más allá del empresarial, al comprenderse a entes colectivos sin fines de lucro e incluso a partidos políticos. Asimismo, se establece que el cambio de nombre, denominación o razón social, reorganización social, transformación, escisión, fusión, disolución, liquidación³⁰ o cualquier acto que pueda afectar la personalidad jurídica de la entidad no impiden que se le atribuya responsabilidad, lo cual parece acertado.

Los criterios de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas se hallan regulados en el artículo 3º de la Ley Nro. 30424, los cuales ya encuentran desarrollo por la doctrina penal y, además, se encuentran recogidos en más de una legislación comparada, como es el caso del Código Penal español³¹.

Para entender correctamente estos criterios de imputación, es necesario que previamente se realice un sucinto desarrollo de las tesis con mayor aceptación que para este efecto se sostienen en la doctrina penal. Como bien señala Hernández Basualto³², existen dos modelos legislativos ideales de responsabilidad penal de personas jurídicas. Por un lado, un modelo de responsabilidad derivada (sistema vicarial), conforme al cual se hace recaer sobre la persona jurídica la responsabilidad penal de una persona natural en virtud de algún criterio de conexión entre una y otra. Generalmente, la circunstancia de ser la persona natural órgano o al menos subordinado del ente moral. Por otra parte, un modelo de responsabilidad autónoma u originaria (sistema de culpabilidad de empresa), según el cual la responsabilidad surge directamente de una conexión entre el hecho prohibido y una característica de (o un cierto estado de cosas en) la entidad, siendo irrelevante la eventual responsabilidad de una persona natural.

En virtud del sistema vicarial, la culpabilidad de la persona natural se transferirá a la persona jurídica. Este modelo también es conocido como responsabilidad por atribución³³. Los presupuestos básicos o generales de este modelo, que podrían variar según el tipo de legislación, son los siguientes: (a) la comisión de una infracción por parte de un empleado de la corporación, (b) que esta infracción se haya

cometido en el ejercicio de las funciones que le han sido atribuidas y (c) con la intención de obtener algún tipo de ventaja, beneficio para la empresa o infringiendo una obligación que correspondía a la empresa³⁴.

Las plasmaciones legislativas del modelo de heterorresponsabilidad difieren principalmente en la determinación del círculo de personas cuyo comportamiento da lugar a la responsabilidad de la empresa.

En algunos sistemas (Francia o Reino Unido –salvo en el homicidio de la corporación y en la Bribery Act–) la responsabilidad se produce únicamente cuando el comportamiento del infractor ha sido realizado por un directivo o persona perteneciente al “cerebro” de la corporación (*brain area*), esto es, el modelo anglosajón del *alter-ego doctrine*, en donde se considera que determinadas personas físicas son el *alter-ego* de la persona jurídica. De tal manera que, en cierta medida, sus comportamientos son los de aquella. Dichas personas serían las que, de conformidad con un criterio normativo civil, representan de hecho o de derecho a la persona jurídica³⁵. Mientras que en otros, como en Estados Unidos, cualquier empleado o incluso cualquier persona que obre por cuenta de la empresa (por ejemplo un agente comercial contratado) puede dar lugar a responsabilidad (*respondeat superior*)³⁶.

Por otro lado, tenemos al modelo de culpabilidad de empresa³⁷, en virtud del cual la responsabilidad penal del ente colectivo se fundamenta en factores que tienen que ver con la propia corporación. Es decir, fundamenta un injusto de la propia persona jurídica. Para los partidarios de este modelo, las personas jurídicas tendrían capacidad de acción y culpabilidad. A este modelo también se le conoce como responsabilidad por el hecho propio³⁸.

Este modelo también conocido como de autorresponsabilidad, parte de la necesidad de construir un concepto de culpabilidad jurídico penal empresarial debido a que se considera que, en un genuino derecho penal empresarial, la culpabilidad se constituye en fundamento y límite de la imposición de un determinado tipo de sanciones penales –las penas– a la empresa y estas son las únicas que contribuyen al completo restablecimiento comunicativo de la vigencia del ordenamiento jurídico³⁹. En con-

secuencia, en otros ordenamientos jurídicos, como el administrativo o el civil, no habría necesidad de desarrollar ni fundamentar un concepto de culpabilidad de empresa.

Para los efectos de la aplicación de la Ley Nro. 30424, se puede afirmar que se sigue un modelo de culpabilidad de empresa o de autorresponsabilidad. En un sistema de autorresponsabilidad, la imputación de responsabilidad a las personas jurídicas no emana de la conducta de sus empleados o proveedores. Esta última, en todo caso, opera como un presupuesto de la imputación, como una condición objetiva de punibilidad, pero no es el sentido mismo, ni fundamento, de la imputación de responsabilidad penal a la empresa. Así, conforme al texto de la ley, debe interpretarse que se atribuirá responsabilidad penal a las personas jurídicas en los siguientes tres supuestos:

Primero, cuando socios⁴⁰, directores, administradores de hecho o de derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica –o de sus filiales o subsidiarias–, cometan

alguno de los delitos regulados en el artículo 1°, en nombre o por cuenta, y en beneficio directo o indirecto, de la persona jurídica. En este primer supuesto parecería estar ante un modelo vicarial puro, donde la persona jurídica respondería por el comportamiento ilícito de aquella persona natural que pertenece al "cerebro" de la organización empresarial, esto es la doctrina del alter-ego. Sin embargo, ello no es así, conforme explicaremos más adelante.

Segundo, cuando una persona natural que se encuentra bajo la autoridad o control de los socios, directores, administradores de hecho o de derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica –o de sus filiales o subsidiarias–, comete el delito por orden o autorización de estos últimos, y haya actuado en nombre o por cuenta, y en beneficio directo o indirecto, de la propia persona jurídica⁴¹. En este segundo supuesto parece observarse nuevamente un sistema vicarial inspirado por la doctrina del *respondeat superior*⁴², sistema de imputación seguido en los Estados Unidos de América. Sin embargo, ello no es así, con-

³⁰ En resumen, la norma hace referencia a cualquiera de las formas de Reorganización de Sociedades reguladas por la Sección Segunda y Cuarta de la Ley Nro. 26887, Ley General de Sociedades.

³¹ Artículo 31° bis 1) del Código penal español:

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

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso".

³² Héctor Hernández Basualto, Héctor, "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", *Política criminal*, n.º 9 (2010): 216 - 217.

³³ Al respecto, Vid. Jesús Silva Sánchez, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español", *Comunicaciones*, n.º 65 (2012): 254 - ss.

³⁴ Adán Nieto, "Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las Personas Jurídicas", 69.

³⁵ Cfr. Carlos Gómez-Jara, "La nueva responsabilidad penal de las Personas Jurídicas en el Derecho penal español (artículo 31BIS del Código penal)", en *Modelos de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Propuestas globales contemporáneas* (Lima: ARA Editores, 2012), 310 - 311.

³⁶ Adán Nieto, "Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las Personas Jurídicas", 69 - ss.

³⁷ Sobre los modelos de Culpabilidad Empresarial desarrollados en el Derecho anglosajón, Vid. William Laufer, La culpabilidad empresarial y los límites del derecho, en *Modelos de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Propuestas globales contemporáneas*, coord. por Carlos Gómez-Jara (Lima: Arazadi Thomson Reuters, 2012) 145 - 147.

³⁸ Al respecto, Vid. Jesús Silva Sánchez, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español", 254 - ss.

³⁹ Carlos Gómez-Jara, *La Culpabilidad penal de la Empresa* (Madrid: Marcial Pons, 2005), p.69.

⁴⁰ Sobre la actuación de los socios de las personas jurídicas, críticamente Cfr. Carlos Gómez-Jara, *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú. Directrices para su interpretación*, 41 «No es común en la legislación comparada el establecimiento de responsabilidad por las actuaciones de socios, ya que, en puridad, si el socio está actuando por cuenta o en nombre de la persona jurídica, se está comportando como un administrador de hecho. Entendemos que hubiera bastado la referencia (ya contenida) de administradores de derecho o de hecho para abarcar las posibilidades de actuaciones de personas naturales que desencadenan la responsabilidad de la persona jurídica».

⁴¹ En la primigenia regulación establecida por la Ley Nro. 30424, se establecía que la persona natural a la que se hace referencia en el párrafo anterior, debía estar de "alguna manera" vinculada a la persona jurídica, al establecerse que podía generarse responsabilidad por la conducta de la "persona natural que presta cualquier tipo de servicio a la persona jurídica, con independencia de su naturaleza, del régimen jurídico en que se encuentre o de si media relación contractual". Con la nueva regulación no queda claro el grado de vinculación entre la persona natural y la persona jurídica; o, en el caso más extremo, la posible vinculación únicamente entre la persona natural y los socios, directores, administradores de hecho o de derecho, representantes legales o apoderados de la Persona Jurídica –o de sus filiales o subsidiarias–, aunque el delito se cometa en beneficio de la Persona Jurídica.

⁴² Al respecto, Vid. Adán Nieto, "Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las Personas Jurídicas", 69 - ss.

forme explicaremos más adelante.

Tercero, cuando la comisión del delito por parte de la persona natural a la que se hizo referencia en los párrafos anteriores, fue posible debido a que los socios, directores, administradores de hecho o de derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica –o de sus filiales o subsidiarias– incumplieron sus deberes de supervisión, vigilancia y control sobre la actividad encomendada a dicha persona natural, en atención a la situación concreta del caso. Este último supuesto merece algunas consideraciones. La norma no es clara en cuanto a la posición o el nivel que dentro de la estructura organizativa debe ostentar la persona natural que comete el delito, lo que permitiría identificar, claramente, quién sería el responsable inmediato superior que omitió su deber de ejercer el debido control, vigilancia o supervisión⁴³ pues en dicho supuesto la norma se expresa en términos impersonales.

Se debe tener presente que de haberse ejercido el debido control sobre el subordinado, esto hubiera imposibilitado su conducta delictiva o, en otros términos, si pese a haberse omitido el debido control, la vigilancia o la supervisión por parte del superior, en las circunstancias concretas del caso, su cumplimiento no hubiera evitado la conducta delictiva del subordinado, entonces no se podría generar responsabilidad en la persona jurídica.

Por último, con la modificación introducida a través del Decreto Legislativo Nro. 1352, se establece la posibilidad de sancionar penalmen-

te a las personas jurídicas que tienen la calidad de matrices, en aquellos supuestos que las personas naturales de sus filiales o subordinadas hayan incurrido en los supuestos descritos en los párrafos precedentes, siempre y cuando hayan actuado bajo las órdenes, autorización o consentimiento de las matrices. Esto es lo que en doctrina se conoce como responsabilidad penal de la matriz por los delitos cometidos en la filial, donde las matrices son, al menos, socias de control de la filial⁴⁴.

Como se aprecia en los criterios de imputación previamente descritos, parece que estos acogieran un modelo vicarial de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, pero esa interpretación sería inadecuada, por cuanto, como bien apunta Gómez Tomillo, *"la exigencia de un hecho, acción positiva u omisión, de conexión no implica que la responsabilidad de las personas jurídicas siempre sea vicarial, heterorresponsabilidad o responsabilidad por hechos de otro, lo cual, sería incompatible con el principio de personalidad de las penas"*⁴⁵.

En este orden de ideas y a partir de una interpretación sistemática de los artículos 3° y 17° de la Ley Nro. 30424, se puede afirmar que no se regula un modelo vicarial, sino que se recoge un modelo de autorresponsabilidad o culpabilidad de empresa⁴⁶, debido al valor que se le otorga al *compliance* penal, a su ubicación del mismo dentro del delito de la entidad corporativa y, sobre todo, como señala García Cavero, debido a que *"en un sistema penal que responde a la idea de la culpabilidad personal, no es posible dar cabida a una reacción punitiva"*

⁴³ En la doctrina penal se entiende por debido control, vigilancia o supervisión a los siguientes elementos: a) el establecimiento de mecanismos de obtención de información sobre el comportamiento del subordinado, y b) el establecimiento de mecanismos de corrección de tal comportamiento, si es que se prevé o se debe prever que sea delictivo, o bien de transmisión de la información obtenida a la persona encargada de tal corrección. Sobre ello, Vid. Jesús Silva Sánchez, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español", 258.

⁴⁴ Sobre ello, Vid. Carlos Gómez-Jara, *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú. Directrices para su interpretación*, 41.

⁴⁵ Manuel Gómez Tomillo, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 81.

⁴⁶ En la doctrina penal hay quienes defienden que la Ley Nro. 30424 regula un sistema de *autorresponsabilidad* de la persona jurídica. En este sentido, Vid. Carlos Gómez-Jara, *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú. Directrices para su interpretación*, 43. «De conformidad con otras legislaciones, la regulación peruana establece que la responsabilidad de la persona jurídica "es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural". Probablemente este es el precepto que aboga de manera más evidente por un sistema de autorresponsabilidad o de responsabilidad propia de la persona jurídica»; Percy García, *Criminal Compliance. En especial compliance anticorrupción y antilavado de activos* (Lima: Instituto Pacífico, 2017), 120. «El modelo que debe utilizarse para interpretar las disposiciones legales que regulan esta atribución de responsabilidad al ente empresarial es, sin duda, el que se sustenta en una responsabilidad por un hecho propio, pues es el esquema que mejor se ajusta a los estándares actuales de la imputación penal»; Percy Sota, "Compliance penal y su función en la atribución de responsabilidad penal/administrativa de las personas jurídicas", *Advocatus*, n.º 37 (2018): 212. «Una lectura en clave garantista y de reafirmación del principio de culpabilidad penal de los artículos 3 y 6 –donde se regula la posición de los "apicales" y el modelo de compliance– del Decreto Legislativo italiano N° 231; de los artículos 3 y 17, incisos 1 y 4 de la Ley peruana N° 30424 y del artículo 31 bis, numeral 2 del Código Penal español, nos permite sostener válidamente que en dichos sistemas legales se reconoce la responsabilidad penal/administrativa de las personas jurídicas fundamentada en el principio de culpabilidad de empresa, donde el ilícito e la persona natural no constituye el fundamento de la imputación, sino únicamente el presupuesto de la misma, siendo que a la persona jurídica se le imputa su propio delito, lo que en doctrina se ha denominado "delito corporativo"».

que se base total o parcialmente en la idea de la heterorresponsabilidad, esto es, en la atribución penal del hecho de otro"⁴⁷. Así por ejemplo, el propio artículo 17° de la Ley Nro. 30424 regula que se excluye de responsabilidad a la persona jurídica cuando cualquiera de las personas naturales anteriormente señaladas comete el delito eludiendo en modo fraudulento el modelo de prevención debidamente implementado, esto es, eludiendo el sistema de *compliance* penal de la persona jurídica. Precisamente, a partir de esta exigencia de "eludir fraudulentamente el *compliance* penal de la persona jurídica", se puede concluir que la implementación de un *compliance* penal idóneo conlleva a mantener las actividades de la persona jurídica dentro del riesgo permitido (criterio de imputación objetiva).

El *compliance* penal como faz negativa de la tipicidad del delito corporativo

Sobre el estado actual de la teoría de la imputación objetiva

Como bien sostienen Orts Berenguer y González Cussac, en los delitos que requieren de la producción de un resultado, "tanto si describen una modalidad activa (delitos de resultado) o una modalidad omisiva (delitos de comisión por omisión), debe demostrarse que la conducta ha causado el resultado producido"⁴⁸ o, dicho en otras palabras, que el resultado puede ser imputado a la conducta del autor.

Esta discusión sobre la "relación de causalidad" o atribución de un resultado prima facie típico a una conducta, se desarrolló dentro del ámbito general de la tipicidad, que forma parte de la categoría dogmática del tipo penal⁴⁹,

dentro de la estructura de la teoría jurídica del delito como actualmente se la conoce.

Históricamente, la dogmática penal intentó justificar y explicar esta relación de causalidad atendiendo a criterios naturalísticos. Así destacan, por ejemplo, las teorías de la equivalencia de las condiciones, teorías individualizadoras de la causalidad, teorías generalizadoras, teorías de la relevancia, entre otras⁵⁰.

Sin embargo, actualmente es imperiosa la necesidad de introducir criterios normativos a efectos de determinar la imputación de un resultado a una conducta, existiendo unanimidad en la dogmática penal en que en la depuración y selección de los factores causales jurídicamente relevantes se impone la utilización de criterios de carácter normativo⁵¹. Como sostiene Cancio Meliá en "el reconocimiento de la necesidad de introducir filtros objetivo-normativos"⁵². Esto es precisamente lo que se denomina teoría de la imputación objetiva, la cual actualmente es dominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia penal⁵³, en virtud de la cual, solo se responderá por un resultado causado por la acción de un sujeto cuando se le pueda atribuir porque existe una determinada relación de riesgo entre acción y resultado⁵⁴.

La teoría de la imputación objetiva responde a dos raíces distintas. Como sostiene Cancio Meliá

(...) por un lado, se trata de determinar si las características de la conducta llevada a cabo por el autor se corresponden con la previsión del tipo. Por otro lado, en los delitos de resultado, se trata de comprobar -una vez verificado el carácter típico de la conducta- si el resultado conectado causalmente a esa conducta puede reconducirse normativamente a esta, es decir, si también el resultado es típico⁵⁵.

⁴⁷ Percy García, *Criminal Compliance. En especial compliance anticorrupción y antilavado de activos*, 121.

⁴⁸ Enrique Orts y José Luis González, *Compendio de Derecho Penal. Parte General* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 232.

⁴⁹ Sobre el tipo penal como categoría de la teoría jurídica del delito, por todos, Vid. Enrique Bacigalupo, *Tipo y error* (Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2002), 17 - 28.

⁵⁰ Por todos, Vid. Enrique Orts y José Luis González, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 236 - 237.

⁵¹ Francisco Muñoz y Mercedes García, *Derecho Penal. Parte General* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 226.

⁵² Manuel Cancio, *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva* (Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004), 54.

⁵³ En el mismo sentido, Vid. Enrique Orts y José Luis González, *Compendio de Derecho Penal. Parte General* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011) 237.

⁵⁴ Sobre ello, Vid. Viviana Caruso Fontán et al., *Teoría jurídica del delito a través del sistema de casos*, dir. por Carmen Armendáriz (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017) 33.

⁵⁵ Manuel Cancio, *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, 71.

En atención a ello tenemos que la moderna teoría de la imputación objetiva responde, como sostiene Hurtado Pozo, a la noción que “el autor debe comportarse de manera de crear o aumentar un peligro, este peligro ilícito debe materializarse en el resultado y debe tratarse del peligro considerado en el tipo legal”⁵⁶.

El compliance penal en la jurisprudencia. Primeras aproximaciones jurisprudenciales que ubican al compliance como categoría de la imputación objetiva de responsabilidad penal a las personas jurídicas

La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el *compliance* penal viene siendo objeto de paulatino tratamiento por la jurisprudencia penal en el derecho comparado. En el caso de España, la primera jurisprudencia que existe sobre el tema es la Sentencia del Tribunal Supremo 3813/2015, del 2.9.2015 [ponente: Manuel Marchena Gómez]. Así, se hizo un primer acercamiento respecto a los fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aunque si bien no se interpreta el modelo de imputación del artículo 31° bis del Código Penal español, sí se sostiene que un eventual pronunciamiento de responsabilidad penal de las personas jurídicas debe estar basado en los principios irrenunciables del derecho penal, como el principio de culpabilidad. En otras palabras, lo más llamativo de esta sentencia de casación es la vinculación expresa que traza entre el principio de culpabilidad y la responsabilidad penal de la persona jurídica⁵⁷. El análisis que realizó el Tribunal Supremo fue el siguiente:

(...) Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heteroresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios

irrenunciables que informan el derecho penal. El efecto extensivo que el art. 903 de la LECrim impone respecto de las decisiones favorables que se deriven de la interposición de un recurso de casación, sugiere importantes matices cuando la exoneración de la responsabilidad por vulneración del derecho a la presunción de inocencia se declara respecto de la persona física que ha actuado en nombre de la sociedad que ha resultado también condenada. En el presente caso, sin embargo, el laconismo de la sentencia de instancia respecto del fundamento de la responsabilidad criminal declarada en relación con la entidad Grupo Boca de Restauración Integral S.L, el silencio de los recurrentes y, sobre todo, la irrelevancia penal del hecho de referencia, conducen a declarar también extinguida toda responsabilidad criminal respecto de la sociedad receptora de las transferencias económicas que fueron abonadas por los querellantes.

Otra jurisprudencia relevante es el Pleno Jurisdiccional del 29.2.2016, Sentencia del Tribunal Supremo Español 154/2016 [Ponente: José Manuel Maza Martín], donde se establece que el delito de la persona natural no es el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica y que la responsabilidad penal de esta última se mide en términos de incumplimiento de su obligación de poner los medios para la evitación de delito en su seno (ausencia de un *compliance* penal). Como bien sostiene Gómez-Jara Diez este “déficit de control es un elemento esencial de la RPPJ”⁵⁸. El análisis que aquí realizó el Tribunal Supremo fue el siguiente:

En ambos motivos el Recurso incurre en una clara confusión acerca de la tipicidad de la intervención de la persona jurídica recurrente, que no estriba exclusivamente en la comisión del delito contra la salud pública atribuida a sus administradores, de hecho y de derecho, infracción que opera como requisito precedente necesario para el ulterior pronunciamiento acerca de la

⁵⁶ José Hurtado, *Compendio de Derecho penal económico: Parte general* (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015): 140 - 141.

⁵⁷ Sobre ello. Vid. Carlos Gómez-Jara, *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura* (Pamplona: Aranzadi, 2017), 35.

⁵⁸ Carlos Gómez-Jara, *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura*, 71.

responsabilidad penal propia de la entidad medida en términos de incumplimiento de su obligación de poner los medios para la evitación de delitos en su seno, sino en esa existencia de la infracción cometida por la persona física unida a la ausencia del debido control que le es propia a la jurídica, en los términos que describe el art. 31 bis (en su redacción coetánea a los hechos enjuiciados), como se corresponde con los criterios antes expuestos.

En otra oportunidad, el Tribunal Supremo Español recogió en la Sentencia 966/2016 del 16.3.2016 el criterio dogmático del "delito corporativo" el cual lo identifica con un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, es decir, con una ausencia de compliance penal. Expresamente, el Tribunal Supremo sostuvo

En efecto, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015. La Sala no puede identificarse -insistimos, con independencia del criterio que en el plano dogmático se suscriba respecto del carácter vicarial o de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica- con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción iuris tantum de que ha existido un defecto organizativo. (...) La Sala no puede identificarse con la tesis de que en el sistema español puede hablarse de una responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no de

un delito de las personas jurídicas. No hay responsabilidad penal sin delito precedente. Lo contrario abriría una peligrosísima vía con efectos irreversibles en los fundamentos mismos del sistema penal.

Sobre esta sentencia de casación, Gómez-Jara Diez sostiene que

(...) ahondando en el significado material del delito corporativo, el Tribunal Supremo apunta que el mismo se encuentra conformado por los "elementos organizativo-estructurales que han posibilitado un déficit de los mecanismos de control y gestión, con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos llamados a evitar la criminalidad en la empresa"⁵⁹.

En este orden de ideas, se puede afirmar que en esta jurisprudencia el Tribunal Supremo Español identifica implícitamente al delito corporativo como la ausencia de un *compliance* penal idóneo, lo que permitió que la empresa sobrepase los límites del riesgo permitido.

En la Sentencia 2616/2016 del 13.6.2016 [Ponente: Andrés Mendoza A.], el Tribunal Supremo español sostuvo que el modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas recogido en el artículo 31° bis del Código Penal español es un modelo vicarial. Sin embargo, agrega que debe concurrir necesariamente como presupuesto para la declaración de responsabilidad penal de una persona jurídica, la ausencia de medidas de organización y gestión necesarias que incluyen las medidas de vigilancia y control de los posibles resultados típicos, esto es la ausencia de un *compliance* penal. Textualmente, en la referida sentencia se sostiene:

El art. 31 bis señala los presupuestos que han de concurrir para la declaración de persona jurídica como autora del delito, esto es, un delito cometido por persona física - representantes legales o por empleados - en nombre o por cuenta de una persona jurídica o en el ejercicio de las actividades sociales por cuenta o en beneficio directo o inmediato de la persona jurídica, y que por ésta no han adoptado las medidas

⁵⁹ Carlos Gómez-Jara, *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú. Directrices para su interpretación*, 345.

de organización y gestión necesarias, que incluyen medidas de vigilancia y control de los posibles resultados típicos que el ejercicio de su actividad de la persona jurídica pueda realizar. En el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema vicarial, siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 ter CP), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad.

La última jurisprudencia sobre la materia del Tribunal Supremo español es la Sentencia 3210/2017 del 19.7.2018 [Ponente: Antonio del Moral García], en donde se analizan cuáles son los elementos para que surja la responsabilidad penal de la empresa y se ubica al *compliance* penal como faz negativa de la imputación de responsabilidad. Expresamente el Tribunal Supremo sostuvo:

Se han acreditado todos los elementos necesarios para que surja la responsabilidad penal de una persona jurídica. La atribución de responsabilidad penal a Transpine-lo S.L. se ajusta, en efecto, a las exigencias contenidas en el art. 31 bis, tanto según la redacción vigente en el momento de los hechos, como en la emanada de la reforma de 2015. A) Sus administradores y directivos (tanto de hecho como de derecho: Amadeo Pio, Manuel Roberto, Alberto Benito) actuando en representación de la empresa han llevado a cabo una continuada actividad encajable en el art. 301 CP que es precisamente una de las figuras delictivas en que el legislador prevé la imposición de penas para las personas jurídicas" B) Concorre un innegable provecho o beneficio directo para la sociedad: Amadeo Pio realiza sucesivas inyecciones de dinero a la empresa, para introducir en el circuito económico lícito ganancias provenientes del tráfico de drogas; y adquiere para la Sociedad vehículos y maquinaria con metálico de idéntica procedencia. C) Y, por fin, está cubierta también la faz negativa de esa atribución de responsabilidad: la persona jurídica carecía de un sistema efectivo de control implementado para anular o, al menos, disminuir eficazmente el riesgo de comisión en el seno de la empresa de ese delito. No

exige esto aquí demasiados comentarios a la vista del panorama al que nos enfrentamos. Es patente que en una empresa cuyos únicos administradores cometen de consuno dolosamente una infracción penal actuando en nombre de la entidad con la colaboración de la mayor parte de los titulares formales del capital social (también condenados por conductas dolosas), no es dable imaginar otra hipótesis que no sea la de compartida responsabilidad penal del ente colectivo. Lo destaca la sentencia de instancia: sería un contrasentido que quienes controlan la persona jurídica a la que utilizan para canalizar su actividad delictiva a su vez implantasen medidas para prevenir sus propios propósitos y planes.

En el derecho penal español también tenemos la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, emitida con ocasión de la Ley Orgánica 1/2015. En relación al *compliance* penal, la circular sostiene que es insuficiente constatar la existencia de un programa de *compliance* sino que debe realizarse un juicio de idoneidad sobre su contenido en relación con el ilícito penal cometido. Esto puede leerse del siguiente modo: Si la empresa cuenta con un *compliance* penal idóneo, se mantiene dentro del riesgo permitido (imputación objetiva). Expresamente la Fiscalía General del Estado sostiene lo siguiente:

Los programas deben ser claros, precisos y eficaces y, desde luego, redactados por escrito. No basta la existencia de un programa, por completo que sea, sino que deberá acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito que se ha cometido, debiendo realizarse a tal fin un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y la infracción. Por ello, los modelos de organización y gestión deben estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos. No es infrecuente en la práctica de otros países que, para reducir costes y evitar que el programa se aleje de los estándares de la industria de los compliance, las compañías se limiten a copiar los programas elaborados por otras, incluso pertenecientes a sectores industriales o comerciales diferentes. Esta práctica suscita serias reservas sobre la propia idoneidad del modelo adoptado y el verdadero compromiso de la empresa en la prevención de conductas delictivas.

Por otro lado, en el derecho penal de los Estados Unidos de América se tiene el conocido caso Siemens AG⁶⁰, que ejemplifica con claridad lo que es un *compliance* cosmético y, por ende, cuando la empresa a pesar de contar con un *compliance* penal implementado, no enmarca su actividad dentro del riesgo permitido.

En este caso, a partir de las investigaciones emprendidas por la fiscalía alemana contra la empresa Siemens AG por diversos actos de corrupción, el regulador bursátil norteamericano (SEC) inició sus propias indagaciones a fin de determinar si dicha empresa, al hallarse inscrita en la bolsa de valores de Nueva York, había transgredido la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA). El resultado de la investigación permitió descubrir una sistemática práctica de sobornos para acceder a contratos privados y estatales en el extranjero, contando con la aquiescencia de los directivos de la empresa. Pues bien, resulta que al momento de descubrirse los hechos, Siemens era una de las pocas empresas alemanas de alcance internacional en poseer un programa de cumplimiento anti-corrupción. Sin embargo, este *compliance* fue cosmético. La sanción penal contra Siemens AG fue una multa de 450 millones de dólares y la declaración de culpabilidad.

En el caso del derecho alemán, se tiene la Sentencia del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justicia alemán, BGH por sus siglas) del 17.9.2009, la cual se enfoca en la figura del *compliance officer* y afirma que éstos tienen posición de garante respecto a los delitos cometidos por los subordinados en favor de la empresa. Expresamente, el BGH sostuvo:

26. (2) El contenido y el alcance de la posición de garante se definen por el área de competencia concreta asumida por el responsable. Hay que tener en cuenta las condiciones especiales de la empresa y el objeto del cargo. Este objeto es decisivo porque define si la posición de garante se limita a optimizar los procesos internos de la empresa y a detectar e impedir infraccio-

nes del deber cometidas contra la empresa, o bien si el responsable también tiene obligaciones de detectar e impedir infracciones cometidas por la empresa. Se deben considerar estos criterios al valorar la descripción del cargo. 27. Tal práctica, recién denominada compliance en grandes empresas, se lleva a cabo en el mundo económico con programas de cumplimiento, creando los así llamados compliance officers (véase BGHSt 52, 323,335; Hauschka, Corporate Compliance 2007 pág. 2 y siguientes). Su área de competencia incluye impedir infracciones legales, especialmente delitos punibles, que se cometan desde la empresa y que puedan causarle graves daños por el riesgo de incurrir en responsabilidades o por pérdida de prestigio (véase Bürke en Hauschka, Corporate Compliance 2007 pág. 128 y siguientes). Estos compliance officers normalmente tendrán una posición de garante en el sentido del art. 13, apartado 1, del Código Penal alemán, estando obligados a impedir delitos punibles cometidos por los empleados de la empresa en relación con la actividad de esta, como parte de su responsabilidad asumida ante la dirección de la empresa de impedir infracciones.

Es conocida además, la Sentencia STR 265/16 del BGH del 9.5.2017, donde el Tribunal de Justicia Alemán marcó un hito en el ámbito de la responsabilidad empresarial en Alemania, al reconocer por primera vez explícitamente que los esfuerzos de los particulares en la implementación y mejoras continuas de un Sistema de Gestión de Cumplimiento (CMS) deben considerarse como un elemento atenuante a la hora de evaluar los montos de multas por infracciones de cumplimiento. Aquí, el BGH evaluó el caso de una empresa alemana que vendió bienes, trasgrediendo la LIR alemana, en tanto la transacción fue considerada como deducible de impuestos, lo que en consecuencia la convertía en inadmisibles. El tribunal de primera instancia impuso, entre otras cosas, una multa de 175 000 EUR a la empresa alemana (de conformidad con el artículo 30, párrafo 1 de la ley alemana sobre delitos reglamentarios).

⁶⁰ Para una exposición detallada sobre el caso Morgan & Stanley, Vid. Andy Carrión, Criminal Compliance, de la Ley de EE.UU. de Prácticas Corruptas en el Extranjero, el riesgo de las empresas de acción internacional y la trascendencia de los programas de cumplimiento (Lima: Thomson Reuters, 2015), 95 - 98.

Así, el BGH sostuvo que la importancia de los programas de cumplimiento es tal que incluso se admite la posibilidad de que dichos efectos atenuantes también puedan atribuirse a las mejoras de los sistemas de gestión del cumplimiento existentes que solo han tenido lugar una vez que se inició el procedimiento, así como la implementación del CMS también rige cuando se trata de evaluar los montos de las multas para los funcionarios y directores en sus capacidades como individuos, es decir, sanciones personales; por lo que, también deberá tenerse en cuenta cuando se trate de evaluar la responsabilidad personal (civil) de los funcionarios y directores. En todos los casos, se resuelve que la multa reguladora debe exceder el beneficio financiero que la compañía ha obtenido de la infracción de cumplimiento.

Las conclusiones del BGH en este caso se pueden resumir en las siguientes tres. Primero, se trata de un impacto en la práctica de cumplimiento, en tanto el Tribunal Federal dictaminó que los extensos esfuerzos de una empresa para implementar y mejorar un CMS pueden conducir a una reducción de posibles multas. En consecuencia, un CMS no solo es una forma de prevenir la mala conducta dentro de la empresa, sino que también puede ayudar a reducir las sanciones en caso de que ocurra una mala conducta. Segundo, la mejora de un CMS puede tener un efecto positivo en la evaluación de posibles multas en cualquier momento, incluso durante los procedimientos en curso. Y, tercero, la implementación o mejora de un CMS no solo es importante para la exención o reducción de posibles multas administrativas, sino que también puede ser relevante para la responsabilidad civil de los ejecutivos corporativos.

Por último, recientemente la Corte Suprema de la República del Perú también ha emitido un pronunciamiento como obiter dictum en relación al compliance en la Sentencia de Casación 864-2017/Nacional del 21.5.2018 [Ponente: César San Martín Castro]. En esta jurisprudencia, la Corte Suprema establece como criterio para determinar el defecto de organización en la empresa, la ausencia de un programa de compliance. La Corte Suprema sostuvo que

No hay duda de la comisión de un acto de lavado de activos con el inmueble "Cervat-el", pero lo que debe dilucidarse es si la adquisición del inmueble por Inmobiliaria Santa Clara -y, antes, por la empresa Shamrock- importó o no un negocio jurídico realizado bajo la pauta de un "defecto de organización". Es decir, si se incorporó al patrimonio de la empresa un bien que se sabía que era delictivo o que, por la forma y circunstancias de su adquisición, estaba en condiciones de advertir su origen delictivo, todo lo cual fue posible porque la persona jurídica no tenía incorporado mecanismos internos de control, protocolos de seguridad en el ámbito de sus negocios con terceros o modelos de prevención de delitos idóneos. La determinación de tal defecto de organización se examina a partir de la existencia de estos programas -si legalmente están impuestos, como en el caso de las disposiciones sobre responsabilidad administrativa de personas jurídicas (Ley número 30424, de veintiuno de abril de dos mil dieciséis, y Decreto Legislativo número 1352, de siete de enero de dos mil diecisiete) -.

La imputación objetiva como espacio que conecta al compliance penal con la teoría jurídica del delito de la persona jurídica

Estando ante un modelo de imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica por el hecho propio, Nieto Martín refiere que "existe acuerdo acerca que los programas de cumplimiento son una pieza clave para decidir sobre la responsabilidad"⁶¹. Pues bien, sobre ello se considera que la imputación objetiva es el espacio natural que conecta al compliance penal con la teoría jurídica del delito de la persona jurídica, donde se puede afirmar que si una empresa cuenta con un compliance penal adecuado o idóneo, su actividad se mantendrá dentro del riesgo permitido y, por ende, no podrá imputársele objetivamente el delito cometido. Por tanto, el compliance penal es un elemento constitutivo de la imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica⁶²,

⁶¹ Adán Nieto, "Problemas Fundamentales del Compliance y el Derecho Penal", 30.

⁶² En el mismo sentido, Vid. Percy García, "Compliance y teoría del delito: la incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal a la empresa", 175.

siendo que su faz negativa o la ausencia de un *compliance* penal idóneo determinarán la imputación objetiva del hecho a la persona jurídica.

En este sentido, se comparte la posición de Galán Muñoz quien al hacer referencia al *compliance* penal como condición de la ausencia de responsabilidad penal de la persona jurídica por los delitos cometidos por sus dirigentes, sostiene que *“no se trata, por tanto, de eliminar totalmente el riesgo de comisión de delitos, sino de mantenerlo en unos niveles tolerables o permitidos”*⁶³ (imputación objetiva) y, posteriormente, al hacer referencia al *compliance* penal adecuadamente implementado sostiene que *“harán que se tenga que considerar que los riesgos delictivos precedentes de la empresa se controlaron de forma plenamente adecuada y se mantuvieron, en consecuencia, dentro del ámbito de lo generalmente permitido”*⁶⁴. De igual forma, se comparte la posición de Ontiveros Alonso quien sostiene

*que en aquellos casos en los que se hayan desarrollado y aplicado los estándares mínimamente aceptables de dichos programas y en armonía con las reglas administrativas aplicables al caso concreto derivadas del ordenamiento jurídico, se sentarían claramente las bases para excluir la antijuridicidad por cumplimiento de un deber, si no es que la tipicidad por riesgo permitido*⁶⁵.

El riesgo permitido está configurado como uno de los elementos de la moderna teoría de la imputación objetiva, donde podrá deslindarse la imputación jurídico penal de aquellos resultados que no supongan un incremento del riesgo permitido en un contexto de interacción social, propia de una sociedad de riesgos como la nuestra. Como señala Hurtado Pozo,

*(...) el límite de dicho riesgo debe ser fijado in concreto, considerando las circunstancias materiales y personales, ponderando intereses en conflicto, así como respetando las reglas técnicas fijadas legalmente o resultantes de la praxis cotidiana (en general o en la de ciertos sectores determinados, lex artis). El riesgo que no sobrepasa este límite es denominado «riesgo permitido»*⁶⁶.

Esta institución cobra una amplia operatividad en el marco del derecho penal económico, sobre todo en una sociedad de riesgos como la actual, en la cual Martínez-Buján Pérez sostiene que

*(...) los beneficios que estas actividades puedan reportar para la sociedad hacen que, si se mantienen dentro de determinados límites y si se respetan las susodichas medidas de precaución y de control, el Derecho las considere legítimas, aunque sean aptas para vulnerar el bien jurídico y aunque sean realizadas con conocimiento de esa aptitud*⁶⁷.

El binomio libertad/paternalismo que define el riesgo permitido es precisamente el espacio para la intervención del *soft law* (autorregulación empresarial en un contexto de debida diligencia del empresario), de las buenas prácticas corporativas, de los programas de *compliance*, de las normas técnicas como la ISO 37001⁶⁸ (sistema de gestión Antisoborno), Norma UNE-ISO 19600⁶⁹ (sistemas de gestión de *compliance*) y Norma UNE 19601⁷⁰ (sistema de gestión de *compliance* penal). Lo sostenido no es nuevo, sino que incluso en este punto debe tenerse presente que algunas normas jurídicas de referencia en el ámbito del *compliance* penal, como las *guidelines* apuntan la relación entre normas administrativas y estándares de calidad (normas ISO, etc.) y los programas

⁶³ Alfonso Galán, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017), 132.

⁶⁴ Galán, Alfonso. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, 231.

⁶⁵ Miguel Ontiveros, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en México (algunos desafíos de cara a su implementación)", en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, coord. por Miguel Ontiveros (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014), 351.

⁶⁶ José Hurtado, *Compendio de Derecho penal económico: Parte general*, 146.

⁶⁷ Carlos Martínez-Buján, *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte general (Valencia: Tirant lo Blanch, 2007), 289.

⁶⁸ Norma Internacional ISO 37001:2016. Sistemas de gestión Antisoborno. Requisitos con orientación para su uso.

⁶⁹ Norma Española UNE-ISO 19601. *Sistemas de gestión de compliance*. Directrices. Asociación Española de Normalización (AENOR), Abril 2015.

⁷⁰ Norma Española UNE 19601:2017. *Sistemas de gestión de compliance penal*. Requisitos con orientación para su uso. Asociación Española de Normalización (AENOR), Mayo 2017.

de cumplimiento. El no seguimiento de estas normas es un indicio de que el programa de cumplimiento no es eficaz. El legislador italiano recientemente ha adoptado una posición similar. En relación con el caso específico de los delitos contra la seguridad en el trabajo ha indicado que el cumplimiento con determinados estándares de calidad (OHSAS 1001:2007, y las directrices INI-ILAIL) constituyen una presunción favorable de que existe un programa de prevención eficaz en esta materia⁷¹

Es en este ámbito donde el *compliance* penal cobra relevancia y puede entenderse como faz negativa de la imputación objetiva del delito corporativo, siendo que se considerará que la persona jurídica se encuentra dentro del riesgo permitido o, dicho de otro modo, no creó ningún riesgo prohibido, precisamente porque decidió autorregularse e implementar un programa de *compliance* penal adecuado o idóneo. Ello, en claro ejercicio del deber de garante primigenio que ostenta el empresario, el cual fundamenta la imputación de responsabilidad penal a la empresa.

En otros términos, puede entenderse como propone Rodríguez Estévez que

(...) en definitiva, en el orden práctico y con proyección al ámbito jurisdiccional, una vez acaecida la concreción de un riesgo jurídicamente desaprobado en el ámbito de actuación de una persona jurídica organizada de modo empresarial, deberá acreditarse –en términos normativos de imputación objetiva–, si el mismo riesgo es la concreción de la defectuosa organización (desvalor de la acción), o si, por el contrario, tiene otra causal que excluiría la tipicidad del delito específico que se trate⁷².

Entonces, la imputación objetiva se funda en la violación de ese deber de controlar los riesgos de la empresa, que incluye la actuación de sus órganos, empleados y terceros. En

este orden de ideas, se comparte la posición de García Caveró quien sostiene que "la incorporación del criminal *compliance* hace que el riesgo de que, pese a todo, el miembro individual pueda cometer un delito en el marco de la organización, sea calificado en relación con la empresa como un riesgo permitido o tolerado"⁷³.

La debida diligencia del empresario manifestada a través de la implementación de un programa de *compliance* penal adecuado o idóneo, debe ser premiada con la ausencia de imputación a la empresa. Esta afirmación encuentra respaldo en la casuística de los Estados Unidos de América en el marco de la aplicación de la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), donde refiere Carrión Zenteno que "la práctica persecutoria de la FCPA, amparada en la *Federal Sentencing Guidelines*, ha demostrado que la idoneidad del sistema preventivo no solo puede conducir a la atenuación de la pena, sino que igualmente es susceptible de producir la exclusión de la empresa de todo tipo de sanción"⁷⁴.

Así tenemos el conocido caso Morgan & Stanley en el cual no se formuló una acusación contra la empresa, pues el resultado ilícito (delito de la persona natural) no fue producto de un riesgo no permitido, sino se constató y probó que la empresa Morgan & Stanley contó con un programa de *compliance* idóneo (el sistema no exige un riesgo cero o nulo).

Los hechos de este caso son los siguientes⁷⁵. Garth Paterson, un alto ejecutivo del área de inversión inmobiliaria de la filial china de Morgan & Stanley, entabló una estrecha relación amical y financiera con un ex directivo de la empresa estatal Yongye Enterprise a raíz del trabajo realizado en la colocación de inversiones en Shanghai. El ex directivo chino, conjuntamente con un abogado canadiense, recibieron aproximadamente 1,8 millones de dólares en sobornos a cambio de viabilizar negocios altamente

⁷¹ Sobre ello. Vid. Adán Nieto, "Problemas Fundamentales del Compliance y el Derecho Penal", 28.

⁷² Juan Rodríguez Estévez, "Legalidad y eficiencia en materia penal empresarial", en *Derecho penal económico* (Montevideo: B de F, 2010), 112.

⁷³ Percy García, "Compliance y teoría del delito: la incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal a la empresa", 184.

⁷⁴ Andy Carrión, *Criminal Compliance, de la Ley de EE.UU. de Prácticas Corruptas en el Extranjero, el riesgo de las empresas de acción internacional y la trascendencia de los programas de cumplimiento*, 100

⁷⁵ Para una exposición detallada sobre el caso Morgan & Stanley, Vid. Andy Carrión, *Criminal Compliance, de la Ley de EE.UU. de Prácticas Corruptas en el Extranjero, el riesgo de las empresas de acción internacional y la trascendencia de los programas de cumplimiento*, 101-102.

lucrativos entre Morgan & Stanley y Yongye Enterprise. Fue la propia empresa M&S la que detectó tales hechos y los comunicó voluntariamente a las autoridades, cooperando con sus indagaciones para determinar el alcance de los pagos indebidos y si éstos implicaban la comisión de otros ilícitos.

Los órganos persecutores se abstuvieron de formular cargos contra Morgan & Stanley al comprobar su disposición de un compliance program basado, en este caso, en los siguientes elementos: i) La empresa poseía un sistema de control interno al momento de cometida la infracción; ii) La empresa desarrolló directrices internas preventivas prohibiendo las conductas corruptas; iii) La empresa actualizó constantemente sus directrices y capacitó permanentemente a los empleados sobre los alcances de la FCPA y otras leyes anticorrupción; iv) Los empleados del área de cumplimiento se ocuparon de vigilar y evaluar regularmente la legalidad de las transacciones y otras actividades financieras de riesgo; v) En el año 2004, el compliance officer advirtió por escrito a Peterson sobre la calidad estatal de la empresa china y de la condición de funcionarios extranjeros de sus empleados; vi) Morgan & Stanley requirió en múltiples ocasiones a Peterson dar su conformidad por escrito de su sujeción a las normas de la FCPA; vii) La empresa exigía anualmente a sus empleados revelar intereses comerciales externos; viii) Se llevó a cabo la Due Diligence al agente chino y a la empresa Yongye Enterprise antes de iniciar la relación comercial; ix) La empresa impuso mecanismos de pagos para garantizar que las transacciones cuenten con la autorización de la administración y reducir así el riesgo de pagos irregulares.

De los elementos que configuraron el programa de compliance de Morgan & Stanley, se desprende que estos permiten mantener la actividad de la empresa y de sus funcionarios dentro del riesgo permitido, por lo que cualqui-

er actuación de una persona natural que eluda fraudulentamente dicho programa, no podría ser imputada a la empresa. En otras palabras, se puede observar con claridad cómo es que en la práctica el compliance se configura como un elemento de la imputación objetiva a la empresa, como su faz negativa.

Si un compliance penal adecuado o idóneo permite excluir la imputación objetiva a la empresa, la pregunta que inmediatamente surge es cuándo se cataloga un compliance penal calificado como adecuado o idóneo.

Desde la casuística, una aproximación a la idoneidad de un compliance penal se encuentra en los criterios utilizados en el caso Morgan & Stanley explicados anteriormente; sin perjuicio de ello, debemos indicar que la jurisprudencia sobre la materia realmente no es útil para determinar criterios de idoneidad del compliance penal, así lo explica Muñoz de Morales Romero quien sostiene que

(...) de hecho, los tribunales no evalúan en profundidad todos los elementos del programa de cumplimiento normativo relevantes para determinar si la empresa actuaba de manera efectiva en el marco del mismo. En otras palabras, no llevan a cabo una completa evaluación acerca de si la organización empresarial tenía en el momento de la comisión del delito un programa efectivo de cumplimiento normativo capaz de evitar y detectar violaciones⁷⁶.

Es la doctrina penal la cual se ha encargado de proponer criterios para determinar la eficacia de un *compliance* penal⁷⁷. Así tenemos al "test de eficacia" o "test de debido control" propuesto por Nieto Martín⁷⁸, el cual se resume en los siguientes elementos. Primero, la previsibilidad del delito, para lo cual es determinante el análisis de riesgos que viene a medir la probabilidad de que ocurra una infracción en la

⁷⁶ Marta Muñoz, "Programas de cumplimiento "efectivos" en la experiencia comparada", en *El Derecho penal económico en la era Compliance*, dir. por Luis Arroyo y Adán Nieto (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 214.

⁷⁷ Aunque hay posiciones autorizadas en la doctrina penal que desde una valoración abstracta del *Compliance* penal postulan como "dudosa" la eficacia de estos programas. Así, *Vid.* Klaus Tiedemann, "El derecho comparado en el desarrollo del "Derecho penal económico, en *El Derecho penal económico en la era compliance*, dir. por Luis Arroyo (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 37. «eficacia de estos instrumentos resulta dudosa, por lo que existen considerables reservas, sobre todo en Francia y en Alemania, frente a la moda importada de los EE.UU de los *compliance programs*, donde las empresas utilizarían estos programas muchas veces como una pantalla protectora contra las sanciones estatales y las investigaciones criminológicas informan como los altos directivos de las empresas con programas impresionantes hacen a la vez un "guiño" para la comisión de delitos ».

⁷⁸ Para una explicación detallada sobre este test, *Vid.* Adán Nieto, "Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las Personas Jurídicas", 84 - ss.

entidad y las actividades o procedimientos en la que resulta más probable. El debido control es un estándar de diligencia debida, se trata de controlar razonablemente y para ello la herramienta clave es el análisis de riesgos.

Segundo, la eficacia de los controles ex ante, en la medida que el delito haya resultado previsible, es decir, este segundo elemento del test se lleva a cabo solo en la medida que no se haya superado el primer elemento, esto es, que existan riesgos previsible. Este elemento implica un doble análisis. En primer lugar, evaluar la eficacia de los elementos básicos o transversales del *compliance*, cuya función es comprobar si desde la dirección de la empresa se han hecho esfuerzos serios y de manera continuada por crear una cultura de legalidad y establecer controles apropiados y no tanto por ver qué ha pasado en el caso concreto. En segundo lugar, se deberá evaluar la eficacia de los controles específicos, donde se examinan la existencia de medidas de prevención para hechos similares a los que han ocurrido, donde deberán tenerse en cuenta, especialmente, la existencia de estándares en materia de *compliance*. Este segundo elemento se reduce a la valoración de la cultura de legalidad implantada en la empresa.

Tercero, la eficacia de los controles ex post, donde se determinará la relación entre los controles existentes y el hecho realizado. Representa un tercer filtro para aquellos supuestos en los que la empresa no superó el análisis ex ante, pero tiene controles que funcionan de manera eficaz en el caso concreto, lo que significa que dificultaron la comisión del delito o favorecieron a su descubrimiento. Este tipo de control ex post es fundamental en el caso de los administradores, gerentes, directivos y, en general, representantes legales de la empresa.

Cuarto, el juicio de ponderación (que corresponderá al tribunal), donde se va a ponderar el grado de la cultura de la legalidad (segundo elemento) y los controles que existen en concreto (tercer elemento), donde pueden arrojar como resultados a valorar que la empresa tiene una buena cultura de la legalidad, pero carece de buenos controles en concreto (controles débiles), o viceversa.

Quinto, el principio de exigibilidad del debido control que constituye un criterio residual y encuentra aplicación en aquellos casos en que por diversas circunstancias a la empresa le ha sido imposible el desarrollo del *compliance*. Por ejemplo, cuando sucede una fusión de empresas, una nueva administración en la empresa o cuando nuevos propietarios adquieren la empresa o la absorben.

Referencias bibliográficas

- Abanto Vásquez, Manuel. "Responsabilidad penal de los entes colectivos: estado actual y reflexiones preliminares". En *Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann*, coordinado por Nelson Salazar, José Urquiza y Manuel Abanto Lima: Universidad de San Martín de Porres, 2011.
- Bacigalupo, Enrique. *Tipo y error*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2002.
- Berruezo, Rafael. "Derecho penal económico". En *Derecho penal económico*. Montevideo: B de F, 2010.
- Cancio, Manuel. *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004.
- Caro, Carlos. La responsabilidad de las personas jurídicas. *Jurídica*, 592 (2016): 4:5.
- Carión, Andy. *Criminal Compliance, de la Ley de EE.UU. de Prácticas Corruptas en el Extranjero, el riesgo de las empresas de acción internacional y la trascendencia de los programas de cumplimiento*. Lima: Thomson Reuters, 2015.
- Caruso Fontán, Viviana, Juan Ferré, Javier Gómez, Pilar Gómez, Carmen González, María Gorjón, Irene Hernández, Victor Macías, Pilar Mirat, Francisco Paino y Félix Pedreira. *Teoría jurídica del delito a través del sistema de casos*. Dirigido por Carmen Armendáriz. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- Díez, José Luis. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española". *InDret: Revista para el Análisis del Derecho* 1 (2012).
- España, Ley 10/1995, de 23 de noviembre de 1995.
- Feijoo, Bernardo. *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Reus, 2007.
- Galán, Alfonso. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- Gallego, José. "Criterios de imputación de la autoría en las organizaciones empresariales". En *Derecho penal económico*, coordinado por Miguel Ángel Gimeno. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006.
- García, Percy. "Compliance y teoría del delito: la incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal a la empresa". En *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Perspectivas comparadas (EE. UU, España, Italia, México, Argentina, Colombia, Perú y Ecuador)*, dirigido por Luis Miguel Reyna. Lima: Ideas Solución, 2018.

- García, Percy. Criminal Compliance. En especial compliance anticorrupción y antilavado de activos. Lima: Instituto Pacífico, 2017.
- García, Percy. La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999.
- Gómez-Jara, Carlos. La culpabilidad penal de la empresa. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- Gómez Tomillo, Manuel. Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pamplona: Aranzadi, 2015.
- Gómez-Jara, Carlos. Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú. Directrices para su interpretación. Lima: Instituto Pacífico, 2018.
- Gómez-Jara, Carlos. El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura. Pamplona: Aranzadi, 2017.
- Gómez-Jara, Carlos. "La nueva responsabilidad penal de las Personas Jurídicas en el Derecho penal español (artículo 31BIS del Código penal)". En Modelos de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Propuestas globales contemporáneas. Lima: ARA Editores, 2012.
- Hernández Basualto, Héctor. "Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa". Revista de Estudios de la Justicia, n.º. 10 (2008).
- Hernández Basualto, Héctor. "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile". Política criminal, n.º. 9 (2010).
- Hurtado, José. Compendio de Derecho penal económico: Parte general. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.
- Kuhlen, Lothar. "Cuestiones fundamentales de compliance y Derecho Penal". En Compliance y teoría del derecho penal, editado por Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel y Iñigo Ortiz. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Lascuráin Sánchez, Juan. Los delitos de omisión: fundamentos de los deberes de garantía. Madrid: Civitas, 2002.
- Laufer, William. La culpabilidad empresarial y los límites del derecho. En Modelos de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Propuestas globales contemporáneas, coordinado por Carlos Gómez-Jara. Lima: Aranzadi Thomson Reuters, 2012.
- Marín de Espinosa, Elena, María Ramos y Patricia Esquinas. Lecciones de Derecho Penal (Parte General). Dirigido por José Miguel Zugaldía. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- Marín de Espinosa, Elena. Criminalidad de empresa: la responsabilidad

- penal en las estructuras jerárquicamente organizadas. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- Martínez-Buján, Carlos. Derecho penal económico y de la empresa. Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- Muñoz, Francisco y Mercedes García. Derecho Penal. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- MuñozMarta. "Programas de cumplimiento "efectivos" en la experiencia comparada". En El Derecho penal económico en la era Compliance, dirigido por Luis Arroyo y Adán Nieto. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- Nieto, Adán. "Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las Personas Jurídicas". En Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa, dirigido por Adán Nieto. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- Nieto, Adán. "Problemas Fundamentales del Compliance y el Derecho Penal". En Compliance y teoría del derecho penal, editado por Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel y Iñigo Ortiz. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Norma Española UNE 19601:2017. Sistemas de gestión de compliance penal. Requisitos con orientación para su uso. Asociación Española de Normalización (AENOR).
- Norma Española UNE-ISO 19601. Sistemas de gestión de compliance. Directrices. Asociación Española de Normalización (AENOR).
- Norma Internacional ISO 37001:2016, Sistemas de gestión Antisoborno. Requisitos con orientación para su uso.
- Ontiveros, Miguel. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en México (algunos desafíos de cara a su implementación)". En La responsabilidad penal de las personas jurídicas, coordinado por Miguel Ontiveros. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- Orts, Enrique y José Luis González. Compendio de Derecho Penal. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- Peñaranda, Enrique. "Autoría y participación en la empresa". En Derecho penal de la empresa. Del Derecho penal económico del Estado Social al Derecho penal de la empresa globalizado, dirigido por Luis Arroyo y Adán Nieto. Buenos Aires: Ediar, 2012.
- Perú, Ley N°25475, de 05 de mayo de 1992.
- Perú, Ley N° 26887, de 19 de noviembre 1997: Ley General de Sociedades.
- Perú, Ley N° 30424, de 01 de abril de 2016.
- Perú, Ley N° 30835, de 11 de julio de 2018.

- Perú Congreso de la República. Decreto Legislativo N°635, de 08 de marzo de 1991.
- Requena, Jaime. "La posición de garante del empresario". En Curso de Derecho penal económico, dirigido por Enrique Bacigalupo. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- Reyna, Luis Miguel. "Implementación de los Compliance Programs y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados. Actualidad a partir de la Ley N.° 30424, el Decreto Legislativo N.° 1352 y el Proyecto de Reglamento de la Ley N.° 30424". *Advocatus*, n.° 37 (2018).
- Rodríguez Estévez, Juan. "Legalidad y eficiencia en materia penal empresarial". En *Derecho penal económico*. Montevideo: B de F, 2010.
- Roncero Sánchez, Antonio. *El derecho empresarial: empresario y consumidor*. En *Lecciones de Derecho Empresarial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- Rotsch, Thomas. "Criminal Compliance". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho* 1 (2012).
- Schünemann, Bernd. "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa". En *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41. Madrid: Ministerio de Justicia, 1988.
- Sieber, Ulrich. "Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica". En *Dogmática penal de derecho penal económico y política criminal: homenaje a Klaus Tiedemann*. Coordinado por José Urquiza, Manuel Abanto y Nelson Salazar. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, 2011.
- Silva Sánchez, Jesús. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español". *Comunicaciones*, n.° 65 (2012).
- Sota, Percy. "Compliance penal y su función en la atribución de responsabilidad penal/administrativa de las personas jurídicas". *Advocatus*, n.° 37 (2018).
- Sutherland, Edwin. "Criminalidad de cuello blanco". *Anuario de Derecho penal económico y de la empresa*, n.° 1(2011).
- Tiedemann, Klaus. "El derecho comparado en el desarrollo del "derecho penal económico. En *El Derecho penal económico en la era compliance*, dirigido por Luis Arroyo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- Zúñiga, Laura. "Internacionalización de la empresa: la criminalidad como empresa y la criminalidad de empresa". En *Criminalidad de empresa y criminalidad organizada. Dos modelos para armar en el derecho penal*. Lima: CEDPE, 2013.



El

cumplimiento normativo penal

de las personas jurídicas



El cumplimiento normativo penal de las personas jurídicas

Carlos Aránguez Sánchez

Doctor en Derecho y Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Granada (España)



Concepto y cuestiones introductorias.

El *criminal compliance* –modelo de prevención de delitos– consiste en impulsar dentro de una organización un amplio conjunto de medidas que tiendan a disminuir eficazmente la probabilidad de que algún miembro de esa entidad pueda realizar un delito aprovechándose de dicha estructura jurídica¹. Se trata de una herramienta² organizativa que cumple tres funciones principales³: la prevención de delitos (función preventiva), su detección (función de detección), y su eficaz sanción y/o denuncia a las autoridades correspondientes para que si lo estiman oportuno inicien una investigación penal (función represiva)⁴.

Comenzando por las cuestiones terminológicas, no tan simples en este caso, resulta muy significativo que se haya terminado imponiendo el término *compliance* frente al que en opinión personal parece más correcto, a saber “cumplimiento normativo”. Quizás sean razones de economía lingüística y de puro consenso científico, pues basta una simple consulta en los buscadores de internet para comprobar que el término más empleado por los juristas y economistas hispanohablantes es *compliance*. Pese a ello, debemos destacar que el art. 31 bis del Código Penal español (CP) no utiliza ese anglicismo, sino que opta por hablar de “modelos de prevención de delitos”.

Desde luego, dice mucho del movimiento de política criminal evidenciado, que hasta los albores del siglo XXI utilizáramos el aforismo latino “*societas delinquere non potest*” para defender a ultranza la imposibilidad de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas⁵ y ahora, en cambio utilicemos el término anglosajón para sumarnos a una línea de pensamiento jurídico iniciada hace más de un siglo en Estados Unidos, país que ya en 1909 condenó a una empresa en un proceso penal⁶. En definitiva, hemos pasado del latín al inglés. El deseo de modernizar la regulación de esta cuestión se advierte incluso en el idioma elegido para defender una u otra postura.

En efecto, poco a poco las legislaciones europeas continentales han ido admitiendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque es muy significativa la reticencia de Alemania para sumarse a este cambio⁷. El país germano, al menos por el momento, sigue sosteniendo

¹ Con ligeras diferencias, casi todas las definiciones vienen a coincidir en esa idea. Por ejemplo Kuhlen considera que por *compliance* debemos entender a “las medidas mediante las cuales las empresas pretenden asegurarse de que sean cumplidas las reglas vigentes para ellas y su personal, que las infracciones se descubran y que eventualmente se sancionen”. Lothar Kuhlen, “Cuestiones Fundamentales de *Compliance* y Derecho Penal”, en *Compliance y teoría del Derecho penal*, ed. por Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Iñigo Ortiz (España: Marcial Pons, 2013), 51.

² Se utiliza premeditadamente la palabra “herramienta”, instrumento del que se valen los artesanos, frente a “máquina”, instrumento indispensable en la producción industrial.

³ Aunque también tiene ciertos efectos indirectos muy positivos, como por ejemplo, que la dirección de la persona jurídica pueda conocer mucho más detalladamente su funcionamiento o que la sociedad en su conjunto perciba como positivo la voluntad de cumplimiento de esa entidad.

⁴ Debe tenerse en cuenta que con absoluto respeto del principio *ne bis in idem* cabe la acumulación de sanciones, especialmente laborales y penales, en el caso de delitos cometidos con ocasión del desempeño de un puesto de trabajo.

⁵ Aunque el debate sobre este tema surge hace más de un siglo en nuestra doctrina, véase por ejemplo: Quintiliano Saldaña, *La Capacidad Criminal de las Personas Sociales: Doctrina y legislación* (Madrid: Reus, 1927).

⁶ Se hace referencia a la histórica Sentencia de 23 de febrero de 1909 del Tribunal Supremo Federal de los EEUU que en el caso de “New York Central versus Hudson River Railroad Company” condenó tanto al gerente como a la empresa ferroviaria por delito contra la competencia.

⁷ Ello a pesar de que algunos de los estudios más interesantes sobre derecho penal económico de la doctrina alemana ya se plantean la necesidad de incriminar a las personas jurídicas hace más de medio siglo. Por ejemplo, vid. Klaus Tiedemann, “Zur Reform der Vermögens- und Wirtschaftsstraftatbestände”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n.º 3 (1970): 255 y ss.

la suficiencia de su sistema de "sanciones contravencionales" (administrativas) para contener la criminalidad en el ámbito empresarial. Resulta llamativo que el país que siempre había abanderado las más modernas teorías dogmáticas del derecho penal se resista a una política criminal impulsada a nivel global⁸, siendo altamente probable su consolidación⁹.

Resulta particularmente interesante destacar que el derecho penal de personas jurídicas no es un simple sector del derecho penal, sino que tiene una sustantividad propia. Se asiste a un cambio histórico, sin precedentes. La disciplina se está dividiendo en dos: por un lado, seguimos teniendo el derecho penal de personas físicas (existiendo a su vez un derecho penal de menores y por supuesto, el de adultos o derecho penal común, este último además cuenta con una especialidad cuando se trata de derecho penal militar); pero por otro lado, surge con fuerza un nuevo derecho penal de las personas jurídicas. Es cierto que algunos penalistas han querido minimizar este histórico cambio, hablando simplemente de "responsabilidad penal de personas jurídicas". El propio legislador no es consciente de esta verdadera revolución jurídica cuando pretende regular una materia tan importante introduciendo en el Código Penal de 1995 un simple puñado de preceptos dispersos e inconexos. Frente a esta tibieza legislativa, la realidad es que el derecho penal de personas jurídicas exige construir una nueva teoría del delito, una nueva teoría de las consecuencias jurídicas del delito y unas normas procesales específicas para su enjuiciamiento.

En efecto, aunque no sea el objetivo principal de este artículo debemos destacar que el derecho penal de las personas jurídicas exige una redefinición del concepto de acción, una nueva visión de la vertiente subjetiva del tipo y del contenido de la antijuricidad, un distinto fundamento para las penas aplicables a entidades y una adaptación de las normas que rigen el proceso penal¹⁰. Incluso, deben desarrollarse nuevas teorías criminológicas adaptadas específicamente a la criminalidad por la persona jurídica. Como es obvio, el análisis detallado de todas estas cuestiones supone un titánico esfuerzo que excede con mucho los objetivos del presente estudio, que se limitará a dar algunos consejos prácticos para la implantación de un sistema de cumplimiento normativo en una organización.

Pero antes de describir lo que es un sistema de *compliance*, interesa especialmente destacar lo que no es, en ningún caso, un sistema de *compliance*. De hecho, el primer consejo que debe resaltarse es que hay huir de los "*compliance papers*", esto es, descargar de internet un presunto manual de cumplimiento estereotipado, cambiar únicamente el nombre de la entidad en la portada, imprimirlo a todo color, encuadernarlo pomposamente y colocarlo en una estantería de la oficina hasta olvidar su existencia. Eso simplemente no es *compliance*.

⁸ La globalización se refleja en el ámbito jurídico a través de la coordinación de las distintas políticas criminales de cada Estado, a veces incluso con un cierto "colonialismo jurídico". Este movimiento se presenta con especial virulencia en el terreno del Derecho Penal Económico. Como sostiene Silva Sánchez: "La globalización dirige al Derecho penal demandas fundamentalmente prácticas, en el sentido de un abordaje más eficaz de la criminalidad", cfr. Jesús Silva Sánchez, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (Madrid: Civitas, 2001), 84.

⁹ Es cierto que ya existe un proyecto legislativo para introducir la responsabilidad penal de personas jurídicas en Alemania, pero también son públicas y notorias las reticencias expresadas por directivos de empresas como Siemens, Volkswagen y Bayer a este cambio legislativo.

¹⁰ Sobre las dudas que plantea la interpretación del modelo español de responsabilidad penal de personas jurídicas, vid. Javier Fernández Teruelo, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. b) del Código Penal español", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º. 21 (2019): 1 - 25, <http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-03.pdf>.

Porque el *compliance* es como "un traje a medida". Lo primero que tiene que saber un sastre es cuál es el objetivo del encargo, si va a hacer un vestido de novio o una equipación deportiva. Por supuesto, el siguiente paso será tomar medidas y adaptarse a la talla y gustos de la persona que ha realizado el encargo. Muy parecido es el trabajo del consultor de *compliance*. Lo primero que tiene que conocer es la entidad –normalmente una empresa, pero también una administración pública, sindicato, partido político, etc.– y adaptarse a sus necesidades, así como a los requerimientos del encargo. Es necesario recordar que el *compliance* es autorregulación, aunque esa autorregulación sea promovida por la amenaza de sufrir una sanción penal. La voluntad de establecer o no un programa de *compliance* penal es el equivalente al libre albedrío del comportamiento humano⁴¹.

Las personas jurídicas no solo tienen personalidad y fama, sino también carácter. Que tienen personalidad jurídica es una obviedad, basta recordar que incluso el Código Penal amplía la responsabilidad a determinadas entidades que formalmente no tienen personalidad jurídica propia. Y otro tanto cabe decir de la fama: es evidente que la mayoría de las grandes empresas o instituciones vinculan su actividad a una marca o unas siglas en las que hacen descansar su honor y su respeto comercial o social.

Además, las empresas de forma equivalente a lo que sucede con las personas físicas también tienen, en cierto modo, carácter. De este modo, a priori, unas son más cumplidoras que otras. Existen incluso los mismos prejuicios que en el ámbito de las personas físicas con base en la llamada "Teoría de los estilos de vida". Según dicha teoría, en principio y por supuesto es una norma que admite excepciones, una estrella de rock tiene más probabilidades de consumir drogas o verse involucrada en un escándalo de carácter sexual que una monja. Por las mismas razones una aerolínea es, en principio, una empresa mucho más cumplidora que una discoteca. En definitiva, la norma general sería que cuando una empresa se mueve en un ámbito altamente regularizado y supervisado su actividad se torna mucho más cumplidora con la ley por obvias razones. Quizá no sea muy complicado montar un pequeño casino ilegal pero resulta absolutamente inimaginable construir una central nuclear de manera clandestina. Por tanto, se asume como hipótesis que el sector de actividad es una variable que incide en principio en el grado de cumplimiento de la entidad.

También es frecuente que tengamos estereotipos relativos al carácter cumplidor muy vinculados a la zona geográfica (por tanto, ordenamiento jurídico de directa aplicación) en la que la empresa tiene su sede matriz.

Desde luego, el derecho penal económico no puede operar en ningún caso con base en estas presunciones, puesto que al igual que está vedado un derecho penal de autor en el caso de las personas físicas, también debemos excluir de plano la relevancia jurídico-penal de este tipo de razonamientos en el ámbito del *compliance*. Por esta razón, es importante destacar que la determinación del carácter de una determinada persona jurídica no está basada en presunciones o prejuicios, sino que su cultura

⁴¹ Eso sí, el hecho de que la adopción de un sistema de *compliance* sea voluntario por la empresa no significa que no deba ser estimulado e incluso supervisado por la Administración. En cambio en nuestro sistema, como luego comentaremos, no existe un sistema de revisión del sistema de *compliance* (mientras que en otras áreas se adoptan medidas preventivas mucho más estrictas, como por ejemplo, la Inspección Técnica de Vehículos para autorizar la circulación por vía pública de vehículos de motor).

de cumplimiento se percibe en sus declaraciones (principalmente su código ético) y en su forma de comportarse, en su trayectoria. Por supuesto, al igual que una persona física puede volverse incumplidora, lo mismo puede pasarle a una entidad y a partir de ese momento, las personas físicas y jurídicas que interactúan con ella pueden percibir ciertos signos que provoquen una disminución de la confianza de forma justificada.

El sistema de *compliance* tiene como objetivo que el carácter de una persona jurídica sea cumplidor, respetuoso siempre con las normas, e incluso si se desea, puede servir para autoimponerse un carácter, unos valores, una ética que vaya mucho más allá de sus obligaciones legales. Conviene ahora destacar que ese carácter de la persona jurídica se plasma en especial en su código ético (cuyo concepto posteriormente se desarrollará) y en general, en el nivel de exigencia del sistema de cumplimiento normativo que una determinada empresa está dispuesta a asumir.

Abordadas estas cuestiones introductorias, se analizará paso a paso la forma en la que se debe implantar y desarrollar un sistema de *compliance* penal.

La selección del equipo de consultores

En este apartado se abordará una cuestión especialmente importante: ¿Qué conocimientos debe tener un consultor para realizar un sistema de *compliance* eficaz? La respuesta depende de cada proyecto. Es necesario recordar que el *compliance* es "un traje a medida", cada entidad requiere un sistema de cumplimiento distinto, especialmente adaptado a ella. Pues bien, una vez que el consultor principal conoce la entidad del proyecto de consultoría, debe pensar en el equipo del que debe rodearse para afrontar con éxito su tarea.

Con respecto al talento humano necesario para realizar una buena consultoría en *compliance* se debe reconocer la existencia de un cierto enfrentamiento, cada vez más interesante, entre los juristas y los economistas para hacerse con el actual mercado del asesoramiento en materia de cumplimiento normativo. A diferencia de lo que sucede con otras actividades –por ejemplo, la abogacía–, en España el asesoramiento en *compliance* no es una profesión normada, que requiere de una titulación concreta o pertenencia a un colegio profesional.

En proyectos de cierta complejidad es imprescindible la colaboración de profesionales de distintas áreas, pues cada uno tiene la preparación necesaria para afrontar con éxito una parte del trabajo. Parece obvio que al hablar de *compliance* penal siempre se deberá contar con un penalista o un criminólogo, pues no es posible hacer un buen mapa de riesgos (explicado más adelante) sin conocer en profundidad la legislación penal y las formas de delinquir. De hecho, una empresa multinacional requiere que su mapa de riesgos se adecue a cada legislación, porque como es conocido los delitos varían en cada país. Pero también es verdad que ante la inherente dificultad para los penalistas y criminólogos de comprender los procedimientos y procesos de una gran empresa, un economista tiene en principio, más facilidades para introducir ciertos controles

para la prevención de la comisión de delitos.

Por supuesto, el conocimiento sobre normas ISO (*International Organization for Standardization*)¹², principalmente la ISO 19600 (sistemas de gestión de *compliance*)¹³ o la ISO 37001 (sistemas de gestión antisobornos)¹⁴, resulta muy útil para poder implantar un modelo eficaz de prevención de delitos.

Además, parece evidente que profesionales de otras áreas pueden aportar talento humano de enorme valía para realizar un buen sistema de *compliance*. Todo dependerá de la dimensión, características y complejidad del proyecto. Por ejemplo, un especialista en bioética puede ser esencial en la consultoría en *compliance* en un laboratorio que experimenta con células madre, o un ingeniero puede sugerir propuestas de interés para diseñar el modelo de prevención de delitos de una empresa minera.

En cualquier caso, el consultor en *compliance* debe comprender que es un "artesano", no un "fabricante industrial". Ya se ha advertido sobre los peligros de los "compliance papers". Por supuesto que en determinadas circunstancias dos empresas pueden tener modelos de prevención de delitos muy similares, aunque lo normal es que un sistema de cumplimiento adecuado para una empresa no encaje en otra.

La evaluación previa

La fase de evaluación previa al inicio de la implantación de un modelo de prevención de delitos tiene como finalidad conocer la persona jurídica para construir un sistema de cumplimiento absolutamente exclusivo, ajustado a sus necesidades.

Es evidente que un consultor externo podrá tener ciertas dificultades para acceder a información relevante para la evaluación de riesgos penales, por ejemplo, en una primera entrevista es muy complicado que se admita abiertamente que en una entidad se acepta algunos pagos en efectivo pese no a estar contempla-

¹² Organización internacional dedicada a elaborar normas de carácter general para el establecimiento de estándares de calidad en la gestión tanto de las empresas como de las organizaciones públicas.

¹³ La ISO 19600 es una norma de carácter voluntario, cuyo objetivo es ayudar a las empresas u organizaciones públicas en el cumplimiento normativo de su actividad de manera correcta.

¹⁴ La ISO 37001 es una norma certificable, específica para cuando aplica algún caso de soborno en una empresa u organismo público.

dos formalmente en sus operaciones. Por ello, esta labor de conocimiento requiere una cierta empatía y sensibilidad.

Muchos consultores han elaborado su propia *check-list* que contiene toda la información que debe aportar la empresa. Puede ser una buena idea utilizarla como guión para no olvidar ningún dato importante. No obstante, una entrevista más relajada y desestructurada, en la que la información fluya de forma más natural, podría ser más productiva.

Se recomienda comenzar por análisis muy generales que generen ese grado de confianza necesario para desarrollar una buena labor de asesoramiento en el ámbito del *compliance*. En este sentido, parece adecuado comenzar por un análisis tipo DAFO¹⁵ o PESTEL¹⁶. Posteriormente, es necesario realizar un organigrama¹⁷ y una ficha de puestos¹⁸ para conocer la estructura de la entidad. Y finalmente, realizar un mapa de procedimientos¹⁹. Se debe conocer la actividad de la empresa, su estructura, sus grupos de interés²⁰, y el contexto en el que se desarrolla.

De especial interés resulta estudiar el llamado gobierno corporativo (*corporate governance*)²¹, que ha sido definido como "el sistema y los procesos establecidos para dirigir y controlar una organización con el fin de aumentar el

rendimiento y lograr un valor sostenible para el accionista"²².

Con todos estos documentos se puede tener un conocimiento suficiente de cómo funciona la entidad. Es bastante frecuente que los directivos de una entidad se muestren renuentes a proporcionar cierta información sensible. Por ejemplo, un empresario no va a revelar de buen grado el plan de negocios de su empresa si piensa que una fuga de información pueda debilitarla ante su competencia y mucho más difícil va a ser que reconozca expresamente que comete ciertas irregularidades en su gestión.

Esta falta de confianza puede ser un grave problema para un consultor en *compliance*, pues si no conoce el funcionamiento real de la entidad a la que está asesorando (porque le han ocultado datos esenciales para su labor), no podrá elaborar un sistema de prevención eficaz. Por ello, se debe garantizar la máxima confidencialidad. En este sentido, quizá sea mejor que estos datos sean recogidos por un abogado que firme un contrato de asesoramiento en defensa penal y ello porque de este modo, quedaría plenamente amparado por el secreto profesional (que no es tan extenso para otros profesionales como criminólogos o economistas).

¹⁵ **DAFO** (Debilidades, Amenazas, Fortalezas y Oportunidades). Sistema de análisis que permite conocer aquellos elementos internos de manera pormenorizadas de la entidad (Debilidades y Fortaleza) y que se confrontan junto a aquellas cuestiones externas (Amenazas y Oportunidades), permitiendo con ello situar a dicha entidad en un escenario realista de actuación

¹⁶ **PEST (o PESTEL)**. Herramienta consistente en un análisis exhaustivo de la realidad que rodea a la entidad en sus diferentes áreas o vertientes. Se analizan diferentes variables, de ahí su nomenclatura: **Política** (tratados internacionales, niveles de la administración, realidad institucional, etc.), **Económica** (renta, PIB, inflación, interés, etc.), **Social** (clases sociales, moda, religión, gustos sociales, etc.) y **Tecnológica** (I+D, brecha digital, nivel de cobertura de la red móvil, etc.). También existen corrientes que ahondan en este análisis ampliándolo tanto a la **Ecología** (cambio climático, legislación sobre el medioambiente, uso y calidad del agua), como a las variables **Legales** (todas aquellas cuestiones legales que afectan al proyecto que se está analizando en ese momento como la normativa sobre la protección del producto que comercializamos, la legislación laboral, etc.).

¹⁷ Es la representación gráfica de la estructura organizativa de una empresa.

¹⁸ Fichas correspondientes a cada puesto de trabajo existente en la organización con las competencias y cualificaciones necesarias para desempeñar su labor.

¹⁹ Es una herramienta que contiene el conjunto de acciones que desarrolla una organización, en el que es identificada, en todo momento, la fase de desarrollo en la que ésta se encuentra. Se puede representar como diagrama junto a la relación que hay entre cada uno de ellos. Un determinado procedimiento puede a su vez subdividirse en varios procesos.

²⁰ Los grupos de interés (stakeholders) pueden ser internos o externos. A nivel interno, dentro de una empresa existen grupos que tienen un interés común y que persiguen un mismo fin; a nivel externo existen grupos de personas que buscan conseguir determinados fines en la actividad que desarrolla la empresa.

²¹ Sobre la evolución de este tema en España, véase Guillermo Jiménez, "Evolución del tratamiento del buen gobierno corporativo de las sociedades anónimas en el Derecho español", *Revista Lex Mercator*, n.º 1 (2016): 58 – 62. Sobre el desarrollo de este punto en Alemania véase Stefan Otremba, *GRC-Management als interdisziplinäre Corporate Governance*, (Alemania: Springer Gabler, 2016) 21 y ss. En el Perú: Marisol Alfaro Chávez, "Apuntes sobre el gobierno corporativo en el Perú", *Foro Jurídico* n.º 8 (2008): 96 – 97.

²² Martin Fahy, Jeremy Roche y Anastasia Weiner, *Beyond Governance. Creating Corporate Value through Performance, Conformance and Responsibility* (Inglaterra: Jhon Wiley & Sons, 2005): 163. Sobre la definición del término "gobierno" dentro del ámbito empresarial (*governance*), Becker y Ulrich sostienen que debe entenderse al marco de reglas y directrices bajo las cuales una compañía específica debe ser administrada y controlada. Cfr. Wolfgang Becker y Patrick Ulrich, "Corporate Governance und Controlling – Begriffe und Wechselwirkungen", en *Risk Management und Compliance. Innovative Konzepte und Strategien*, ed. por Frank Keuper y Fritz Neuman (Wiesbaden: Springer Gabler, 2010): 7. Véase otra definición en: Michael Falk, *IT-Compliance in der Corporate Governance* (Alemania: Springer Gabler, 2012): 28.

El núcleo del sistema: el mapa de riesgos

El mapa de riesgos es el análisis a través del cual se muestra la tipología de posibles incumplimientos que pueden darse en una organización, bien sean incumplimientos de normas de carácter legal o regulatorio de obligado cumplimiento, o bien de políticas o procedimientos internos, o del código de conducta interno de la propia organización. Normalmente se compone de una matriz y de una representación gráfica (por ejemplo, diagrama cartesiano)²³.

Lógicamente, en un modelo de prevención de delitos el mapa de riesgos se centrará en aquellos ilícitos penales que generan responsabilidad penal para las personas jurídicas²⁴ o consecuencias accesorias que puedan afectarle²⁵.

Los riesgos se dividen en riesgos inherentes y residuales. En una primera aproximación un consultor en *compliance* analiza los delitos que pueden ser cometidos en el seno de la entidad si no existiera ningún modelo de prevención, a los que denomina riesgos inherentes²⁶. Posteriormente, diseñará controles que mitiguen esos riesgos y volverá a realizar un nuevo mapa de riesgos, pero en este caso de los riesgos residuales. Obviamente, los riesgos residuales deben ser nulos o de la menor dimensión posible.

La entidad del riesgo es el resultado de multiplicar su probabilidad por su impacto²⁷. Esta operación suele plasmarse en una tabla denominada matriz de riesgo. La probabilidad de que acontezca el riesgo se basa en un pronóstico razonado. En el futuro quizá se puedan crear complejos algoritmos que realicen un pronóstico más científico, pero en la actualidad, la

pronosis del riesgo se configura, en algunas ocasiones, de una forma un tanto creativa. Este suele ser uno de los puntos más críticos en los sistemas de *compliance*.

El impacto reúne todas las consecuencias del incumplimiento, no solo las sanciones legales, sino también las sanciones informales, especialmente la pérdida de reputación. El prestigio puede ser esencial para una entidad, por ello, a veces puede importar más que la propia sanción legal. No obstante, existen estudios que sostienen que el impacto reputacional de la comisión de un delito en el seno de una persona jurídica no es tan grave como pudiera parecer *a priori*.

En definitiva, una de las principales dificultades del *compliance* es el desarrollo de una evaluación prospectiva, y predecir razonablemente lo que puede ocurrir en el futuro, lo cual no suele ser tarea fácil. Lo importante será razonar sólidamente los fundamentos de cada pronóstico.

Una vez realizada esta tarea, se elaborará para cada amenaza unas acciones que se resumirán en un documento llamado plan de mitigación de riesgos penales, que se desarrollará en el código ético, el código de conducta y los protocolos específicos.

La cúspide del sistema: el código ético

Se ha señalado que las personas jurídicas, al igual que las personas físicas, tienen carácter. Ese carácter se refleja en toda lo que hace la organización y en su propia estructura y muy especialmente, en un documento que denominamos código ético. Anteriormente se ha-

²³ Delitos que generan consecuencias accesorias a las personas jurídicas: Delitos de manipulación genética (arts. 159 a 162), alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262), obstaculización de la actividad inspectora o supervisora (art. 294), contra los derechos de los trabajadores (arts. 311 a 318), falsificación de moneda (art. 383), asociación ilícita (arts. 515 y 520), organizaciones y grupos criminales (art. 570 bis), organizaciones y grupos terroristas (arts. 571 a 580 bis) y terrorismo (572 a 577).

²⁶ En ese sentido Nicolas y May sostienen que como primer paso, las empresas deben identificar los asuntos regulatorios y legales, los conflictos, los riesgos de conducta y otros asuntos relacionados con las actividades de una empresa que pueden crear riesgos para los intereses de la empresa y/o sus clientes (los "riesgos inherentes"). Este paso es uno de los pasos más críticos para el proceso de CRA (*Compliance Risk Assessment*, o evaluación de riesgos de cumplimiento). Al preparar un inventario de los riesgos inherentes, las empresas deben realizar un análisis exhaustivo de las normas y regulaciones aplicables. Stephanie Nicolas y Paul May, "Building an effective compliance risk assessment programme for a financial institution". *Journal of Securities Operations & Custody* n.º 3 (2017): 218. En esta misma línea véase Juan Pablo Montiel, "Breve introducción al *criminal compliance*", *Actualidad Penal* n.º 24 (2016): 144 - 145.

²⁷ Ampliamente sobre esta cuestión, vid: Osvaldo Artaza, "Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal", en *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*, dir. por Santiago Mir, Mirentxu Corcoy y Víctor Gómez (España: B de F, 2014): 249 - ss.

blaba de "misión" y "visión", el código ético es una evolución de ese tradicional concepto.

Un buen código ético debe ser breve y emotivo. Debe transmitir sentimientos y exponer de forma clara los valores que promueve una determinada entidad. Asimismo, es conveniente que esos valores, esas ideas rectoras de la actuación y organización de la entidad, estén de algún modo jerarquizados por su importancia.

En muchos casos, se confunde el código ético con el código de conducta. El primer documento señala valores y principios, el segundo detalla procedimientos y asigna competencias para su efectivo cumplimiento. Es posible desarrollar esta idea con un caso real: un código ético puede definir una determinada empresa como "ecológica" y apostar por la optimización energética. Su código de conducta detallará la forma de comportarse de acuerdo a esta pauta, por ejemplo, concretando quien debe apagar el aire acondicionado en sus instalaciones todos los días (si el último empleado que abandona la sala de trabajo, o un empleado de mantenimiento específicamente encargado), qué documentos deben ser impresos, etc.

Ciertamente, el código ético tampoco puede ser una mera relación de valores sin concreción alguna, debe aportarse ciertos compromisos concretos con ese objetivo. Si uno de los valores de la empresa es la solidaridad tributaria, consecuentemente pueden realizarse algunas declaraciones generales que la desarrollen, como el expreso compromiso de dicha empresa de no tener cuentas corrientes ni otros productos bancarios en países distintos a los que tiene su sede (esto es, una expresa renuncia a tener fondos en los conocidos "paraísos fiscales" o "territorios off-shore"). En definitiva, aunque evidentemente es un texto principalmente programático, debe tener un valor declarativo, del que se deriven directrices generales de actuación.

Así, el código ético señala valores con carácter general. El código de conducta aporta las pautas que se ajustan a dichos valores. El código ético se proyecta hacia el interior y el

exterior de la organización, hacia la sociedad en general; por tanto, debe tener la máxima difusión, debe exponerse en la página web, en la entrada a la sede social, etc²⁸. El código de conducta es un documento interno, afecta solo a los miembros de la entidad y en menor medida, vía contractual (por establecerse expresamente como cláusulas de los contratos) algunas de sus partes pueden imponerse también a grupos de interés.

Puesto que el código ético debe ser ampliamente asumido por todos los miembros de la organización, es interesante que en su redacción (o sucesivas reformas y ampliaciones) colaboren el máximo número de sujetos integrados en la entidad, e incluso que se cuente con el respaldo de expertos o personas con fuerte autoridad ética.

Una tarea interminable: el código de conducta

Evidentemente, es muy difícil describir minuciosamente todos los procedimientos y procesos que desarrolla una entidad. Además, el código de conducta tendrá que ser revisado continuamente, pues las empresas crecen o decrecen, afrontan nuevos retos, cambian su estructura, etc. Por ello, un código de conducta puede ser detallado a gusto²⁹. Se recomienda que se limite solo a los procedimientos y procesos más importantes, y se ofrezca como *wellcome pack* a los trabajadores que se incorporan a dicha empresa, al menos en una versión básica o adaptada a su puesto de trabajo.

Es esencial además, que en ese código de conducta se describan los controles específicamente diseñados en el plan de mitigación de los riesgos previamente detectados. Es preciso recordar que en el mapa de riesgos se han descrito los riesgos inherentes a la actividad que deben contenerse con un plan de mitigación que incorpore controles específicos.

Por continuar con el ejemplo anterior: Si un fondo de inversión destaca en su código ético

²⁸ Precisamente por esto se recomienda que sea "vistoso", con imágenes, diagramas, iconos, y cualquier tipo de apoyo gráfico que contribuya a imprimir carácter emotivo al documento.

²⁹ Sobre el contenido mínimo de un código de conducta véase, Iván Navas, "Los códigos de conducta y el derecho penal económico", en *Criminalidad de Empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, dirigido por Jesús Silva Sánchez (Barcelona: Atelier, 2013): 119.

que uno de sus principales valores es la solidaridad fiscal y su expreso compromiso de no tener productos bancarios y financieros en paraísos fiscales, debe establecer en su código de conducta un adecuado control sobre esa política, estableciendo que la contratación de esos productos deba ser firmada por dos directivos de diferentes departamentos dentro de la empresa y con autorización expresa del comité de ética de la organización.

Por supuesto, en el código de conducta no solo se introducen medidas de mitigación de riesgos penales, sino todas aquellas pautas que quiera destacar la directiva de la persona jurídica, incluso aunque pueda parecer de menor dimensión. Por ejemplo, en un despacho de abogados puede haber un capítulo del código de conducta dedicado al código de vestimenta, señalando las ocasiones en las que un letrado debe llevar traje y corbata. Este puede ser un aspecto menor desde el punto de vista normativo, pero si el empleador considera que la imagen de sus trabajadores es una proyección del prestigio de su empresa puede ser de enorme importancia para él.

Finalmente, hay que destacar que la tarea de un buen consultor cuando propone un borrador de código de conducta debe estar regida por el principio de conservación, esto es, debe sistematizar un conjunto de protocolos e instrucciones que de forma escrita, verbal o puramente consuetudinaria ya se aplican en esa entidad. Solo cuando dichas prácticas se aparten de la cultura de cumplimiento que se trata de imponer, deben ser corregidas y des-terradas.

La concreción de puntos críticos para el sistema. Los protocolos específicos.

El mapa de riesgos nos muestra las zonas de mayor peligro para la entidad. En muchos casos, la propia actividad de la organización las determina. Es lógico que el delito de financiación ilegal de partidos políticos³⁰ sea un riesgo principalmente para los partidos políticos, o

que el acoso sexual³¹, pese a ser considerado como un riesgo transversal, pueda presentarse con mayor probabilidad en una agencia de modelos que en una biblioteca.

Por ello, es muy frecuente que determinados capítulos del código de conducta se independicen de este formando protocolos específicos. Esta forma de documentar el sistema de compliance tiene varias ventajas:

- Llama la atención sobre una zona de riesgo que debe ser particularmente atendida.
- Las medidas de mitigación de ese riesgo pueden ser evaluadas y reformadas sin necesidad de que se tenga que aprobar una nueva versión completa del código de conducta (que puede tener mayor estabilidad).
- Su plan de formación y programa de difusión resulta independiente de otras medidas de menor relevancia.

Como principal desventaja, cabe destacar que siempre es más fácil conocer un cuerpo normativo cuando está codificado en un único bloque. La remisión de la regulación parcial de ciertas cuestiones a protocolos específicos genera cierta dispersión normativa.

No obstante, la decisión de dedicar un simple capítulo en el código de conducta o bien establecer un protocolo específico sobre esta cuestión es una opción que depende, en gran medida, de la voluntad de la dirección de la empresa, del responsable de cumplimiento y del consultor que asesore en esta materia. Es una decisión dentro de lo que se puede llamar política de cumplimiento y que revela ese carácter artesanal que se debe imprimir a un modelo de prevención de delitos plenamente adaptado a una determinada persona jurídica.

Los protocolos específicos pueden nacer con vocación de permanencia o bien responder a situaciones transitorias, teniendo entonces una vigencia temporal. Así, puede realizarse en una empresa un protocolo específico para la protección de la salud frente a una pandemia, que pasada una alerta sanitaria pueda

³⁰ España, *Código Penal*, art. 304 bis y ter.

³¹ España, *Código Penal*, art. 184 (se debe tener en cuenta que no genera responsabilidad penal para la persona jurídica, pero sí responsabilidad civil derivada del delito y pérdida de reputación).

dejar de estar en vigor. Estos protocolos específicos temporales suelen tener un objetivo muy delimitado y, a veces, pueden afectar solo a una línea o unidad de negocio. Incluso pueden diseñarse para uno de los múltiples centros de trabajo de una persona jurídica y con una vigencia de un solo día. Por ejemplo, un protocolo para establecer determinadas pautas de comportamiento que refuercen la seguridad ante la visita del Presidente de Gobierno a las instalaciones de una empresa.

El garante del modelo de prevención. El *compliance officer*

Dependiendo del tamaño y complejidad de una organización, al frente del sistema de *compliance*, puede haber un departamento de cumplimiento o un oficial de cumplimiento³². El *compliance officer* puede ser un miembro de la organización, un directivo o el propio administrador (en una pequeña empresa) quien asume las funciones de supervisión e impulso del modelo de prevención, aunque también puede ser un agente externo³³.

La principal característica de un *compliance officer* debe ser su independencia. Como es lógico, en empresas de pequeñas dimensiones es el propio administrador quien suele asumir esas funciones. El propio legislador penal reconoce esta posibilidad en el párrafo tercero del art. 31 bis CP:

En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar

*cuenta de pérdidas y ganancias abreviada*³⁴.

Pero evidentemente esa no es la situación más deseable y siempre que sea posible, debe evaluarse otras opciones en dichos ámbitos de gestión.

Además de su cualificación profesional en esta área, debe destacar por su honestidad. En este sentido, aunque pueden resultar de gran utilidad los estudios psicológicos para medir la honestidad de una persona no están exentos de cierta polémica. Hay algunas empresas que han llegado a utilizar polígrafos.

La labor del *compliance officer* será velar que el modelo de prevención se implante y se respete dentro de la organización, además, transmitir a todos sus miembros (por supuesto, incluyendo a los directivos) la llamada cultura de cumplimiento, esto es la concienciación de estricto respeto a la ley.

Como principales instrumentos para su función tendrá que atender un canal ético o canal de denuncias (explicado más adelante), redactar el informe anual, así como aquellos memorándums que estime necesarios y elaborar un plan de formación.

Uno de los grandes inconvenientes de ser *compliance officer* es la responsabilidad penal y civil que puede suponer su actividad. Si es un mal profesional, puede literalmente acabar en prisión y arruinado. Por esta razón, es un puesto que conlleva una gran responsabilidad. Hay autores que incluso le atribuyen una cierta posición de garante³⁵. Se aconseja por tanto, ejercer esta profesión con absoluta responsabilidad y, en el caso de ser necesario, adoptar medidas como contratar un seguro de responsabilidad civil, o en caso de matrimonio optar por un régimen de separación de bienes.

³² Incluso varios departamentos: prevención de riesgos laborales, prevención de blanqueo, control interno de calidad, asesoría jurídica, etc. Por supuesto, deberán estar coordinados por un director de cumplimiento.

³³ El *compliance officer* puede ser interno o externo. Cabe opción mixta, externalizar solo parte de las funciones.

³⁴ Según el art. 257 de la Ley de Sociedades de Capital: "1. Podrán formular balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes:

a) Que el total de las partidas del activo no supere los cuatro millones de euros.

b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los ocho millones de euros.

c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta.

Las sociedades perderán esta facultad si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior."

Precisamente por estas razones, el salario del *compliance officer* debe ser proporcional a la importancia de su labor en la persona jurídica.

Como es lógico, la desatención de los deberes por parte del *compliance officer* no excluye a la persona jurídica de su responsabilidad, al contrario, como se afirma en la Circular FGE 1/2016: "si el oficial de cumplimiento omite sus obligaciones de control, la persona jurídica en ningún caso quedara exenta de responsabilidad penal (condición 4 del art. 31 bis 2)".

Un instrumento para la comunicación. El canal de denuncias

El canal de denuncias es una herramienta para la comunicación entre el *compliance officer* y todos los miembros de la organización, los grupos de interés, e incluso el público en general³⁵. Tiene como misión recibir información relevante para el sistema de cumplimiento, muy especialmente denuncias relativas a la comisión de ilícitos dentro de la entidad.

El canal de denuncias puede articularse a través de cualquier forma de comunicación: un formulario en una página web, una aplicación informática (app), un correo electrónico, una línea telefónica, un horario para entrevistas personales, un fax, o una dirección postal para correo convencional. De hecho, lo más recomendable es ofrecer al denunciante varias alternativas para que él seleccione aquella que le brinde mayor comodidad.

A la hora de elegir la forma de comunicación es imprescindible garantizar como mínimo la confidencialidad e incluso es recomendable asegurar el anonimato. Por eso, debe rechazarse el empleo de redes sociales, o cualquier otro medio de comunicación que pueda ser accesible y controlable por terceros distintos de la entidad y el denunciante. El *compliance officer* debe comprometerse expresamente

a respetar la confidencialidad de la identidad del informante, sin embargo, sería interesante promover canales que permiten realizar denuncias anónimas, por ejemplo, los formularios web en los que se borra automáticamente la dirección de identificación IP desde la que se envía una información.

Lógicamente, cada denuncia debe ser tramitada, aunque no todas deben ser investigadas. Se desaconseja investigar cualquier tipo de denuncia genérica del tipo "X es un corrupto". Un denunciante debe aportar alguna prueba o indicio concreto de la imputación como por ejemplo "Investiguen la cuenta corriente en Panamá a nombre de X, porque está desviando fondos de esta empresa. Consulten las siguientes partidas de la contabilidad...". No se pueden investigar denuncias como "X es un acosador y un tirano", sino denuncias como "Escuchen la grabación adjunta en la que el directivo X se dirige a sus colaboradores de una forma tiránica y despótica". Hoy en día, casi todos llevamos un dispositivo que permite grabación, por lo tanto, aportar pruebas incluso de forma anónima a través de un canal de denuncia digital resulta mucho más fácil.

Para motivar a los potenciales denunciantes debe ofrecerse estímulos o garantías al momento de presentar denuncias (por ejemplo, mantener en secreto la identidad del denunciante³⁷).

El compliance es un compromiso colectivo. El plan anual de formación

El modelo de prevención de delitos debe ser conocido y plenamente asumido por todos los miembros de la organización y también por aquellos grupos de interés en la medida en la que le sean de aplicación.

Hay que buscar formas de concienciación novedosas, distintas de la tradicional charla

³⁵ Wemer Beulke, "Der Compliance Officer", als Aufsichtsgarant? Überlegungen zu einer neuen Erscheinungsform der Geschäftsherrenhaftung", en *Festschrift für Klaus Geppert zum 70.*, ed. por Claudius Geisler et al. Geburtstag (München: Bech, 2011): 23 - ss. Cornelius Prittzwitz, "La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers", en *Compliance y teoría del Derecho penal*, ed. por Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Iñigo Ortiz (España: Marcial Pons, 2013): 207 - ss.

³⁶ Ramon Ragués i Vallés, *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal* (Madrid: Marcial Pons, 2013): 23 - ss.

³⁷ Al respecto, Frank Maschmann, "Compliance y derechos del trabajador", en *Compliance y teoría del Derecho penal*, ed. por Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Iñigo Ortiz (España: Marcial Pons, 2013) 166.

o entrega escrita de documentación. Por supuesto, el código ético debe ser visible en la página web de la entidad y el código de conducta y protocolos específicos en la intranet (o si la organización no dispone de ella, impreso en lugar accesible dentro de su sede).

Un buen *compliance officer* incluso debe medir y evaluar el nivel de conocimiento de las obligaciones de cumplimiento que tienen sus compañeros en la organización. Él no puede ajustar sus comportamientos a la ley, pues la desconocen. En este sentido, puede ser muy útil que el *compliance officer* realice entrevistas personales a los directivos o empleados en los departamentos con mayor riesgo de comisión de un delito. El número de horas dedicadas a charlas genéricas de ambiguo contenido no parece un dato relevante para evaluar la efectividad del sistema, pero el número de horas que un *compliance officer* dedica a la evaluación de las competencias y habilidades de un determinado directivo o empleado respecto a los controles en los que debe participar para mitigar un concreto riesgo penal, parece un excelente indicador del interés por que el sistema funcione.

Como propuesta de *lege ferenda*, sería interesante incluir en el art. 64 del Estatuto de los Trabajadores una referencia expresa a los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, de manera que el *compliance* se encontrase comprendido entre las materias a las que alude el citado precepto. El art. 64 ET expresamente incluye el deber de información empresarial a los representantes unitarios sobre aspectos de naturaleza netamente económica (balance y cuenta de resultados, evolución probable del empleo, etc), a ello se une la posibilidad legal de la empresa de suspender o extinguir vínculos contractuales por causas económicas (art. 51 ET). En cambio, no se incluye referencia alguna al *compliance* en los derechos de información, participación y consulta de los representantes legales de los trabajadores. Es evidente que la comisión de un delito por una empresa repercute en los intereses laborales de sus trabajadores, por lo que estar informados sobre sistemas eficaces de *compliance* emerge en el siglo XXI como un derecho esencial.

La prueba del efectivo funcionamiento del sistema. Los procesos de documentación

Una persona jurídica no ha de limitarse a demostrar que implantó un sistema de cumplimiento, sino que debe ir mucho más allá. Será inexcusable acreditar que efectivamente lo desarrolló en sus labores cotidianas. Para ello, los registros que especifiquen de manera sistemática y nítida las acciones que se han llevado a cabo, emergen como una herramienta imprescindible.

A partir de ese momento inicial de puesta en marcha del sistema, cada acción para la prevención de delitos deberá tener respaldo documental en un registro, sea en papel o digital, que garantice su autenticidad y que pueda ser aportado a primer requerimiento.

A su vez, todo documento que sea modificado deberá ser registrado como una nueva versión del anterior, consignando el número de versión, la fecha, los autores y los revisores de dicho documento, así como su fecha y órgano de aprobación. Por supuesto, deben conservarse copias de todas las versiones de un documento.

La total ausencia de registros puede revelar que, en realidad, no se había implementado una auténtica política de cumplimiento normativo. Si en una gran empresa nadie ha usado el canal de denuncias en años, quizá nunca existió una voluntad real de poner en práctica ese instrumento de comunicación.

En definitiva, en cualquier momento de una investigación penal contra una persona jurídica se pueden solicitar la prueba de que se disponía de un eficaz modelo de prevención de delitos. Entregar unos simples manuales no acreditará nada. Estos deben ir acompañados de los registros documentales que demuestren que ese sistema de *compliance* está vivo, que no es un "*compliance papers*", esto es, una infantil burla de la obligación de establecer un sistema de cumplimiento.

La permanente revisión del modelo de prevención

El inciso sexto del párrafo quinto del art. 31 bis CP presta una especial atención a la necesidad de revisar constantemente el programa de compliance: "Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios".

El sistema debe ser revisado totalmente, como mínimo, anualmente, pero también siempre que exista una modificación relevante en la actividad o estructura de una empresa (desde la implementación de una nueva línea de negocio hasta la fusión con una sociedad multinacional). Además, debe ser revisado cuando un cambio legislativo introduzca nuevos delitos que deban ser tenidos en cuenta, puesto que los mismos podrían generar responsabilidad penal de la persona jurídica, o bien consecuencias accesorias en una condena penal de una persona física que puedan afectarle.

Aunque no sea tan frecuente –y el legislador no lo prevea expresamente–, el sistema de *compliance* debe ser también adaptado cuando existan cambios sociopolíticos bruscos que afecten a la actividad y sean susceptibles de crear nuevos riesgos, por ejemplo, una pandemia mundial. Como es lógico, cada vez que se realice una revisión del sistema de *compliance* dicha modificación debe ser debidamente difundida e incluida en los planes de formación.

Como se había señalado anteriormente, debe realizarse una autoevaluación anual y si el tamaño y complejidad de la organización lo requiere, es aconsejable realizar una auditoría anual externa. Es deseable que esas revisiones del sistema sean llevadas por expertos y consultoras distintas, puesto que la pluralidad de puntos de vista generara una mejora del modelo de prevención de delitos.

Un auténtico modelo de prevención de delitos es algo dinámico, que se adapta a una realidad cambiante. Por su propia naturaleza es siempre perfectible, es decir, susceptible de ser mejorado. En este sentido, la tarea de un *compliance officer* es inacabable. Un modelo de prevención de delitos en la empresa debe ser desarrollado hasta un grado calificado como "eficaz", pero no infalible, porque eso jamás será posible. A partir de ahí, se debe realizar de forma continuada tareas de mantenimiento del sistema para conservar inmutable ese grado de eficacia.

La ausencia de un sistema de inspección administrativa de los modelos de prevención de delitos y la prueba sobre su calidad

El *compliance* penal es autorregulación, pero que se promueve por la amenaza de una sanción penal³⁸. Sorprende que las administraciones públicas españolas no establezcan una política de incentivos positivos para que las empresas sean cada vez más cumplidoras, como por ejemplo, asesoramiento gratuito para elaborar su programa de *compliance* (igual que los contribuyentes tienen asesoramiento gratuito para cumplir con sus obligaciones fiscales). Sobre todo, llama la atención que no haya un órgano administrativo que revise los sistemas de *compliance*, al menos aquellos que deben desarrollar las empresas que contratan con la administración. Todo ello, a pesar de que el *compliance* es un elemento esencial en el buen gobierno corporativo que supone una inestimable ayuda al Estado en su tarea de controlar la criminalidad³⁹.

Por eso, la afirmación de que en la actualidad el *compliance* es una "autorregulación regulada"⁴⁰ no es concluyente, porque el legislador se limita a exigir en el art. 31 bis CP un contenido mínimo de una forma absolutamente

³⁸ En la normativa administrativa solo se exige un modelo de *compliance* a los sujetos obligados en la prevención del blanqueo de capitales. En efecto, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, cuyos artículos 26 a 30 establecen la obligatoriedad por parte de los sujetos obligados de constituir un programa específico de prevención. En concreto, dispone el art. 26 que aprobarán por escrito y aplicarán políticas y procedimientos adecuados en materia de diligencia debida, información, conservación de documentos, control interno, evaluación y gestión de riesgos, garantía del cumplimiento de las disposiciones pertinentes y comunicación, con objeto de prevenir e impedir operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

te ambigua. Ciertamente, en la actualidad no existe base suficiente para afirmar la existencia de una "autorregulación regulada". Sin embargo, en el futuro se debe optar por esa mayor intervención del sector público en la regulación del *compliance*.

Es obvio por tanto, que el *compliance* penal es un ejemplo de autorregulación privada, pero que despliega su eficacia en el ámbito público⁴¹, ya sea excluyendo o atenuando la responsabilidad penal de la persona jurídica.

De este modo, ante la ausencia de un mecanismo administrativo público de control de la calidad del *compliance*, la pregunta obvia que se plantea es ¿cómo podemos evaluar la calidad de un modelo de prevención de delitos? Esta cuestión debe responderse de forma distinta dependiendo del momento en el que queramos medir la eficacia del sistema de *compliance*:

1. Antes de que se cometa un ilícito penal en el seno de la entidad, no se puede acudir a un organismo público para que, tras el pago de la correspondiente tasa, valide nuestro sistema de *compliance*. Al igual que la Inspección Técnica de Vehículos (ITV) garantiza que un vehículo puede circular por las vías públicas españolas, o que el Examen de Estado de Acceso a la Abogacía valida que se han adquirido unos conocimientos mínimos para ejercer esa profesión, podría establecerse un sistema administrativo de control de la calidad del *compliance*.

Por tanto, no cabe sino confiar en la certificación que entidades privadas ofrecen sobre normas ISO (fundamentalmente ISO-UNE 19601 e ISO 37001). Tener tal sello de garantía es fundamental para validar el

trabajo que una consultora (independiente de la certificadora) ha realizado, o las actualizaciones que haya desarrollado el *compliance officer* de esa persona jurídica.

Por supuesto, existen datos objetivos que revelan indiciariamente si una persona jurídica apuesta decididamente por una cultura de cumplimiento. Especialmente importante será analizar en las cuentas anuales la partida presupuestaria dedicada al gasto empleado en consultoría en esta materia, o en el sueldo del *compliance officer*. El razonamiento puede explicarse con un sencillo ejemplo: si un fabricante de automóviles gasta diez veces más en diseño que en seguridad, es evidente que le importa más la estética que la seguridad. Siguiendo ese mismo razonamiento, si una gran empresa gasta mucho en marketing y poco en *compliance*, ya sabemos cuál es su orden de prioridades⁴². Un buen empresario debe comprender que los fondos destinados a *compliance* no son un gasto, sino una inversión que ahorra muchos disgustos.

También es un dato objetivo sobre la calidad del modelo de prevención de delitos que la empresa contrate a diferentes auditores (distintos de quienes realizaron inicialmente la labor de consultoría para la puesta en marcha del sistema) y que pase sus certificaciones anuales con distintas empresas certificadoras. Evidentemente, si expertos de distintas empresas validan un sistema, se tiene una mayor garantía.

2. Después de que se cometa un ilícito penal en el seno de la entidad, la decisión sobre si la persona jurídica tenía o no un sistema de *compliance* eficaz corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales

³⁹ Adán Nieto, "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho Penal", en *Compliance y teoría del Derecho penal*, ed. por Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Iñigo Ortiz (España: Marcial Pons, 2013) 21. En el mismo sentido Ivó Coca Vila, "¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?", en *Criminalidad de Empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, dir. por Jesús Sánchez Silva (Barcelona: Atelier, 2013): 45.

⁴⁰ De esta opinión, expresamente, Raquel Montaner, "La autorregulación normativa en el derecho penal ambiental", en *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o evolución?*, ed. por Juan Pablo Montiel (Madrid: Marcial Pons, 2012): 289.

⁴¹ Raquel Montaner, "La autorregulación normativa en el derecho penal ambiental", 293.

⁴² La prueba de la existencia real de un sistema de *compliance* debe partir incluso de la valoración de un momento inicial, el de la contratación de los servicios de la empresa consultora en la que se va a confiar para la configuración del sistema de *compliance*. Resultará de vital importancia identificar a la empresa a quien se ha encomendado la elaboración e implementación del sistema de cumplimiento normativo, adjuntando la factura que especifique el precio que finalmente se ha satisfecho por la actividad profesional contratada. Pagar una elevada suma por un modelo de prevención a una consultora de prestigio no garantiza la calidad de un modelo de prevención de delitos, aunque razonando a la inversa, gastar una misérrima cantidad en un consultor sin experiencia me parece un claro indicio de responsabilidad penal. La formación y el sueldo asignado al *compliance officer* también es un dato relevante, por las mismas razones.

encargados de despachar ese asunto. La alegación sobre la exclusión de responsabilidad penal de la persona jurídica corresponde a su defensa, que tendrá que aportar el sistema de *compliance* y destacar sus ventajas. De este modo, se podrá convencer: al Fiscal y la acusación particular en su caso para que retire la acusación; al Juez de Instrucción para que acuerde el sobreseimiento para dicha persona jurídica; o al Juez o Magistrado enjuiciador para que la absuelva.

Finalmente, se deberá cuestionar si ese control de calidad del programa de *compliance* debe predicarse sobre la idoneidad abstracta del programa, o por el contrario, si debe incluir criterios para medir el grado de funcionamiento efectivo del mismo. El efectivo cumplimiento del programa es parte esencial del mismo, por tanto el control debe extenderse también su efectivo cumplimiento (a través de los registros oportuno), y no simplemente a la idoneidad abstracta del programa⁴³.

Conclusiones

Se evidencia un hecho histórico, el nacimiento del derecho penal de las personas jurídicas que supone una ruptura con el tradicional derecho penal, puesto que necesita una nueva teoría jurídica del delito, una distinta fundamentación de la pena, específicas normas procesales penales y sus propias teorías criminológicas.

Hasta ahora, el derecho penal español se había expandido protegiendo nuevos bienes jurídicos o bien dispensándoles una protección más amplia y anticipada. Pero a partir de 2010 se produce un cambio sin precedentes: el destinatario directo de las normas penales deja de ser solo la persona física, eliminándose el tradicional principio *societas delinquere non potest*.

Desde este momento, las personas jurídicas están llamadas a instaurar un modelo de prevención de delitos o criminal *compliance*. Pero en la legislación española no se detalla cuál es el contenido que debe darse a ese sistema de *compliance* para ser considerado como eficaz y exonerar de responsabilidad a la persona jurídica. También sorprende la lentitud con la que está cambiando la percepción sobre este tema de los diferentes operadores jurídicos que, en general, tienen cierto grado de desconocimiento sobre la normativa y jurisprudencia relativa a responsabilidad penal de personas jurídicas.

Como se ha expuesto, el *compliance* es un producto "artesanal", plenamente ajustado e individualizado para cada entidad y para cada momento. Precisamente por eso, es tan complicado elaborar un buen modelo de prevención de delitos para personas jurídicas.

Existe además, una cierta indeterminación legal, pues no se dispone de un parámetro objetivo de lo que debe entenderse como un *compliance* "eficaz" (en el sentido requerido por el art. 31 bis CP). Toda esta situación puede cambiar cuando la administración inicie acciones para promover (por ejemplo, primando en concursos públicos a empresas con un sólido sistema de *compliance*) e incluso supervisar directamente la implantación efectiva de sistemas de *compliance* penal.

⁴³En sentido contrario, vid. José Luis González, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quáter y quinquies", en: *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, dir. por José Luis González (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015): 196.

Referencias bibliográficas

- Armendáriz, Luis. "Criminal compliance, responsabilidad social empresarial y buen gobierno corporativo: Reflexiones a partir del caso Siemens". *DOCRIM: Revista científica* n.º 2 (2019): 1–28.
- Artaza, Osvaldo. "Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal". En *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*, dirigido por Santiago Mir, Mirentxu Corcoy y Víctor Gómez. España: B de F, 2014.
- Becker, Wolfgang y Patrick Ulrich. "Corporate Governance und Controlling – Begriffe und Wechselwirkungen". En *Risk Management und Compliance. Innovative Konzepte und Strategien*, editado por Frank Keuper y Fritz Neuman. Wiesbaden: Springer Gabler, 2010.
- Beulke, Werner. "Der Compliance Officer", als Aufsichtsgarant? Überlegungen zu einer neuen Erscheinungsform der Geschäftsherrenhaftung". En *Festschrift für Klaus Geppert zum 70*, editado por Claudius Geisler et al. *Geburtstag*. München: Bech, 2011.
- Coca Vila, Ivó. "¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?". En *Criminalidad de Empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, dirigido por Jesús Sánchez Silva. Barcelona: Atelier, 2013.
- Fahy, Martin, Jeremy Roche y Anastasia Weiner. *Beyond Governance. Creating Corporate Value through Performance, Conformance and Responsibility*. Inglaterra: Jhon Wiley & Sons, 2005.
- Falk, Michael. *IT-Compliance in der Corporate Governance*. Alemania: Springer Gabler, 2012.
- Fernández Teruelo, Javier. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. b) del Código Penal español". *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 21 (2019): 1 – 25. <http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-03.pdf>
- González, José Luis. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts.31 bis, ter, quáter y quinquies". En: *Comentarios a la reforma del código penal de 2015*, dirigido por José Luis González. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- Jiménez, Guillermo. "Evolución del tratamiento del buen gobierno corporativo de las sociedades anónimas en el Derecho español". *Revista Lex Mercatori*, n.º 1 (2016): 58 – 62.
- Kuhlen, Lothar. "Cuestiones Fundamentales de Compliance y Derecho Penal". En *Compliance y teoría del Derecho penal*, editado por Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Iñigo Ortiz. España: Marcial Pons, 2013.

- Maschmann, Frank. "Compliance y derechos del trabajador". En *Compliance y teoría del Derecho penal*, editado por Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Iñigo Ortiz. España: Marcial Pons, 2013.
- Montaner, Raquel, "La autorregulación normativa en el derecho penal ambiental". En *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o evolución?*, editado por Juan Pablo Montiel. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- Montiel, Juan Pablo. "Breve introducción al *criminal compliance*". *Actualidad Penal* n.º. 24 (2016): 140 – 153.
- Navas, Iván. "Los códigos de conducta y el derecho penal económico". En *Criminalidad de Empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, dirigido por Jesús Silva Sánchez. Barcelona: Atelier, 2013.
- Nicolas, Stephanie y Paul May. "Building an effective compliance risk assessment programme for a financial institution". *Journal of Securities Operations & Custody* n.º. 3 (2017): 215 – 224.
- Nieto, Adán. "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho Penal". En *Compliance y teoría del Derecho penal*, editado por Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Iñigo Ortiz. España: Marcial Pons, 2013.
- Prittwitz, Cornelius. "La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers". En *Compliance y teoría del Derecho penal*, editado por Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Iñigo Ortiz. España: Marcial Pons, 2013.
- Ragués i Vallès, Ramon. Whistleblowing. *Una aproximación desde el Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Saldaña, Quintiliano. *La Capacidad Criminal de las Personas Sociales: Doctrina y legislación*. Madrid: Reus, 1927.
- Silva Sánchez, Jesús. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001.
- Tiedemann, Klaus. "Zur Reform der Vermögens- und Wirtschaftsstraf-tatbestände". *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n.º. 3 (1970): 256 – 261.



Crimen organizado

y su estructura delictiva
en la legislación ecuatoriana

Crimen organizado y su estructura delictiva en la legislación ecuatoriana

Paulina Garcés Cevallos

Especialista en Crimen Organizado, Corrupción y Terrorismo. Magister en Derecho Procesal. Doctora en Jurisprudencia. Experta litigante de fuero de Corte Nacional de Justicia en la FGE.

Crimen organizado

Uno de los grandes problemas mundiales que presenta el crecimiento, tecnificación e incorporación del crimen organizado en los diferentes estamentos de los países, es que puede manejar los ámbitos políticos, financieros y de justicia, incluso puede alterar el sistema de toda una nación.

Ante esta realidad, se debe reconocer que los esfuerzos internos resultan insuficientes para poder enfrentar un problema de tal magnitud, el cual ha rebasado fronteras y se ha fortificado frente a la inoperancia de nuestros países. El Ecuador no ha quedado fuera de esta realidad, con mucho pesar, es necesario reconocer que en estos últimos años el incremento de delitos de corrupción y la presencia de la criminalidad organizada ha sido evidente, toda vez que se ha evidenciado varios casos que han expuesto la manera en que estas organizaciones se han formado al interior del propio Estado para cometer delitos y obtener ganancias ilícitas que afectan la economía nacional.

Por estas razones, es importante que los países propendan a la integración regional y mundial, que no es sino una respuesta a esta dura criminalidad, que obviamente se beneficia de la globalización, para extender sus ramificaciones a todas las naciones a través del cometimiento de una serie de delitos que socaban las bases sobre las que se sustentan las democracias y el desarrollo de los países.

Definición

Por la complejidad del tema, la estructura conceptual de lo que se entiende por crimen organizado, es muy dispersa. El autor ecuatoriano Alfonso Zambrano Pasquel¹ refiere que la noción internacional de criminalidad organizada se encuentra en la ley estadounidense denominada Organized Crime Control Act, de 1970 conocida como Ley RICO, dentro de la

cual se expuso por primera ocasión este fenómeno, sin embargo, se centraba en temas empresariales y las formas extorsivas. Indica el autor que a mediados de los años 70, en Italia, se utilizó este término por la ingente cantidad de casos de secuestros y la aparición de grupos terroristas; pero es recién en los años 80, cuando la "criminalidad organizada emerge como un sujeto político en el escenario italiano", captando así, los ámbitos político y económico del país. Cabe anotar que el autor antes citado, no construye una definición de crimen organizado, puesto que, como se indicó al inicio, la variedad de acciones y características dificultan su conceptualización.

Si bien se ha tratado este tema desde distintas ópticas, no se ha podido establecer un concepto definitivo sobre crimen organizado. Esto debido a la multiplicidad de particularidades que tiene esta figura penal. Además, se debe señalar que en muchos países aún no se ha instaurado este tipo penal, esto en contraposición con otros que ya lo han incorporado, como es el caso del Ecuador que a partir de la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal tipificó este delito.

Javier Boix Reig y Paz Lloria García², definen, en el Diccionario de Derecho Penal Económico, al crimen organizado como:

El crimen organizado no es sólo una simple asociación para delinquir, esto es, una concertación de personas con el propósito de cometer delitos. El crimen organizado es un fenómeno criminal que supone un plus respecto de la asociación criminal, por lo que el concepto del mismo requiere incluir otras características. Por lo tanto, la relación entre los conceptos de asociación y organización criminales es de género a especie.

Jaime Martínez Ventura, hace relación al derecho comparado y sostiene que una de las más importantes definiciones la adoptada por el Consejo Contra el Crimen Organizado de los Estados Unidos de América³, según la cual, es-

¹ Alfonso Zambrano, *Delincuencia organizada transnacional: doctrina penal constitucional y práctica penal* (Guayaquil: EDILEX, 2011).

² Javier Boix y Paz Lloria. *Diccionario de Derecho Penal Económico* (Madrid: Iustel, 2008).

³ Referencia tomada del artículo Armonización de la legislación contra el crimen organizado en Centroamérica. Jaime Edwin Martínez Ventura (Andrade Sánchez, 1997, p. 57 y 58). Este Consejo fue creado en 1989 por el Procurador General de los Estados Unidos de América, con el objetivo de verificar la asignación de las unidades especiales encargadas de enfrentar el crimen organizado dentro de la propia oficina del Procurador. Dicho Consejo estuvo presidido por el Subprocurador General y además lo integran el Procurador General Asistente, el Director del FBI, el Director del Servicio de los Marshalls, el Administrador de la DEA, el Comisionado del Servicio de Inmigración y Naturalización, el Director de la Oficina de Alcohol, Tabaco y Armas de Fuego, entre otros altos funcionarios.

tablece a la criminalidad organizada como:

se refiere a las asociaciones de individuos o grupos que tienen una disciplina, una estructura y un carácter permanentes, que se perpetúan por sí mismas y que se combinan conjuntamente para el propósito de obtener ganancias o beneficios materiales o comerciales, empleando de manera parcial o total medios ilegales y que protegen sus actividades mediante la aplicación sistemática de prácticas corruptas.

Con todos los argumentos planteados, es importante destacar que la definición más completa se encuentra en el artículo 2.a) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional – Convención de Palermo- que lo define como:

2.a) Por "grupo delictivo organizado" se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;⁴

Para el caso ecuatoriano, el Código Orgánico Integral Penal⁵, vigente desde el 10 de agosto del 2014, en el artículo 369, tipifica, por primera ocasión, como delito autónomo a la delincuencia organizada, estableciendo lo siguiente:

Delincuencia Organizada.- La persona que mediante acuerdo o concertación forme un grupo estructurado de dos o más personas que, de forma permanente o reiterada, financien de cualquier forma, ejerzan el mando o dirección o planifiquen las actividades de una organización delictiva, con el propósito de cometer uno o más delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de cinco años, que tenga como objetivo final la obtención de beneficios económicos u otros de orden material, será

sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Los demás colaboradores serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Así, se puede advertir que, en las legislaciones, ya sean regionales o internacionales, lo llaman indistintamente crimen, delincuencia o grupos organizados, que para todos los efectos, es una estructura compuesta por un grupo de personas que responden a jerarquías establecidas, en las que cumplen con roles y funciones determinados, cuyo principal objetivo es la obtención de beneficios materiales o económicos mediante la comisión de delitos.

En ese sentido, Julio Virgolini⁶, considera que hay añadir el origen "subcultural de los criminales organizados.", que en el fondo, dice el autor, no son diferentes al resto de criminales. Afirma que quienes integran estos grupos, provienen de las áreas marginales, con poca educación. Agrega además, que son generalmente pobres, condición que los hace más vulnerables a ser absorbidos por estos grupos criminales y finalmente, refiere que estos grupos responden a una organización tipo empresarial, en la que evidentemente existen personas preparadas que ejercen el mando y otros que son los ejecutores directos.

La amplia y clara visión del tratadista André Luis Callegari, se devela cuando al hablar del crimen o delincuencia organizada, describe lo siguiente:

...la delincuencia organizada dejó de ser tan solamente el arquetipo de las grandes y complejas organizaciones criminales, con capacidad para afectar solamente la estructura socio-económica e institucional de nuestras sociedades, para pasar a ser objeto de atención preferente de las manifestaciones asociativas ligadas a la delincuencia tradicional, como grupos de asaltantes o secuestradores, estructuras de tráfico ilícito de mediana importancia, redes de

⁴Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional: resolución adoptada por la Asamblea General, 8 de enero de 2001, A/RES/55/25, Art. 2.a

⁵Ecuador. Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial, Suplemento 180, 10 de febrero de 2014, art. 369.

⁶Julio Virgolini, *Crímenes excelentes. delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004), 191-193.

*pornografía infantil y las organizaciones terroristas*⁷.

Como se puede apreciar, la doctrina e incluso la jurisprudencia, han encontrado dificultades de emitir un concepto preciso sobre crimen organizado. Lo que sí ha sido un criterio coincidente – en el caso de Ecuador – son algunas de las características que rodean a este tipo penal. Entre las que se puede destacar, que se trata de un delito que puede ser cometido por personas naturales o jurídicas, dentro o fuera del territorio de un país y que además puede comprender varios tipos delictuales.

Es importante destacar que la criminalidad organizada es un fenómeno que afecta a una sociedad, por lo que al trascender fronteras lesiona además al sistema democrático de cada país, los cuales deben atender y atacar este problema mediante la implementación de ingentes recursos económicos, policiales, judiciales, entre otros. Esta forma de criminalidad, sobre la cual no se han obtenido resultados en cuanto a su erradicación, invade entre otros, los sistemas financieros, sociales, culturales, económicos y penales de los países, tornando muy difícil su investigación y sanción.

Estructura orgánica

En líneas anteriores, se ha reiterado que estas organizaciones delincuenciales se articulan a través de procesos jerarquizados, los cuales generan una estructura orgánica, entendiéndose como tal, un orden casi empresarial, estableciendo niveles directivos, con mandos medios y de ejecución; muchos con una clara división de funciones y tareas, lo que les permiten cumplir sus objetivos ilícitos. Es decir, algunos integrantes tienen la función de dirigir y otros tienen la función de ejecutar.

Así, en este tipo criminal es indispensable establecer líneas de mando, a fin de que existan reglas claras que permita establecer y delimitar la responsabilidad de cada uno de sus partícipes. Es necesario recordar que para su funcionamiento, en muchos casos, se constituyen empresas aparentemente investidas

de legalidad que permiten el desarrollo de las acciones ilícitas en varios ámbitos, pues como se analizó anteriormente, no se crean nuevos delitos sino que los tipos penales existentes se desarrollan en mayor grado cuando se los efectúa a través de la criminalidad grupal, que es interna o transnacionalizada. De este modo, tenemos casos como el tráfico de drogas, tráfico de seres humanos, órganos, armas, etc., los cuales ponen de relieve las ramificaciones tan profundas que tienen estos grupos.

Alfonso Reyes Echandía, considera que estas organizaciones tienen estructuras formales o informales. La primera, es aquella reconocida por sus miembros y la segunda es aquella que establece una relación con el poder que ejercen ciertos individuos de la organización. Se estima que inicialmente esta estructura nace de una pareja criminal que se fue agrupando con otras, uniéndose así *"experiencia y habilidades para ejecutar con mayor eficacia operaciones criminales"*⁸.

En la obra citada en líneas anteriores, se señala que, entre las características de estos grupos, se destaca la relativa especialización operacional, es decir, la organización surge de acuerdo con el tipo o tipos de delitos que cometen, así tenemos traficantes de drogas, tráfico de personas, secuestros, sobornos entre otras muchas conductas.

Otra de las particularidades de estos grupos es que los delitos que se cometen son aquellos ya tipificados, por lo que no se crea una nueva tipología penal. La diferencia radica en que el sujeto activo del delito no es una sola persona, sino que se forman grupos organizados dedicados a perpetrar infracciones, tal como lo mantienen algunos autores que consideran que la delincuencia organizada trata sobre una sociedad o asociación creada específicamente con la finalidad de realizar, de forma concertada y dirigida, acciones de tipo delictual para alcanzar poder económico, político o social.

Cuando se hace referencia a esta última parte, debemos evidenciar que esta acción criminal requiere imperativamente nexos con el poder, caso contrario, no podrían mantener-

⁷ André Callegari, "Crimen organizado: concepto y posibilidad de tipificación delante del contexto de la expansión del derecho penal", *Derecho Penal y Criminología* 31, n.º. 91 (2010): 15-39.

⁸ Alfonso Reyes, *Criminología* (Bogotá: Temis, 1999), 163.

se en el tiempo y en los espacios sociales que comparten. Es importante señalar, que sus ramificaciones son tan profundas que confluyen en un solo fin: la criminalidad, que abraza e invade el poder público, el cual llega a ser invadido por la mafia criminal, permitiendo la impunidad. Ante ello, corresponde al ente judicial, sobre todo en el ámbito penal, juzgar y sancionar estas prácticas y consecuentemente, evitar que los recursos obtenidos ilícitamente tengan la oportunidad de ingresar al sistema monetario del país a través del lavado de activos.

En este punto, y por cuanto en el Ecuador las investigaciones que involucran a grandes grupos criminales enrolados en contrataciones fraudulentas con el Estado aún se encuentran en etapa de desarrollo, es necesario remitirse a uno de los casos más emblemáticos que ha tenido la justicia penal ordinaria ecuatoriana, que si bien no tiene el carácter de transnacional tejió toda una red interna con la finalidad de sobornar a empresas nacionales y extranjeras, que pretendían obtener contratos con el Estado.

Este proceso, conocido como "Caso Sobornos 2012 - 2016"⁹, nace precisamente de la confluencia entre poder, dinero, corrupción y criminalidad organizada, apareciendo en la cúspide de la organización dos de las principales autoridades del país, específicamente, el expresidente y exvicepresidente de la República, quienes usaron sus cargos, su poder político y su posición de superioridad administrativa para crear una organización criminal, mediante la cual se obtuvieron réditos económicos de gran magnitud, aprovechando todo el aparato estatal y usando a funcionarios de varios niveles.

La Fiscalía General del Estado presentó varias pruebas tendientes a determinar la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los acusados. Es importante destacar el testimonio de la perita criminóloga, quien realizó la experticia de perfilación criminológica, en cuyas conclusiones afirmó que este delito se desarrolló en varios escenarios, entre ellos figura el Palacio de Carondelet, donde funciona la Presidencia de la República, el edificio La Unión, el edificio Concorde y el Colegio de Abogados del Guayas, lugares donde se hi-

cieron los sobornos y se recibieron beneficios económicos, a través de mandos medios que eran los encargados de contactar y pactar los montos que se recibirían como concepto de los ilícitos, direccionados a que las empresas privadas puedan obtener contratos por parte del Estado ecuatoriano y beneficiarse de esos recursos fraudulentos. Esto siempre bajo el control de los directores del grupo delictual.

Así, se estableció la existencia de una estructura criminal, integrada por funcionarios públicos y empresarios de alto rango, quienes fueron distribuidos por niveles de operación, es decir, esta organización era manejada por líderes, tenía coordinadores y mensajeros e incluso utilizaban ciertos códigos específicos, encubriendo así su accionar fraudulento. La organización delictiva, tenía cinco niveles, estableciendo la jerarquización de la misma, la cual, como se ha visto, es una de las características determinantes en este tipo de organizaciones. Se encontró que en el nivel 1, se ubicaron como líderes o mentores al expresidente y al exvicepresidente que ostentaban el máximo poder político y administrativo del Estado.

En el nivel 2, se encontraban los beneficiarios o destinatarios, ubicando a varios ministros de Estado, personal dirigente del movimiento político del cual el expresidente fue líder y director; otros miembros del partido de gobierno, quienes participaban como candidatos en contiendas electorales y varios funcionarios públicos de niveles directivos y asesores del gobierno. En el nivel 3, se encontraban los enlaces, quienes en este caso, fueron el exvicepresidente y varios ministros de Estado, encargados de efectuar los acercamientos puesto que tenían a su favor el poder político y el apoyo de quienes ostentaban el poder.

El nivel 4, era integrado por los mensajeros o las personas que entregaban el dinero por mandato de quienes se encontraban en el nivel de destinatarios. Por último, en el nivel 5 se encontraban quienes realizaban la sistematización y el reporte de todos los negocios efectuados y se encargaban de hacer los registros y el control de los ingresos y de los montos recibidos.

Finalmente, se señaló que las disposiciones

⁹ Ecuador, Fiscalía General del Estado. "Caso Sobornos 2012-2016". <http://www.fiscalia.gob.ec/caso-sobornos-2012-2016/>

directas para la estructura delictiva habrían salido, desde el lugar donde se ejercía la Presidencia y Vicepresidencia de la República, que de acuerdo con los análisis criminológicos era la oficina principal o zona de confort, pues fue ahí donde los partícipes sintieron seguridad y pudieron emitir las órdenes necesarias.¹⁰

La ejemplificación de este caso real nos lleva a concluir que otra de las características importantes es la división de roles. Cada interviniente tiene asignada una función, cada uno cumple con una tarea específica que garantiza la cadena delictiva y sobre todo su resultado. De esta manera, todos se benefician y obtienen ganancias, mismas que se reparten de acuerdo al nivel jerárquico en que se ubican sus integrantes.

Una de las más importantes características a examinar es su permanencia en el tiempo. Como se ha señalado en el caso de referencia, esta organización duró varios años y esto halla su lógica cuando analizamos los resultados que se buscan. Cabe anotar que si bien los miembros pueden cambiar la organización estructurada se mantiene a lo largo del tiempo. Aún más, el apresamiento y condena de sus miembros no implica el fin del grupo, pues como se ha visto en muchas ocasiones (en especial en América donde la criminalidad organizada se encuentra bien estructurada como en Colombia o México), en la línea jerárquica se centra su poder de continuidad. Es evidente además, que estos grupos criminales tienen establecida la línea de sucesión que deberá aplicarse en caso de que el jefe del grupo sea encarcelado o muera.

La característica que es innata e imprescindible, toda vez que sin ella no existiría el requisito *sine qua non* de la organización criminal, es el beneficio económico o de cualquier otra naturaleza (favores políticos, judiciales, entre otros); A diferencia de otros órganos criminales, éstos no tienen una finalidad ideológica. En este sentido, Eduardo Fabián Caparrós¹¹, señala que si bien los grupos terroristas se mueven en atención a sus creencias y su fin es estrictamente ideológico, esto no sucede con la criminalidad organizada, que centra exclusivamente todos sus esfuerzos en obtener dinero o réditos de

la naturaleza que fuere, que sirven para sostener el grupo, continuar el camino criminal e introducirse en los sistemas estatales y sus organismos.

Ahora bien, analizadas las principales características de los grupos criminales, es importante dentro de la estructura organizacional de éstos, destacar lo que James Finckenauer¹² dice sobre los elementos constitutivos de las organizaciones criminales, planteando una serie de preguntas que permiten separar los grupos criminales de la delincuencia ordinaria. Así, centra la atención en los siguientes ítems:

- **Complejidad.** ¿Qué grado de planificación exigen los crímenes, cuánto duran las actuaciones criminales, cuánta destreza y cuántos conocimientos son necesarios para llevar a cabo los delitos?
- **Estructura.** ¿Existe una división del trabajo, con unas líneas de autoridad con unos roles de liderazgo claramente definidos?
- **Estabilidad.** ¿Se mantiene la estructura criminal a lo largo del tiempo y a través de los diversos crímenes?
- **Autoidentificación.** ¿Piensan los miembros que pertenecen a una organización definida, se pone énfasis, por ejemplo, en las actividades que vinculan al grupo, como el uso de colores, de un determinado tipo de ropa, un lenguaje, unos tatuajes, unos ritos de iniciación?
- **Autoridad** derivada de la mala reputación. ¿Tiene la organización capacidad para obligar a otros, sean delincuentes o no, a hacer lo que ella quiera sin tener que recurrir a la violencia física, basta con la reputación para atemorizar e intimidar?

Los elementos propuestos tienen relación directa con las características que se ha analizado previamente, sin embargo, se agrega la identidad que vincula a sus miembros, ya que todos tienen el mismo fin, nadie se aparta de lo instruido y acordado. Esa lealtad grupal hace que pueda permanecer en el tiempo y deter-

¹⁰Ecuador, Fiscalía General del Estado. "Caso Sobornos 2012-2016". <http://www.fiscalia.gob.ec/caso-sobornos-2012-2016/>

¹¹Eduardo Fabián Caparrós. "Crimen Organizado, Corrupción y Terrorismo" (Cursos de Especialización en Derecho, Universidad de Salamanca, 2020).

¹² James Finckenauer, *Mafia y Crimen Organizado* (Barcelona: Ediciones Peninsula, 2010).

mina que su eliminación sea tan compleja desde el ámbito penal, el cual debe luchar contra el propio sistema y la corrupción que gira como un poder paralelo, para obtener decisiones judiciales sancionatorias para estos grupos y sus miembros a todo nivel.

Por otra parte, la criminalidad transnacional, se caracteriza por los siguientes requisitos¹³:

- Se comete en más de un Estado
- Se comete en un Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control tiene lugar en otro Estado.
- Se comete en un Estado pero en él interviene un grupo criminal organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado.
- Se comete en un Estado, pero produce efectos importantes en otro Estado.

La relación del crimen organizado con los Estados es compleja y depende de muchos factores, pero siempre se adapta al tipo de sociedad que en que se desarrolle. Sus impactos son muy fuertes porque con ellos, se introduce la corrupción que carcome a los Estados, en especial a los más frágiles que se encuentran afectados por conflictos de todo tipo, así como de situaciones económicas y de gobernabilidad.

Por otra parte, hay que destacar que existe un nexo entre la criminalidad organizada y la escalada de violencia. Según varios autores, es más enérgica cuando se está estableciendo en un lugar, o cuando trata de mantener su control sobre un mercado ilegal, incluso para repeler acciones estatales de control en su contra.

De lo analizado, se puede concluir que el crimen organizado, puede ser interno o transnacional. Ambos casos no difieren en cuanto a sus características, es decir, revelan una sólida estructura jerárquica, pluripersonal y diversa para cumplir su fin delictivo y obtener ganancias.

Participación y responsabilidad

Como se indicó anteriormente, la investigación penal de la criminalidad organizada requiere de elementos humanos especializados en la materia, los cuales deben realizar procesos investigativos muy complicados. La legislación penal ecuatoriana, en este nuevo contexto, ha realizado una armonización jurídica en relación con los compromisos adquiridos mediante instrumentos internacionales, como por ejemplo, sobre las categorías de la participación en orden a este nuevo fenómeno criminal mundial.

El Código Orgánico Integral Penal (COIP) establece que los partícipes de la infracción penal pueden ser autores o cómplices. Se descartó la figura del encubridor como partícipe del hecho criminal. Se determina que todas las circunstancias de agravación de la responsabilidad son personales y no arrastran a los demás autores o cómplices. Así también, las circunstancias de atenuación son consideraciones personales. En definitiva:

[...] es cierto que la pertenencia (voluntaria) a la organización puede justificar una elevada disposición al hecho por parte del miembro individual, pero el dominio del hecho se fundamenta sólo en el dominio sobre la organización – comprendido en términos colectivos – y sólo a través de éste se media sobre los miembros ejecutores del hecho.¹⁴

En este sentido, Roxin ha ampliado el dominio del hecho a cualquiera que "en un aparato organizado esté conectado a cualquier posición de tal manera que pueda impartir órdenes a personas subalternas"¹⁵.

Por otra parte, la Fiscalía General del Estado es la encargada de dirigir la investigación preprocesal y procesal penal, contando como órgano auxiliar con la Policía Judicial investigativa. Junto a esto, la Constitución permite que profesionales especializados o investigadores civiles colaboren en el análisis y tratamiento de temas específicos. Es importante acotar que, en vista de su complejidad, en las investigaciones de crimen organizado la fase de indagación previa, anterior al proceso penal, puede tener una duración de hasta dos años.

¹³ "Significado de Crimen Organizado", Significados, acceso el 3 de marzo de 2020, <https://www.significados.com/crimen-organizado/>.

¹⁴ Kai Ambos, "Sobre la "organización" en el dominio de la organización", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3 (2011):8 – 9.

¹⁵ Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (Madrid: Marcial Pons, 2015), 206.

Marco legal

Más allá de las normas establecidas en la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, dos son los instrumentos legales fundamentales que sostienen el trabajo de las unidades especiales contra el crimen organizado:

- La Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional denominada como Convención de Palermo, publicada en el Registro Oficial No. 197 del 24 de octubre del 2003, propone la cooperación para prevenir y combatir la delincuencia organizada transnacional. Esta Convención tiene cuatro áreas principales: penalización, cooperación internacional, cooperación técnica y su aplicación. Son parte de la Convención 147 Estados como signatarios. Se define al grupo delictivo organizado y tipifica algunas conductas a fin de facilitar a los países la adecuación de su normativa interna para prevenir, combatir y sancionar estas actividades ilícitas. Junto a esto la Convención incluye regulación sobre extradición, asistencia legal mutua, transferencia de los réditos de los delitos y cooperación en la imposición de la ley. Pese a que Ecuador tiene una ley propia sobre la extradición, este reconoce el principio de reciprocidad; así como ha suscrito convenios bilaterales y multilaterales sobre asistencia penal recíproca, somos parte de IBERED, entre otros organismos creados con el fin de combatir la criminalidad organizada.
- El Código Orgánico Integral Penal (COIP), vigente en Ecuador desde 2014, el cual, como se ha manifestado, en el artículo 369 tipifica como delito autónomo la delincuencia organizada, por lo que fue imperativo crear la unidad de fiscales especializados.
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que cuenta con 117 Estados Signatarios y 80 Estados Parte (entró en vigor en diciembre de 2003)
- Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que tiene 112 Estados Signatarios y 69 Estados Parte (entró en vigor en enero de 2004)
- Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que tiene 52 Estados signatarios y 35 Estados parte.

Los Convenios ratificados por el Ecuador, son:

- Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Convenio No.1 RO/197 DE 24 DE octubre de 2003.
- Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños.
- Protocolo con el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.
- Está en proceso de ratificación el protocolo sobre tráfico ilícito de armas ligeras y pequeñas.
- Otro importante instrumento internacional en la lucha contra la delincuencia organizada y una de las más indecorosas manifestaciones del delito, la corrupción, es la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que fue aprobada por la Asamblea General el 30 de octubre de 2003 y quedó abierta a la firma por primera vez en diciembre de 2003., Ha sido firmada por 118 Estados y ratificada por 18. Entrará en vigor después de que la ratifiquen 30 países.

Ante la gravedad y magnitud de este problema para la seguridad interna y externa de los países y del mundo, se han generado acuerdos a través de organismos internacionales como la Asamblea General de las Naciones Unidas, destacando tres protocolos¹⁶ complementarios sobre los siguientes temas:

En la ciudad de Buenos Aires, Argentina, en agosto del 2018, se reunieron las autoridades de cinco países latinoamericanos, con el fin de suscribir el Convenio de Cooperación Policial en materia de lucha contra el crimen trans-

¹⁶Protocolos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada por la Asamblea General mediante resolución 55/25 de 15 de noviembre del 2000

nacional organizado, acuerdo auspiciado por la Unión Europea. Este convenio fue ratificado por siete países latinoamericanos (incluido el Ecuador) agrupados en AMERIPOL, el 12 de marzo del 2019. A través de prácticas que permiten compartir y entregar información y trabajo colaborativo en las investigaciones conjuntas, este convenio lucha contra la criminalidad organizada de la región. Al respecto del acuerdo, el viceministro de Seguridad de Argentina, Eugenio Burzaco¹⁷, comentó lo siguiente:

El convenio constituye un paso fundamental en la lucha contra el crimen organizado en toda la región por tratarse del primer acuerdo de estas características en la región, integrando información operativa en las investigaciones conjuntas y contribuyendo para crear un mundo más seguro.

El hecho evidencia lo importante y necesaria que es la colaboración conjunta en los procesos de investigación de estos grupos criminales. Este y varios otros instrumentos internacionales sirven de sustento para que los organismos de investigación del Ecuador, Fiscalía y Policía Nacional, puedan asegurar resultados efectivos y lograr llevar a juicio a los intervinientes de los grupos criminales.

Participación de las personas naturales en el crimen organizado, según la legislación ecuatoriana

En el artículo 41 del capítulo tercero del Código Orgánico Integral Penal se establece lo siguiente¹⁸:

Art. 41.- Participación. - Las personas participen en la infracción como autores o cómplices. Las circunstancias o condiciones que limitan o agravan la responsabilidad penal de una autora, de un autor o cómplice no influyen en la situación jurídica de los demás partícipes en la infracción penal.

Los partícipes son todos aquellos individuos, que intervienen en un hecho delictivo; dividiendo esta participación entre autores directos, autores mediatos, coautores y cómplices. Es importante resaltar, que nuestra legislación penal adopta los criterios actuales de la teoría del dominio del hecho y más aun, tratándose de la criminalidad organizada en la que se comprueba claramente que se cumplen con algunos requisitos como el acuerdo en común, la ejecución en común y la inmediata imputación recíproca que configuran la participación de una pluralidad de individuos.

Con estos antecedentes que permiten aclarar las líneas dogmáticas que sigue el Derecho Penal ecuatoriano, analizaremos las modalidades de participación que existen en el COIP, en cuyo artículo 42, al referirse a los autores, expresa que responden como tales los autores directos, mediatos y coautores, que son las modalidades, que están vigentes actualmente:

Autoría directa

En primer lugar, se distingue entre autor, aquel que con su acción realiza los elementos objetivos y subjetivos de la infracción y partícipe, quien sin tomar parte directa en la ejecución del hecho como autor, ayuda o coopera con este en su ejecución. Dentro del primer grupo, como los autores pueden ser varios, se distingue entre coautores, que son quienes conjuntamente realizan los elementos objetivos y subjetivos de la infracción; autor inmediato, quien toma parte directa en la ejecución del hecho y autor mediato (llamado también inductor), categoría creada por la dogmática alemana, integrada por quien, sin tomar parte en la ejecución del hecho, determina a realizarlo a otra persona, generalmente inimputable, sirviéndose de ella como instrumento.

Es necesario remitirse al sentido gramatical del término autor, que de acuerdo a su acepción es la persona que es causa de alguna cosa, en lo criminal hace referencia a la persona que comete el delito, fuerza o induce a otras a ejecutarlo, o coopera a la ejecución por un acto sin el cual no se hubiera ejecutado. Es decir, el autor

¹⁷EFE, "Países latinoamericanos ratifican el convenio cooperativo de lucha contra crimen transnacional en Ecuador", El Comercio, 12 de marzo de 2019, <https://www.elcomercio.com/actualidad/paises-latinoamericanos-ratifican-convenio-cooperativo.html>.

¹⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial, Suplemento 180, 10 de febrero de 2014, art. 41.

es el que hace algo, ejecuta una acción. Este criterio, es adoptado por varios autores, destacándose Santiago Mir Puig¹⁹ quien señala que "el autor es un sujeto que se encuentra en una relación especialmente importante respecto de alguno de los hechos previstos como delitos en la parte especial o que constituyen fases de imperfecta ejecución de estos".

El Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, en el artículo 42, mira a la autoría bajo dos aspectos:

- Quienes cometan la infracción de una manera directa e inmediata.
- Quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo.

La autoría directa, como se puede advertir, se traduce en la autoría material, es decir, la que corresponde a aquellos que realizan o ejecutan la conducta delictiva descrita en el tipo penal. En materia de criminalidad organizada, existen autores materiales quienes ejecutan las acciones ilícitas que han sido previstas, planificadas, organizadas y dispuestas por las cúpulas que direccionan su accionar, por lo que la participación de una pluralidad de autores o ejecutores es fácilmente deducible. Es preciso recordar, que una de las características de estos grupos es la captación de gente a su red, que por su condición de pobreza y marginalidad generalmente son los ejecutores del delito y responden penalmente como autores de los hechos, conforme lo plantea el primer caso. Además, se destaca la característica principal de los autores materiales que es la fungibilidad del autor inmediato, porque pueden ser cambiados en cualquier momento y por cualquier otro individuo que ejecute lo ordenado.

En cuanto al segundo punto, este remite al tema de la omisión, en cuyo caso, no se adecua a la autoría directa. Sin embargo, podría adaptarse a la categoría de participación a quienes conociendo las actividades ilegales de un grupo criminal, no impiden la ejecución de delitos. Este literal nos traslada al contenido del artículo 28 del Código Orgánico Integral Penal, que habla de la omisión dolosa y al respecto esta-

blece lo siguiente:

[...] describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante. Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico²⁰

Este artículo ha originado discusiones doctrinarias, puesto que se introduce como lo refiere el Dr. Ernesto Albán Gómez,²¹ el concepto de garante, lo que origina que sólo quien se halle en esa posición, podrá responder como autor. Mencionado autor señala además, que es necesario determinar quién tiene esa posición de garante, para lo cual sostiene que "una persona se encuentra en tal posición, ya sea porque está en una función de protección de un bien jurídico contra toda clase de ataques; o en función de vigilancia de una determinada fuente de peligro contra cualquier bien jurídico", sin señalar en qué casos se cumplen estos requisitos, como si lo hacen otras legislaciones como la colombiana, la cual establece las situaciones en que las posiciones de garantista es penada.

Autoría mediata

Esta es una figura que se introduce al COIP, aunque es importante señalar que siempre existió en la legislación ecuatoriana. Sin embargo, era parte constitutiva de la definición general de autoría que tenía la normativa anterior. Los hoy denominados autores mediatos son lo que anteriormente se los conocía como autores intelectuales.

La legislación penal ecuatoriana, refiere que la autoría mediata, se circunscribe a cuatro acciones, que las describe de la siguiente manera:

- Quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión.

¹⁹Santiago Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General* (Barcelona: Reppertor, 2004), 365.

²⁰ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial, Suplemento 180, 10 de febrero de 2014, art. 28.

²¹ Ernesto Albán, *Manual de derecho penal ecuatoriano: Parte general* (Quito: Ediciones Legales, 2015), 200.

- Quienes ordenen la comisión de la infracción valiéndose de otra u otras personas, imputables o no, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto.
- Quienes, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obliguen a un tercero a cometer la infracción, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin.
- Quienes ejerzan un poder de mando en la organización delictiva.

El autor mediato debe reunir todas las características objetivas y subjetivas de la autoría en general. Según algunos autores, el autor mediato es: *"el que dominando el hecho y poseyendo las demás características especiales de la autoría, se sirve de otra persona (instrumento) para la ejecución de la acción típica"*²².

Son dos los requisitos que se exige para cumplir la autoría mediata:

- Que el sujeto haya decidido o determinado la realización del delito. Tiene el dominio de la voluntad. En el caso del crimen organizado, correspondería a los niveles de dirección, financiamiento y planificación del delito.
- Que no lo haya ejecutado por sí mismo. No tiene el dominio del acto, debe ser realizado por otra persona, para garantizar la autoría intelectual. Los que ejercen el mando del grupo criminal no participan en su ejecución, para ello tienen a niveles inferiores.

Cuando se trata de los delitos efectuados por miembros de la organización criminal, el penalista alemán Roxin²³, considera que el autor mediato en este caso, es quien está *"en la cúspide de la organización, quien tiene, el "dominio de la organización, pero que, sin embargo, no realiza actos ejecutivos -no roba, no lesiona, no mata"*, pero sin su presencia no sería viable el hecho, porque es el único que tiene y domina el aparato organizado de poder.

Conviene revisar brevemente el contenido de las cuatro formas de autoría mediata que contempla el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano:

Sobre el primer caso, el cual se relaciona con el instigador, es decir aquella persona que no ejerce imposición violenta sobre otro individuo, sino que lo obliga a realizar un acto y hace uso de motivaciones intelectuales, morales, sociales entre otras, influyendo de forma tal en el ánimo de otra persona que *"hace nacer en él la resolución de ejecutar una infracción que la considera propia, provechosa o útil para él"*²⁴, reconociéndose que si el inductor no hubiese convencido a la persona, el delito no se hubiese cometido.

Dos son las particularidades de este literal, pues las instigaciones fracasadas o que no llegan a ejecutarse no son penadas, por lo tanto, la instigación o consejo debe ser determinante para la ejecución del hecho. Además, la instigación debe ser pública, caso contrario no sería posible su punición. Esta figura es muy frecuente en el caso de los grupos criminales, el instigador es el que convence a los ejecutores de producir el resultado.

En el segundo literal se habla de quienes ordenan el hecho infraccional, valiéndose de otras personas que reciben a cambio beneficios fraudulentos. Se debe tomar en cuenta también lo que sucede cuando se usa a una persona inimputable o menor de edad, en cuyo caso deberá responder el autor mediato.

En el tercer literal se refiere a la violencia física, o cualquier otro medio coercitivo que se ejerce sobre una persona para obligarla a cometer un delito, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada para lograr este objetivo. Esto tiene una relación muy estrecha con lo analizado en el segundo literal en el que también el autor mediato tendrá que responder. En el asunto del compelido a cometer el delito, la legislación penal no aclara este punto. Finalmente, la cuarta condición, califica como autor mediato a quienes ejerzan un poder de mando en la organización delictiva. Está ligado al crimen organizado, en el que existe una

²² Enrique Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal. Parte General* (Bogotá: Temis, 1996), 168.

²³ Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (Madrid: Marcial Pons, 2015), 396.

²⁴ Ernesto Albán, *Manual de derecho penal ecuatoriano: Parte general*, 252.

estructura jerarquizada. La consideración para que se haya incluido esta categoría de participación responde a la necesidad de la lucha contra estos grupos delictivos y a armonizar la legislación con el resto de países.

El rasgo fundamental de la autoría mediata reside en que el autor no realiza personalmente la acción ejecutiva, sino mediante otro (instrumento) y lo que caracteriza el dominio del hecho es la subordinación de la voluntad del instrumento a la del autor mediato.²⁵

Coautores

Coautores El coautor es un autor, así lo manifiestan la gran mayoría de doctrinarios. El Código Orgánico Integral Penal, establece que son coautores *"quienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción."*²⁶

Ernesto Albán Gómez²⁷ indica que, aunque la ley los llama coautores, en realidad son partícipes, porque *"no han realizado la acción típica, ni tampoco han determinado su ejecución, ni la han instigado, sino que han colaborado de muy diversa manera en el delito de otro"*.

Ahora bien, estos actos son principales, es decir, su intervención permite la realización del delito. Sin esta cooperación no sería posible su ejecución, por eso se halla diferencias respecto de la argumentación del referido autor, toda vez que el partícipe directo, es un autor que actúa a través de la división de roles, puesto que existe un concierto previo, una mancomunidad de voluntades que se confabulan con un único fin. El delito es uno en su objetividad aunque puede ser plural en la ejecución. Otros autores son claros cuando exponen que el coautor es *"aquél que lo realice conjuntamente con el autor o se valga de otro u otros con el mismo fin"*²⁸.

En el caso de los delitos de delincuencia organizada, es evidente que existe esta división del trabajo, así como también que cada inter-

viniente tiene conocimiento del delito y la voluntad de participar en su ejecución, ya que al dividir el trabajo que cada uno desarrollará en la trama delictual, conocen perfectamente cuál será su función específica. Esta participación es preparada con antelación, no es algo imprevisto, todo lo contrario, responde a un proceso planificado y organizado. Por estas consideraciones, se hace énfasis en el criterio sobre los coautores, es decir, que son básicamente autores directos porque comparten los elementos objetivos y subjetivos sustanciales de la autoría. Ornar Breglia Arias, comparte este criterio, cuando establece lo siguiente:

*Se considera coautores, no sólo a quienes realizan conjuntamente la acción principal o típica consumativa, sino a quienes toman parte en su ejecución, cumpliendo actos que integran la objetividad y la subjetividad del suceso delictuoso, con su presencia activa y concomitante y queriendo el hecho, como obra propia*²⁹.

Bacigalupo sostiene que *"la coautoría, en el sentido de co-ejecución de la acción típica sólo es posible en los delitos dolosos de comisión"*³⁰ y agrega que no puede haber coautoría culposa, porque el delito culposo se caracteriza, como la omisión, por la violación de un deber, en el caso de la culpa se trata de un deber de cuidado, y esto no es susceptible de partición ni de división.

Entre los elementos que se destacan en la coautoría, según varios autores están:

- El codominio del hecho: expresado en el acuerdo de voluntades, en el sentido de que cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho a través de una parte que le corresponde en la división del trabajo, que es una consecuencia de la decisión conjunta del grupo criminal, en el que de acuerdo a su nivel aportan a la comisión del delito; recordando que su estructura jerárquica subordina unos con respecto de otros.

²⁵ Enrique Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 170 - 174.

²⁶ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 42

²⁷ Ernesto Albán, *Manual de derecho penal ecuatoriano: Parte general*, 249.

²⁸ Burgos, Álvaro y Natan Wager. "La Autoría y participación. La coautoría, una de sus formas". *Ivstitia*, n.º 98 (1995): 11 - 23.

²⁹ Omar Breglia y Omar Gauna, *Código penal y leyes complementarias: comentado, anotado y concordado* (Buenos Aires: Astrea, 1987), 165.

³⁰ Enrique Bacigalupo, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 173-175.

- El aporte del coautor tiene que ser desde el momento de la ejecución y será de tal naturaleza que sin ella no hubiera sido posible el cometimiento del delito. El Código Orgánico Integral Penal, establece esta participación desde el momento de la ejecución hasta que se consume el hecho.

Estos criterios marcan los límites sobre los cuales el órgano de jurisdicción penal, deberá analizar la coautoría que, como se ha evidenciado, se deduce tanto del aporte del coautor como del dominio que este tenga sobre el hecho.

Complicidad

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 43 del COIP, son:

[...] cómplices las personas que, en forma dolosa, faciliten o cooperen con actos secundarios, anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que aun sin esos actos, la infracción se habría cometido. No cabe complicidad en las infracciones culposas. Si de las circunstancias de la infracción resulta que la persona acusada de complicidad coopera en un acto menos grave que el cometido por la autora o el autor, la pena se aplicará solamente en razón del acto que pretendió ejecutar. El cómplice será sancionado con una pena equivalente de un tercio a la mitad de aquella prevista para la o el autor.³¹

La definición de complicidad no ha variado en las últimas décadas. Sigue considerándose al cómplice como ese cooperador anterior o simultáneo al hecho punible, cuyos actos pueden o no ser necesarios para la perpetración de un acto delictivo. Sin embargo, es un requisito *sine qua non* que exista un autor que haya consumado el delito para que pueda existir el cómplice.

Entre sus elementos esenciales destacan:

- Se requiere su cooperación o facilitación con actos secundarios, conforme lo determina la norma transcrita, pero estos actos

no son determinantes para la ejecución y consumación del ilícito.

- Sus actos deben ser anteriores o simultáneos y podrían ser acciones u omisiones que coadyuven al cometimiento delictivo.
- El dolo, que es un elemento subjetivo que debe estar presente también en la complicidad, ya que estos actos se realizan con conciencia y voluntad.
- En la complicidad no existe el dominio funcional del hecho, que corresponde únicamente a los autores y coautores.

Alfredo Reyes Echandia³², al hablar de la complicidad, señala que es muy frecuente la confusión judicial cuando se califica al coautor y al cómplice y considera que hay razones fundamentales que separan a estos grados de participación, destacando los siguientes:

- Por muy importante que sea la cooperación del cómplice, este no comete el delito. Esa es una actuación privativa del autor o coautores;
- La complicidad siempre es secundaria y accidental, es decir, puede o no aparecer en el delito, está sujeta a la decisión del autor;
- Las penas entre el cómplice y el autor son diferentes porque el grado de participación así lo amerita., No sería justo que el cómplice reciba la misma pena. El Código Ecuatoriano, lo ha previsto y la pena que se impone va del tercio a la mitad de la prevista para el autor.
- Finalmente, no hay complicidad cuando no se favorece de ninguna manera al hecho criminal.

El profesor ecuatoriano, Ramiro García Falconí³³, al comentar el Código Orgánico Integral Penal, estima que la complicidad no presenta una cooperación necesaria, sino que es una contribución que debe ser eficaz., Además, debe cumplir ciertos elementos objetivos que pueden ser de ayuda material, intelectual o técnica..

³¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 43.

³² Alfonso Reyes, *Derecho penal. Parte general* (Bogotá: Temis, 2002), 136

³³ Ramiro García, *Código Orgánico Integral Penal Comentado* (Lima: ARA Editores, 2014).

Persona jurídica: responsabilidad penal

El artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal vigente en el Ecuador, ha incorporado como una figura novedosa, la responsabilidad de las personas jurídicas, señalando textualmente lo siguiente:

En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas. La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito. No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica.³⁴

Por otra parte, el artículo 50 de la norma integral penal referida, expone el tema de la concurrencia de la responsabilidad penal, al establecer que:

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no se extingue ni modifica si hay concurrencia de responsabilidades con personas naturales en la realización de los hechos, así como de circunstancias

que afecten o agraven la responsabilidad o porque dichas personas han fallecido o eludido la acción de la justicia; porque se extinga la responsabilidad penal de las personas naturales, o se dicte sobreseimiento. Tampoco se extingue la responsabilidad de las personas jurídicas cuando estas se han fusionado, transformado, escindido, disuelto, liquidado o aplicado cualquier otra modalidad de modificación prevista en la Ley.

García Falconí³⁵, advierte que cuando la comisión de los delitos se realiza a través de sus representantes legales por parte de la persona jurídica, esta deberá responder penalmente. Exceptuándose el caso en que esta sea la perjudicada por el accionar de sus directivos, tema que sólo podrá resolverse al momento de la investigación y el acopio de prueba que así lo establezca, siendo indispensable demostrar que si no se produjo un beneficio producto del delito para la persona jurídica, no existirá responsabilidad penal.

En cuanto a este tema es preciso remitir al Código Civil vigente en la República del Ecuador, que en el artículo 564, dice textualmente:

Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones, y fundaciones de beneficencia pública. Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter.

Como se aprecia, la norma civil establece que la persona jurídica es una ficción, pero aclara que es capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, por lo que también puede ser sujeto activo de la comisión de delitos, tanto más que, como se había explicado, estas sirven como medio para el cometimiento de actos típicos. Lo anterior ha sido demostrado en innumerables ocasiones en que, como fachada de la criminalidad organizada, se han creado empresas que aparentan legalidad en su accionar, pero que son utilizadas para el

³⁴ Ecuador, Código Orgánico Integral Penal., art. 49.

³⁵ García, Ramiro. Código Orgánico Integral Penal Comentado.

ejercicio criminal. Por esa razón, se considera que la sanción debe ir más allá de los autores materiales o mediatos, debe extenderse a toda la organización y sus empresas. En este sentido, Tiedemann³⁶ dice que la mayoría de delitos de los negocios o económicos se cometen a través o con la colaboración de una empresa y sobre todo, cuando de por medio está el crimen organizado que se sirve de la mayor parte de *“instituciones de la vida económica: establecimientos financieros, sociedades de exportación o de importación, etc.”*

Reyes Echandía³⁷, indica que el tratamiento punitivo que se atribuye a las personas jurídicas corresponde a *“un derecho penal administrativo con responsabilidad objetiva en cuanto las personas jurídicas como tales no pueden actuar con culpabilidad, y con sanciones que sean compatibles con su especial naturaleza”*, aclarando que la responsabilidad penal de las personas naturales involucradas en ellas, responden penalmente por su participación.

Es posible suponer que entre las personas jurídicas nacionales y extranjeras se produzcan, en el giro de sus negocios, ilícitos típicos del crimen organizado y también casos específicos de corrupción, sobre todo, con el ánimo doloso de perjudicar al Estado, sea que ingresen dineros ilícitos o capitales con los que se busque alterar la paz nacional o internacional, o como es usual, se destinen los dineros para el negocio de drogas o para el blanqueo o lavado de divisas.

En el caso del Ecuador, la legislación penal, establece como sanciones aplicables a las personas jurídicas en el artículo 71³⁸, las siguientes:

1. Multa.
2. Comiso penal. Los actos y contratos existentes, relativos a los bienes objeto de comiso penal cesan de pleno derecho, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe, que se reconocen, liquidan y pagan a la brevedad posible, quienes deberán hacer valer sus derechos ante la o el mismo juzgador de la causa penal. Los bienes declarados de origen ilícito no son susceptibles de protección de ningún régimen patrimonial.

3. Clausura temporal o definitiva de sus locales o establecimientos, en el lugar en el que se ha cometido la infracción penal, según la gravedad de la infracción o del daño ocasionado.
4. Realizar actividades en beneficio de la comunidad sujetas a seguimiento y evaluación judicial.
5. Remediación integral de los daños ambientales causados.
6. Disolución de la persona jurídica, ordenado por la o el juzgador, en el país en el caso de personas jurídicas extranjeras y liquidación de su patrimonio mediante el procedimiento legalmente previsto, a cargo del respectivo ente público de control. En este caso, no habrá lugar a ninguna modalidad de recontratación o de reactivación de la persona jurídica.
7. Prohibición de contratar con el Estado temporal o definitivamente, según la gravedad de la infracción.

En cuanto a la multa, el COIP no determina el monto que deberá fijarse, pero en todo caso, se deja claro que infracciones en las que no existan penas privativas de libertad se aplicará la multa prevista en cada tipo penal, lo que impide la arbitrariedad judicial.

El comiso, como la doctrina lo califica, es una incautación definitiva de los bienes muebles o inmuebles, vehículos, valores, instrumentos, acciones, participaciones entre otros elementos que se pusieron al servicio del delito. En este sentido, la legislación ecuatoriana no garantiza el derecho de propiedad cuando tienen origen ilícito. Esta sanción es muy importante cuando hablamos de los grupos criminales, porque se ataca al patrimonio que estos poseen y que son producto del delito, por tanto, este es un medio muy importante para desarticular y debilitar las bases fundamentales de estas organizaciones. Así, las penas previstas para la persona jurídica como se puede observar, son penas que van desde multas hasta la disolución de la persona jurídica.

36 Klaus Tiedemann, *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad* (Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007).

37 Alfonso Reyes, *Derecho Penal*.

38 Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 71.

Conclusiones

Este es un tema nuevo en el Ecuador, que si bien en la actualidad ha tomado relevancia, hasta hoy no se hace presente como una reforma penal, en el sentido de eximir o atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Hay algunos intentos más bien de tipo administrativo (resoluciones de las Superintendencia de Compañías y Bancos del Ecuador) que han intentado regular el *compliance* o cumplimiento corporativo. Según varios autores, el *compliance* es el conjunto de prácticas empresariales que se implementan para promover el cumplimiento de normas nacionales e internacionales en materia anti-corrupción, propendiendo al desarrollo de una cultura de responsabilidad corporativa.

Evidentemente en el Ecuador, como en otros países de la región y del mundo, existen un número creciente de empresas que tratan de incorporar este tipo de herramientas, que acreditan transparencia y cumplimiento de las leyes y reglamentos, pero sobre todo las protegen de las prácticas corruptas o de grupos delincuenciales que se aprovechan cada vez más de estas para poder introducirse y desde allí cometer delitos que, como se ha señalado, generan la sanción de estas instituciones jurídicas.

Lastimosamente, en esta última década, en el Ecuador se han presentado una serie de casos que han involucrado a grandes empresas que han cometido delitos de corrupción como concusión y cohecho, que han involucrado a personas jurídicas nacionales y extranjeras que, como se ha examinado en líneas anteriores, han ameritado el inicio de sendos procesos penales, cuyas decisiones jurisdiccionales están en trámite.

El *compliance* desarrolla una serie de programas, normativas internas y políticas anticorrupción dentro de las empresas, así como también establece mecanismos para detectar prácticas ilegales y fraudulentas, como el crimen organizado, así como la corrupción en los negocios a nivel nacional e internacional. Mismas que están bajo el control de las Superintendencias que se ha mencionado. Sin embargo, esta vigilancia debe ser muy técnica y profesional a fin de no caer en otro tipo de delitos al pretender ocultar el accionar empresarial.

Finalmente, el *compliance* fue recientemente incorporado en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, bajo la figura de responsabilidad penal de las personas jurídicas, abandonando así, el aforismo de *societas delinquere non potest*.

Referencias bibliográficas

- Abarca, Luis. *Sociología criminal de la corrupción: estudio jurídico penal de los delitos de corrupción*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2007.
- Albán, Ernesto. *Manual de derecho penal ecuatoriano: Parte general*. Quito: Ediciones Legales, 2015.
- Ambos, Kai. "Sobre la "organización" en el dominio de la organización". *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n°. 3 (2011).
- Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional: resolución adoptada por la Asamblea General, 8 de enero de 2001, A/RES/55/25.
- Bacigalupo, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá: Temis, 1996.
- Blum, Jorge. *Modalidades delictivas*. Guayaquil: ONI, 2010.
- Boix , Javier y Paz Lloria. *Diccionario de Derecho Penal Económico*. Madrid: Iustel, 2008.
- Breglia, Ornar y Omar Gauna. Código penal y leyes complementarias: comentado, anotado y concordado. Buenos Aires: Astrea, 1987.
- Burgos, Álvaro y Natan Wager. "La Autoría y participación. La coautoría, una de sus formas". *Iustitia*, n°. 98 (1995): 11 - 23.
- Callegari, André. "Crimen organizado: concepto y posibilidad de tipificación delante del contexto de la expansión del derecho penal". *Derecho Penal y Criminología* 31, n°. 91 (2010).
- Donna, Edgardo. *La autoría y la participación criminal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002.
- Ecuador. *Código Civil*. Registro Oficial, Suplemento 46, 24 de junio de 2005.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial, Suplemento 180, 10 de febrero de 2014.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. Corte Nacional de Justicia. "Tribunal Penal de la CNJ dictó sentencia en el caso Sobornos 2012 - 2016". <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/index.php/noticias-2020/264-tribunal-pernal-de-la-cnj-dicto-sentencia-en-el-caso-sobornos-2012-2016>
- Ecuador. Fiscalía General del Estado. "Caso Sobornos 2012-2016". <http://www.fiscalia.gob.ec/caso-sobornos-2012-2016/>
- Ecuador. Fiscalía General del Estado. "Caso Sobornos 2012-2016: Fis-

calía pide pena máxima para procesados por delito de cohecho". Boletín de Prensa FGE N° 216-DC-2020, <https://www.fiscalia.gob.ec/caso-sobornos-2012-2016-fiscalia-pide-pena-maxima-para-procesados-por-delito-de-cohecho/>

EFE. "Países latinoamericanos ratifican el convenio cooperativo de lucha contra crimen transnacional en Ecuador". El Comercio, 12 de marzo de 2019.

EFE. "Fiscalía crea unidad de delincuencia organizada transnacional". Vistazo, 6 de junio de 2018.

Finckenauer, James. *Mafia y Crimen Organizado*. Barcelona: Ediciones Península, 2010.

García, Ramiro. *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Lima: ARA Editores, 2014.

Maldonado, Carla. " Los estudiantes de Derecho tienen material de estudio en el caso Sobornos". *El Telégrafo*, 24 de marzo de 2020.

Mezger, Edmund. *Derecho Penal*. Buenos Aires: Valletta, 2004.

Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Reppertor, 2004. Pérez, Héctor. *Lavado de dinero: doctrina y práctica sobre la prevención e investigación de operaciones sospechosas*. Buenos Aires: LexisNexis, 2006.

Reyes, Alfonso. *Derecho penal. Parte general*. Bogotá: Temis, 2002.

Reyes, Alfonso. *Criminología*. Bogotá: Temis, 1999.

Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

Tiedemann, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007.

Virgolini, Julio. *Crímenes excelentes. delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán. Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

Zambrano, Alfonso. *Delincuencia organizada transnacional: doctrina penal constitucional y práctica penal*. Guayaquil: EDILEX, 2011.

Exposición de los modelos más relevantes
en derecho comparado para la tipificación
e interpretación del delito de

delito de

entre particulares: identificación del
modelo más virtuoso.



Exposición de los modelos más relevantes en derecho comparado para la tipificación e interpretación del delito de cohecho entre particulares: identificación del modelo más virtuoso.

Francisco Galaz García

Abogado y Magister en Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Diego Portales, Chile. Profesor Auxiliar de la misma casa de estudios y abogado litigante en causas de alta complejidad.



Breve introducción al delito de cohecho entre particulares

Es un fenómeno usual que, tanto en la prensa como en los círculos profesionales más especializados, prime una idea de corrupción que hunde sus raíces en la sociología y otras ciencias sociales de naturaleza diversa a la ciencia jurídica, conforme a las cuales *“la corrupción representa, en efecto, una relación socialmente patológica entre dos fuentes de poder: el poder económico y el poder político”*¹.

Dicho concepto ha sido siempre útil para exponer los diversos casos que han alertado e indignado a la ciudadanía por involucrar a funcionarios públicos y a personas naturales y jurídicas de carácter privado que ostentan posiciones de alta connotación social.

Sin embargo, este concepto adolece de una vaguedad impresionante, al punto que su uso permite hacer referencia a un conjunto de delitos –incluso comportamientos antijurídicos atípicos– de muy variada naturaleza, tales como, el cohecho de un funcionario público o privado, delitos de funcionarios en general, delitos tributarios, económicos, contra el patrimonio y contra la propiedad, electorales, entre otros tantos.

De todos estos, el de presente interés es, únicamente, el delito de cohecho entre particulares. Por ello, ante la excesiva amplitud de la palabra corrupción, se prescindirá en adelante de su uso y, en su lugar, se utilizarán las voces cohecho o soborno entre privados, conceptos que darán cuenta de la conducta objeto de estudio.

Por tal conducta, se entiende, en términos muy preliminares y genéricos, aquel acto ejecutado por un particular, consistente en otorgar un beneficio improcedente a otro particular a cambio de una conducta determinada, contrariando así ciertas expectativas de lealtad propias del rol que se desempeña.

Para tener una mejor comprensión del comportamiento descrito en el párrafo precedente y aprovechando la reciente popularidad de la serie “El Presidente” de la plataforma de *streaming* “Amazon”, se hará uso del denominado Caso Conmebol para ejemplificarlo y clarificar de qué se trata, en concreto, la conducta perseguida.

En breves términos y sin entrar en detalles, según un informe presentado por la Fiscalía de Nueva York², altos dirigentes de las asociaciones de fútbol latinoamericano habrían recibido sobornos por parte de la empresa televisiva Datisa como contrapartida a la adjudicación de los derechos de transmisión de las Copas América de los años 2015, 2016, 2019 y 2023. El soborno habría consistido, en concreto, en la entrega de U\$3 millones para el entonces presidente de la Conmebol y la misma cantidad, para los presidentes de las asociaciones de fútbol brasileño y argentino. Por otro lado, se les habría entregado la suma de U\$1.5 millones a los restantes 7 dirigentes de fútbol latinoamericano.

Ante tales hechos, se inició una investigación en contra de los involucrados, por parte del FBI a cargo de la fiscal Loretta Lynch, que culminó en la acusación por parte de la Fiscalía de Nueva York por los siguientes cargos establecidos en el Título 18 del Código de Estados Unidos: fraude

electrónico conforme a la Sección 1343, lavado de dinero con base en la Sección 1956, obstrucción a la justicia en virtud de la Sección 1512. Finalmente, tal como se verá más adelante, el delito de soborno establecido en la Sección 180.03 del Código Penal de Nueva York. Como es de conocimiento público, esta causa sigue actualmente en curso en sus diversas y complejas aristas, con varios personeros arrestados, otros entregados voluntariamente a las autoridades y con libertad bajo fianza a la espera de su enjuiciamiento.

Como se adelantó, este caso se menciona porque cumple aquí una doble función. Por una parte, nos permite apreciar en la práctica el concepto de soborno entre privados, esbozado anteriormente, que si bien no es del todo preciso, captura la esencia de la conducta en análisis. Por otro lado, evidencia la necesidad de tipificación del cohecho entre particulares en los países en los que todavía no existe, pues si la Fiscalía de Nueva York no hubiese iniciado acciones penales en contra de los dirigentes de la Conmebol, la conducta de los involucrados, al menos en cuanto a las jurisdicciones de sus países de origen se refiere, habría quedado impune. Tal es, por ejemplo, el caso de Sergio Jadue, en ese entonces dirigente de la Asociación Nacional de Fútbol Profesional chileno, pues en Chile, al momento de la comisión del delito, no existía todavía un tipo penal como el de cohecho entre particulares³.

¹ Luis Rodríguez Collao, "Delimitación del concepto penal de corrupción", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 25 (2004): 342.

² *United States v. Jadue*, 15-CR-570 (PKC) (E.D.N.Y. Jul. 5, 2018).

³ En Chile, el cohecho entre privados solo entró en vigencia el 20 de noviembre de 2018, tras la publicación de la ley 21.121 que tipificó este delito en los nuevos artículos 287 bis y 287 ter del Código Penal chileno, a los que, debido al limitado objetivo del presente trabajo, no nos referiremos directamente.

Normativa internacional contra el cohecho entre particulares

Ahora bien, la necesidad de tipificar una conducta como la antes descrita no es nueva. Se halla plasmada en diversas iniciativas internacionales que son parte de la cruzada global contra la corrupción⁴, las que contienen una clara y expresa información acerca de las directrices para la tipificación del soborno en el sector privado y que, por lo tanto, sirven como una innegable y legítima base teórica doctrinaria que ha de tenerse en cuenta a la hora de arribar a la tipificación de este delito. Esto, sobre todo, en aras de orientar a los legisladores a encontrar el modelo idóneo en el cual basarse para la redacción del precepto, así como para interpretarlos en los casos en que el delito ya haya sido creado. Estas iniciativas son detalladas brevemente a continuación:

La Convención contra la corrupción de la Organización de Naciones Unidas (ONU) del año 2004, en la que se pone de relieve la importancia del combate contra la corrupción al establecer, en su preámbulo, que su objeto radica en propender a la estabilidad y seguridad de las sociedades, pues se trata de un fenómeno que socava las instituciones, los valores de la democracia, los valores éticos, la justicia, el desarrollo sustentable y el Estado de derecho.

El Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa, suscrito en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 que, en su preámbulo, pone de relieve la necesidad de llevar a cabo con carácter prioritario una política penal destinada a la protección de la sociedad contra la corrupción. Ello basado en la protección del Estado de derecho, la democracia, los derechos humanos, el buen gobierno, la equidad, la justicia social, la competencia, el desarrollo económico y la estabilidad de las instituciones democráticas.

La Decisión Marco 2003/568/JAI del año 2003 (en adelante, Decisión Marco), que sustituyó la Acción Común del 22 de diciembre de 1998⁵ y se consagra como la norma internacional más influyente en el contexto de la tipificación del cohecho entre particulares en Europa (y consecuentemente en el resto del mundo de tradición europeo continental. Ejemplo de aquello: el artículo 250-A del Código Penal Colombiano que basó su discusión legislativa y redacción en los lineamientos propuestos por la Decisión Marco⁶). El fin último de la Decisión Marco es garantizar una competencia justa y honesta en los mercados⁷. Ello puede desprenderse de la lectura de su exposición de motivos, que establece: *"la idea fuerza en este ámbito es que la garantía de una competencia justa y honesta (...) porque con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado"*⁸.

En definitiva, se puede, a partir de lo anteriormente expuesto, hallar una tendencia clara en la normativa internacional en la materia, que tiende a la protección del buen desarrollo del comercio como bien fundamental, mediante el resguardo de las instituciones públicas, los valores democráticos y la confianza recíproca entre los agentes sociales.

Exposición de los modelos más relevantes en derecho comparado para la tipificación del delito de cohecho entre particulares

⁴ Luigi Foffani, "La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado", *Revista Penal*, n.º 12 (2003): 61.

⁵ El objeto de la Acción Común de 1998 era establecer las bases legales para la tipificación y la lucha contra el soborno entre privados en términos tales que en sus artículos 2 y 3 definía expresamente el tipo penal de cohecho activo y pasivo entre particulares: Artículo 2. Corrupción pasiva en el sector privado: A efectos de la presente Acción común, constituirá corrupción pasiva en el sector privado el acto intencionado de una persona que, directamente o por medio de terceros, solicite o reciba en el ejercicio de actividades empresariales ventajas indebidas de cualquier naturaleza, para sí misma o para un tercero, o acepte la promesa de tales ventajas, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones. Artículo 3. Corrupción activa en el sector privado: A efectos de la presente Acción común, constituirá corrupción activa en el sector privado la acción intencionada de quien prometa, ofrezca o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja indebida de cualquier naturaleza a una persona, para ésta o para un tercero, en el ejercicio de las actividades empresariales de dicha persona, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones".

⁶ Fernando Jiménez y Lourdes García, "El interés jurídico protegido en el delito de corrupción privada en Colombia. Análisis de contexto y conexiones con el derecho de la competencia desleal", *Revista IUS*, n.º 35 (2015): 170.

⁷ Irene Navarro y Lourdes Melero, "Corrupción entre particulares y tutela del mercado", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4 (2011): 5.

⁸ Pilar Otero, "Corrupción entre particulares (Delito de)", *Eunomia: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 3 (2012): 175.

A continuación, se dará cuenta de las características que determinan el injusto de las conductas tras cada uno de los modelos que pueden hallarse, a nivel comparado, en la tipificación del delito de cohecho entre particulares. Con el objeto de que la descripción del modelo no adolezca de pura exposición teórica, se hará uso de determinadas legislaciones que han recogido cada uno de éstos para efectos de ser presentados como ejemplos palpables de su aplicación.

Modelo laboral. Las legislaciones de Francia y Nueva York (Estados Unidos)

El núcleo del injusto en este modelo es la infracción de las obligaciones por parte de los directores o empleados con respecto al empresario/empleador, con independencia de, si se produce o no, un menoscabo a la competencia o si se actúa en perjuicio del patrimonio del patrón. En ese sentido, el conocimiento y consentimiento del dueño de la empresa es determinante para la sanción o impunidad de la conducta.

La característica esencial de este modelo es que funda sus bases en la relación laboral de índole contractual entre el empleado y el empleador y es, precisamente, el quebrantamiento de los deberes de lealtad que del contrato se desprenden –no de cualquier norma o reglamento, sino precisamente, del contrato laboral de que se trate– lo que justifica, a fin de cuentas, la persecución penal.

Así, el quebrantamiento del contrato laboral, mediante el acto de aceptar un soborno en beneficio propio o de un tercero y en contravención a lo dispuesto por el empresario o a los términos del contrato laboral respectivo, expresado en la clandestinidad del soborno (a espaldas del empleador) tiñe el modelo en comento y lo distingue de otros similares.

Modelo laboral en Francia

La legislación que recoge el modelo laboral y se empuja como la representante por antonomasia de este, es la francesa. Su tradición en este ámbito nace el 16 de febrero de 1919, fecha en la que se introdujo en el Código Penal el delito de corrupción de salariés y que derivó en lo que se conoce como delito de cohecho entre privados establecido en el artículo L.152-6 del Código del Trabajo de dicho país⁹. Este incrimina el soborno de empleados en el marco de las relaciones laborales protegiendo el deber de fidelidad del trabajador respecto del empresario¹⁰. El mencionado precepto establece:

Artículo L157-1: El hecho de que un director o empleado de una empresa solicite o acepte, directa o indirectamente, sin el consentimiento y autorización de su empleador, ofertas o promesas, donaciones, presentes, descuentos o primas por realizar o abstenerse de realizar un acto de su función o facilitado por su función, será castigado con dos años de encarcelamiento y multa de 30.000 euros¹¹.

Modelo laboral en Nueva York (Estados Unidos)

En Estados Unidos, si bien no hay una ley federal antisoborno, existen varios estados que sí poseen leyes destinadas al efecto, incluso, en estos casos su alcance puede ser federal en virtud de la Travel Act¹². De aquellos estados, todos, excepto un par, siguen el modelo conocido en el mundo anglosajón como employee model, equivalente al modelo laboral¹³.

Se usará al estado de Nueva York como mejor ejemplo del modelo laboral en Estados Unidos, aprovechando que fue la fiscalía de dicho

⁹ José Luis De la Cuesta e Isidoro Blanco, "La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿signatura pendiente del derecho penal español?", en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, coord. por José Díez (España: Tecnos, 2002), 267

¹⁰ Pilar Otero, "Corrupción entre particulares (Delito de)", 178.

¹¹ En idioma de origen: "Article L157-1 Le fait, pour tout directeur ou salarié d'une entreprise de solliciter ou d'agréer, directement ou indirectement, à l'insu et sans l'autorisation de son employeur, des offres ou des promesses, des dons, présents, escomptes ou primes pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 Euros d'amende".

¹² Ryan Rohlfsen, "Recent Developments in Foreign and Domestic Criminal Commercial Bribery Laws", *University of Chicago Legal Forum*, Vol. 2012, art. 9 (2012): 159.

¹³ Ryan Rohlfsen, "Recent Developments in Foreign and Domestic Criminal Commercial Bribery Laws", 165-193.

lugar la que investigó y acusó por cohecho entre particulares a los dirigentes de la Conmebol, tal como se había señalado. El tipo penal se encuentra en las Secciones 180.00, 180.03, 180.05 y 180.08 del Código Penal de Nueva York y establece:

Una persona es culpable de cohecho entre particulares [...] cuando ofrece, confiere o accede conferir cualquier beneficio a cualquier empleado, agente o fiduciario sin el consentimiento de su empleador o superior jerárquico, con la intención de influir su conducta en relación con las gestiones o negocios de estos¹⁴.

Queda aquí de manifiesto la exigencia de una relación bilateral que importa un deber de lealtad con el empleador. El tipo penal neoyorkino le otorga absoluta relevancia al consentimiento –o falta de este– por parte del empresario o empleador para la comisión del delito (“sin el consentimiento de su empleador o principal”), siendo aquel elemento el punto de inflexión entre la punibilidad o impunidad de la conducta desplegada por el subordinado.

Modelo de administración desleal. La legislación italiana

En este modelo, para que se configure el delito de cohecho, el sobornado debe incumplir sus obligaciones de lealtad para con su principal –lealtad ad intra– creando un potencial daño al patrimonio de este último.

Por incumplimiento de obligaciones se debe entender: cualquier comportamiento desleal que constituya el quebrantamiento de una obligación legal o de las normas o reglamentos profesionales que se aplican en el sector de actividad de que se trate, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado¹⁵. Como se puede advertir, se hace referencia a un concepto más amplio que el mero quebrantamiento del contrato laboral.

Sin embargo, lo anterior no es suficiente para el presente modelo, pues como ya se esbozó, es esencial que el incumplimiento de las obligaciones en que se funda la lealtad ad intra se

haga en perjuicio potencial o efectivo del patrimonio del principal.

Con base en ello, se pueden identificar al menos dos tendencias: (1) por una parte, es posible concebir un modelo de administración desleal como un delito de peligro, que se conforme con sancionar la actuación desleal potencialmente dañina para el patrimonio del empresario, sin la exigencia de un perjuicio efectivo, adelantándose de ese modo, la barrera de punibilidad del delito; (2) por otro lado, puede imaginarse un modelo de administración desleal como un delito de lesión, en el que se exija un perjuicio económico efectivo contra el patrimonio, convirtiéndose así, en uno cuyo carácter patrimonialista es llevado al extremo.

Esta distinción se produce, pues *“el modelo de administración desleal se basa, precisamente, en el tipo penal de administración desleal que puede concebirse como un delito de daño [...] o bien, como un simple delito de peligro contra dicho patrimonio”¹⁶.*

En síntesis, la diferencia entre ambas tendencias se halla en si el tipo prescinde o no del resultado concreto de perjuicio, esto es, si el modelo se conforma con el castigo del peligro del patrimonio administrado o no. Cuestión muy relevante para los litigantes a la hora de llevar hipotéticamente a juicio un delito en uno u otro sentido. Con todo, el modelo de administración desleal conserva siempre una lógica patrimonial.

Modelo de administración desleal en Italia

En Italia, al igual que en buena parte de los países latinoamericanos, el cohecho tradicionalmente fue considerado como un delito típico y exclusivo del sector público¹⁷. Sin embargo, tras una serie de casos de corrupción, se inició una reforma legal en el área de los delitos societarios que culminó en el Decreto Legislativo n.º 61 del año 2002, que entró en vigencia el 13 de abril del mismo año, creando el tipo penal de cohecho privado. Llevando por título “Comportamiento desleal por dádiva o promesa de favor” se cristalizó en el artículo 2635 del Código Civil (CC)¹⁸, que establece que serán castigados por dicho delito:

*Los administradores, los directores generales, los auditores internos y los responsables de la revisión, que tras la dádiva o promesa de favor realicen u omitan actos contrarios a los deberes inherentes a su cargo, causando un daño a la sociedad*¹⁹.

La particularidad del tipo penal italiano se halla en que se trata de un modelo de administración desleal llevado al extremo²⁰ –concepto al que se hizo referencia previamente con el número (2)–, pues exige que la conducta cause, necesariamente, un daño patrimonial (“causando un daño a la sociedad”).

La adopción de dicha tendencia, en particular, cobra sentido si se tiene en consideración que muy probablemente el tipo está influenciado por la estructura del delito de administración desleal en el ordenamiento jurídico itálico –*infedeltà patrimoniale*–, pues este, consagrado en el artículo 2634 del CC²¹, se configura como un delito de daño, que exige la producción de un perjuicio patrimonial para la sociedad²². En ese sentido, el legislador italiano parece haber abrazado una redacción del cohecho entre particulares de modo tal que fuera coherente con el delito en el que se inspira su modelo.

Modelo de competencia desleal. Las legislaciones de Alemania y España

El núcleo del injusto se halla aquí en el ca-

rácter desleal del favorecimiento en la competencia (deslealtad *ad extra* –en contraposición a la deslealtad *ad intra* propia del modelo de administración desleal–). Aquel carácter desleal se desprende del peligro que el empleado o mandatario adopte la decisión en favor o en contra de determinados oferentes o compradores por razones interesadas, especialmente egoístas²³.

También es importante mencionar que el cohecho no debe infringir las obligaciones que le vinculan con el empresario ni es necesario su conocimiento y/o autorización para cometer el hecho típico, pues a diferencia de los modelos laboral y de administración desleal, lo determinante en este caso no es la relación bilateral agente-principal, sino la protección de los intereses de terceros competidores.

En definitiva, el campo de aplicación del tipo penal bajo el alero de este modelo se circunscribe “necesariamente a los comportamientos anticompetitivos realizados en el mercado entre empresarios profesionales, como sujetos que ofrecen en él de forma profesional bienes o servicios”²⁴.

En síntesis, el modelo de competencia desleal se caracteriza en que, por un lado, el cohecho entre particulares solo es relevante en cuanto afecta a suministros de mercancías o prestaciones de servicios que se efectúan en un régimen de competencia y, por el otro lado, en que el carácter supraindividual del bien jurídico protegido hace que el consentimiento del empresario resulta irrelevante²⁵.

¹⁴ En idioma original: “A person is guilty of commercial bribing (...) when he confers, or offers or agrees to confer, any benefit upon any employee, agent or fiduciary without the consent of the latter’s employer or principal, with intent to influence his conduct in relation to his employer’s or principal’s affairs”.

¹⁵ Antoni Gili Pascual, “Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma del 2007”, *Revista de derecho penal y criminología*, n.º 19 (2007): 25.

¹⁶ Héctor Hernández, “La administración desleal en el derecho penal chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 26 (2005): 256.

¹⁷ Luigi Foffani, “La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado”, 66.

¹⁸ Adán Nieto Martín, “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)”, *Revista penal*, n.º 10 (2002): 58.

¹⁹ Luigi Foffani, “La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado”, 66.

²⁰ Luigi Foffani, “La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado”, 67.

²¹ En idioma original: “La previsione criminosa, riguarda gli amministratori, i direttori generali, i sindaci, i liquidatori e i responsabili della revisione, i quali a seguito della dazione o della promessa di utilità, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio, cagionando nocumeto alla società. La pena prevista è la reclusione fino a tre anni, applicandola anche a chi dà o promette utilità.”

²² Héctor Hernández, “La administración desleal en el derecho penal chileno”, 249.

²³ Klaus Tiedemann, *Manual de Derecho Penal Económico* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 310-311.

²⁴ Irene Navarro y Lourdes Melero, “Corrupción entre particulares y tutela del mercado”, 10.

²⁵ Adán Nieto Martín, “La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)”, 54.

Modelo de competencia desleal en Alemania antes del año 2015

Antes de la entrada en vigencia de la Ley Contra La Corrupción de 26 de noviembre de 2015, que consagró un modelo mixto, Alemania fue, durante décadas, mundialmente considerada como referente del modelo de competencia desleal puro, motivo suficiente para ser mencionada en esta sección.

En dicho país, el delito de cohecho entre particulares se ubicó tradicionalmente en el §12 de la Ley de Competencia Desleal, trasladándose posterior y definitivamente –mediante la denominada Ley de Lucha Contra la Corrupción del año 1997–, al §299 del StGB²⁶, ubicado en la sección 26 de dicho cuerpo legal y que lleva por título “*Delitos contra la competencia*”. Por lo pronto, según la doctrina dominante en dicho país, el bien jurídico protegido mediante la primitiva redacción del precepto era, precisamente, el interés general en la lealtad de la competencia²⁷ protegiendo de forma indirecta ciertos intereses: (1) los intereses patrimoniales de los competidores; (2) los intereses de los empresarios y; (3) el interés de la colectividad respecto del encarecimiento de los productos²⁸. La norma establecía:

§299: (1) Quien como empleado o encargado de un establecimiento comercial exija, se deje prometer o acepte en el tráfico comercial una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación para que prefiera a otro de manera desleal en la adquisición de bienes o servicios comerciales, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa. (2) De igual manera será castigado quien en el tráfico comercial con fines de competencia ofrezca, prometa o conceda a un empleado o encargado de un establecimiento comercial una ventaja para éste o para un tercero como contraprestación para que prefiera a él u a otro de manera desleal en la adquisición de mercancía o servicios comerciales.

En definitiva, tal como sostiene la doctrina germánica, el núcleo del injusto se hallaba aquí únicamente en el carácter desleal del favorecimiento en la competencia que se desprende del peligro de que el empleado o mandatario adopte la decisión a favor o en contra de determinados oferentes o compradores por, como se mencionó, razones interesadas, especialmente egoístas²⁹.

Modelo de competencia desleal en España después del año 2015

Durante la vigencia de la antigua redacción del artículo 286 bis del Código Penal español, se suscitó en doctrina un debate en torno a determinar cuál modelo era el que efectivamente consagraba. Ante la divergencia de opiniones existente, el legislador ibérico se vio en la necesidad de reformar la redacción del artículo en comento mediante la Ley Orgánica 1/2015 del 30 de marzo de 2015, con el objeto de establecer expresamente un modelo de competencia desleal, suprimiendo la expresión en disputa ante la dificultad interpretativa que importaba y la imposibilidad de definir inequívocamente el modelo y con ello, el bien jurídico protegido. La actual redacción del precepto establece:

Artículo 286 bis. El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa de tanto al triple del valor del beneficio o ventaja. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a

²⁶ Klaus Tiedemann, *Manual de Derecho Penal Económico*, 307.

²⁷ José Luis De la Cuesta e Isidoro Blanco, “La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español?”, 271.

²⁸ Klaus Tiedemann, *Manual de Derecho Penal Económico*, 307.

²⁹ Klaus Tiedemann, *Manual de Derecho Penal Económico*, 310-311.

directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

Como es fácil advertir, el requisito de deslealtad ad extra se encuentra expresado en la oración: "como contraprestación para favorecer indebidamente a otro", la que en lo esencial le otorga sentido al precepto y lo sitúa dentro del modelo en análisis.

Modelo omnicomprensivo de conducta inapropiada. La legislación del Reino Unido

Para comprender lo que aquí se denominará como modelo omnicomprensivo de conducta inapropiada, será necesario revisar el contenido de la denominada *Bribery Act (BA)*.

La BA es el resultado de una iniciativa que buscó armonizar en una sola las legislaciones anti soborno británicas, pues estas adolecían de desorden y dispersión, al punto que era posible mencionar como relativas al cohecho las siguientes leyes especiales: *Public Bodies Corrupt Practices Act* del año 1889, *England and Wales Prevention of Corruption Act* del año 1906 (primera en el Reino Unido en incorporar dentro del alcance del cohecho al sector privado), *Prevention of Corruption Act* del año 1916, *Ethics in Public Office Act* del año 1995 y *Prevention of Corruption (Amendment) Act* del año 2001.

Ante aquel escenario, el legislador británico, en particular, la Cámara de los Comunes (*The House of Commons*), ordenó la conformación de una comisión especial denominada *The Law Commission* n.º 313/ *Reforming Bribery* (en adelante, Comisión), destinada al estudio de la realidad legal vigente hasta entonces, con el objeto de detectar los problemas sustanciales y proveer de una solución legal apropiada. Así fue como dicha Comisión adujo la existencia de los siguientes inconvenientes: fragmentación, imperfecta distinción entre el cohecho en el sector público y en el sector privado, serias inconsistencias e incertidumbres en la termi-

nología y el alcance de los tipos y vacíos legales, especialmente en casos de extraterritorialidad³⁰.

Con base en lo anterior, la Comisión especializada propuso a la Cámara de los Comunes una nueva norma destinada a suplir los vacíos y solucionar los problemas de inconsistencia y dispersión excesiva antes mencionados, lo que se tradujo en la creación de la BA, norma que actualmente es conocida como la ley de anticorrupción más fuerte a nivel internacional, pues posee altas penas asociadas, un gran alcance extraterritorial y cubre un considerable número de conductas³¹.

Entrando al detalle de su modelación, la BA tiene la especial característica de sancionar en una sola norma tanto el cohecho privado como el público, eliminando la distinción valorativa de una misma conducta cuando es cometida por un funcionario público o dentro del ámbito privado, basándose en lo siguiente:

A pesar de esta distinción, la ley sustantiva vigente en relación con el soborno en el sector público no es marcadamente distinta de aquella que gobierna el sector privado, ya que el asunto decisivo al momento de actuar de forma corrupta es igual en ambos casos.³²

Lo anterior es lo que permite llamar a este modelo como "omnicomprensivo", pues se hace cargo de la identidad estructural entre el cohecho público y privado, que son, por llamarlo de algún modo, hermanos gemelos³³, pues: (i) en ambos existe un abuso de un poder basado en la confianza con el objeto de obtener ganancias a partir de la aceptación de un soborno; (ii) comparten la característica esencial de fundarse en un acto que contraría las expectativas de lealtad propias del rol que se desempeña; (iii) comparten la misma estructura típica y (iv) generan el mismo daño económico y social que deteriora gobiernos, entidades comerciales, mercados globales y confianza pública en general. La única real diferencia es la calidad de funcionario público o no del cohechado³⁴. En el mismo sentido, opina la Cámara Internacional de Comercio que ha mantenido dicha posición desde las primeras reglas de conducta en 1977 y que solo ha ido confirmándose con los años a partir del fenómeno de privatización y complejización de las relaciones público-privadas³⁵.

Por otro lado, la esencia de la BA se encuentra en la exigencia de la comisión de una conducta inapropiada o improper performance, lo que conduce a bautizarla con ese título. Por conducta inapropiada debe entenderse, según esta norma, el realizar funciones o actividades inapropiadamente (concepto que cobrará sentido al revisar el contenido específico de la BA)

Esta ley puede sintetizarse del siguiente modo: se castiga a una persona que ofrezca, entregue o prometa dar una ventaja financiera o de otro tipo a otro, a cambio de que este realice o se proponga realizar (por sí o por un tercero) en su favor, una función o actividad relevante inapropiadamente o cuando la persona sabe o cree que la aceptación de la ventaja constituye en sí misma la realización de una función o actividad relevante inapropiadamente.

Por realizar una función o actividad relevante inapropiadamente se entiende, según la propia ley, una violación de la expectativa de que una persona va a actuar: (i) de buena fe, (ii) con imparcialidad o (iii) acorde con la posición de confianza que ostenta.

Finalmente, por función o actividad relevante se entiende cualquier función o actividad: (i) de carácter público, (ii) conectado con un negocio, (iii) realizado en el curso del empleo de una persona o (iv) que se lleva a cabo en nombre de una empresa u otra agrupación de personas.

Legislaciones con mixtura de modelos

Hasta ahora, se ha dado cuenta de los diversos modelos presentes en derecho comparado acompañándolos con la presentación de aquellas legislaciones que los consagran en su estado puro. Sin embargo, tal pureza no está presente en todos los ordenamientos, pues en algunos casos, la redacción, contenido e ins-

piración de las normas es confuso, o bien los legisladores se han servido deliberadamente de modelos diversos para su consagración.

Ejemplo de lo anterior es el caso de Alemania posterior al año 2015 que, para cumplir con sus obligaciones internacionales, se vio en la necesidad de cambiar el modelo de competencia desleal puro que lo caracterizaba, por uno mixto de administración y competencia desleal, modificando la redacción del primitivo §299 StGB mediante la promulgación de la ya mencionada Ley Contra la Corrupción, que entró en vigor el 26 de noviembre de 2015. Así, el nuevo delito no se limita solo a los casos en que se ofrece o se entrega algo a cambio de obtener una injusta preferencia en la compra competitiva de bienes o servicios comerciales, sino que también se incluyen aquellos en los que se presta o se toma la ventaja a cambio de un soborno, contrariando los deberes inherentes a la correcta administración de los negocios del principal.

Otro caso que amerita ser mencionado es el de España, que siguió una suerte de modificación a la inversa que Alemania, pues antes de la modificación legal del año 2015 que consagró un modelo puro de competencia desleal, existió una profunda disputa en torno al modelo del artículo 286 bis del Código Penal español, que se basó en un aparente distanciamiento entre las razones tras las cuales se creó el delito, fundándose tanto en su mensaje como en la propia Decisión Marco (los que hacen directa referencia al interés en la protección de los mercados y la justa y leal competencia) y la redacción legal expresa de la norma en comento que parecía ir en el sentido contrario, esto es, en la exaltación de los deberes internos entre agente y principal (lealtad *ad intra*).

En extrema síntesis, las opiniones de los principales comentaristas españoles se dividieron en: (i) quienes abogaban por la consagración de un modelo de competencia desleal³⁶ atendiendo, principalmente, a los motivos tras la

³⁰ *The Law Commission n.° 313/ Reforming Bribery, Ordered by The House of Commons, London: The Stationery Office (2008), 10-12.*

³¹ Jeffrey Boles, "The two faces of bribery: International corruption pathways meet conflicting legislative regimes", *Michigan Journal of International Law*, n.° 4 (2014): 688.

³² *The Law Commission n.° 313/ Reforming Bribery, Ordered by The House of Commons, London: The Stationery Office (2008), 10.*

³³ Jeffrey Boles, "The two faces of bribery: International corruption pathways meet conflicting legislative regimes", 675.

³⁴ Stuart P. Green, *Official and commercial bribery: should they be distinguished?*, en *Modern Bribery Law: Comparative Perspectives*, ed. por Jeremy Horder y Peter Alldridge (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), 675.

³⁵ Günter Heine y Thomas Rose, *Private Commercial Bribery. A Comparison of National and Supranational Legal Structures*, (Friburgo: Max-Planck-Institut, 2003), 1.

creación del tipo y a una interpretación de la exigencia "incumpliendo sus obligaciones" en clave competencial en atención a la normativa extrapenal de dicho país, fundamentalmente, comprendiendo que el requisito en comentario hacía alusión al quebrantamiento de la Ley de Defensa de la Competencia –Ley 15/2007, de 3 de julio– y de Competencia Desleal –Ley 3/1991, de 10 de enero–³⁷; (ii) quienes veían la consagración de un modelo de administración desleal con base a la vertiente que se contenta con la sola puesta en peligro del patrimonio del empresario³⁸, o con base a su versión extrema que exige un perjuicio patrimonial efectivo³⁹. Todos fundándose principalmente en la interpretación del fragmento "incumpliendo sus obligaciones" como la consagración de la exigencia del quebrantamiento de deberes de lealtad ad intra; (iii) finalmente, una tercera corriente doctrinaria sostuvo que el citado artículo establecía un modelo mixto entre el de administración desleal y el de competencia desleal⁴⁰.

A fin de cuentas, lo cierto es que el primitivo artículo 286 bis español no se caracterizaba por ser un tipo penal cuya virtud fuese representar un modelo puro de forma pacífica en doctrina. Por el contrario, alentaba el debate en torno a este punto al extremo de ser considerado, por algunos, un tipo penal inspirado en un modelo mixto.

En definitiva, la realidad positiva da cuenta que no siempre es posible hallar a los modelos expuestos en su estado puro. Es usual enfrentarse a disposiciones basadas en su mixtura. Asimismo, nos permite apreciar que la mixtura de modelos y la poca precisión en la redacción de los tipos penales en torno a estos, solo pueden generar dolores de cabeza entre la doctrina y problemas interpretativos que llegan a afectar, sin duda, a los intervinientes en los procesos judiciales en concreto.

Revisión de los modelos expuestos

Habiendo visto las principales características de cada uno de los modelos más relevantes que pueden hallarse en derecho comparado, es preciso ahora hacer una revisión crítica en torno a estos.

Revisión crítica del modelo laboral

En primer lugar, siendo la solicitud o aceptación de ventajas sin consentimiento del empleador el núcleo del comportamiento de la corrupción pasiva, la aquiescencia de esta genera impunidad, es decir, aun cuando la conducta actúe en detrimento de los competidores o los consumidores en general, si el empleador consiente la conducta del trabajador, esta será atípica⁴¹.

Por otra parte, dado que los sujetos activos únicamente son empleados, deja fuera de toda sanción el comportamiento lesivo de la lealtad competencial en los mercados ejecutados por los dueños de las empresas. En otras palabras, si el empleador o dueño de una empresa es quien ejecuta una conducta desleal ad extra (en los términos del modelo de competencia desleal), su conducta será impune. Por otro lado, el dueño de la empresa, en calidad de tal, no podrá incumplir el contrato laboral en términos tales que con su conducta infrinja deberes de lealtad emanados de este, que lo ligen con otro empleador⁴².

En otro plano, siendo estrictos con los motivos tras el modelo en comentario, el sobornante es, bajo esta lógica, sancionado injustificadamente, pues él no realiza acción desleal (interna) alguna. No tiene deberes ni obligaciones laborales respecto del empresario. La única

³⁶ Así, por ejemplo, es posible mencionar a: Carlos Gómez-Jara, "Corrupción en el sector privado: ¿Competencia desleal y/o administración desleal? *Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 74 (2008): 225-243; Pilar Otero, "Corrupción entre particulares (Delito de)"; Irene Navarro y Lourdes Melero, "Corrupción entre particulares y tutela del mercado"; entre otros.

³⁷ María Gil, "El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia", *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 35 (2015): 575.

³⁸ Abraham Castro, "El nuevo delito de corrupción privada" (ponencia, XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado, 18 de noviembre de 2010); Carolina Bolea, "Deberes del administrador y prácticas de kick-back.", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17 (2015).

³⁹ Adán Nieto Martín, "La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)", 55-70.

posible interpretación que pudiera darle sentido a la sanción del corruptor activo es considerarlo como un extraneus que colabora con la conducta desleal interna del sobornante⁴³. Sin embargo, cabe tener presente que este no es un problema real, pues la calificación de autor o colaborador del sujeto pasivo es un asunto que se zanja con la voluntad del legislador. En ese sentido, no habría un real inconveniente en este punto, mas no puede dejar de mencionarse la incoherencia lógica interna del modelo.

Finalmente, como se ha señalado, si el modelo laboral no requiere de un perjuicio potencial o efectivo contra el patrimonio del principal —como sí, en cambio, el modelo de administración desleal—, en los hechos bastaría la consideración de una mera infracción contractual para justificar el castigo penal, lo que implicaría contrariar el principio de intervención mínima, pues el derecho penal no puede utilizarse como arma para combatir el incumplimiento de relaciones contractuales privadas. De lo contrario, también los otros contratos de prestaciones recíprocas como, por ejemplo, el arrendamiento, la compraventa y el contrato de obra deberían estar penalmente asegurados, lo que evidentemente desbordaría el ámbito legítimo de una protección penal razonable⁴⁴.

Revisión crítica del modelo de administración desleal

Prácticamente, por la misma razón expuesta en el modelo laboral, el modelo de administración desleal tiene la particularidad de que, al fundarse en una relación bilateral agente-principal, es necesaria la existencia de un deber de lealtad que los vincule. Así, solo podrán quedar cubiertos por el tipo penal como sujetos activos del mismo —los directivos, empleados o colaboradores— dejando, consecuentemente, fuera del alcance del tipo al empresario, pues este no podrá, por definición, tener un deber

de lealtad ad intra para con otro miembro de la empresa. Por el contrario, será precisamente él quien podrá exigir el fiel cumplimiento de aquel deber, en otras palabras, no existe para él un deber de lealtad ad intra que determine el injusto de su actuar.

Por otra parte, de manera análoga al modelo laboral, para que el sujeto activo pueda ser castigado por cohecho, debe necesariamente actuar a espaldas de su principal, esto es en desconocimiento o contra la voluntad de este, por lo que su aquiescencia genera impunidad.

Asimismo, es posible que en la comisión de cohecho bajo el modelo de administración desleal se produzca al mismo tiempo un acto de competencia desleal con terceros interesados, sin embargo, este elemento no es esencial para la configuración del injusto típico. En ese sentido, puede marcar una clara diferencia entre este modelo y el de competencia desleal.

En el particular caso de que el modelo de administración desleal esté configurado en términos que exija un perjuicio patrimonial efectivo para la consumación del delito (tal como en Italia), cabe sostener la siguiente crítica: se restringiría significativamente el alcance del tipo, limitando con ello su importancia práctica, al punto que en el mejor de los casos castigará un restringido tipo de conductas, dejando en la impunidad aquellos comportamientos que, no ocasionando perjuicio económico, lesionen de igual forma el deber de lealtad *ad intra* mediante una conducta potencialmente idónea para perjudicar el patrimonio del principal. Así las cosas, un modelo como el mencionado iría en sentido contrario a los objetivos de la normativa internacional en orden de castigar este tipo de conductas. Sin embargo, ha de dejarse en claro que esta crítica únicamente cobra sentido a la luz de esta particular tendencia del modelo de administración desleal, propia del derecho italiano, pues no se percibe el mismo

⁴⁰ En tal sentido: María Gil, "El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia"; José Luis De la Cuesta e Isidoro Blanco, "La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español?".

⁴¹ José Luis De la Cuesta e Isidoro Blanco, "La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español?", 267.

⁴² Adán Nieto Martín, "La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)", 56.

⁴³ Urs Kindhäuser, "Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán", *Política Criminal*, n.º 3 (2007): 13.

⁴⁴ Urs Kindhäuser, "Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán", 12.

problema en la tendencia que lo considera como un delito de peligro.

Finalmente, el que este modelo tenga un ámbito en común con la figura penal de la administración desleal conduce a la realización de las siguientes apreciaciones. En legislaciones en las que no existe el tipo penal de administración desleal resulta a lo menos extraño establecer un delito de cohecho entre particulares basado en un modelo de administración desleal, pues se trata de un tipo penal de alcance muy limitado. Más sentido práctico tiene crear, derechamente, un delito de administración desleal capaz de alcanzar la conducta perseguida en todos los contextos posibles, incluyendo el del soborno.

Por el contrario, en países en donde la administración desleal está expresamente tipificada, existiría siempre un concurso entre ambos delitos, tal como sucede en Alemania entre el §299 del StGB (cohecho entre particulares) y el §266 del StGB (administración desleal). Misma consecuencia se ha observado en el ordenamiento italiano, en donde el artículo 2365 del Código Civil parece hoy casi completamente absorbido en la órbita de la administración desleal del artículo 2364 del mismo cuerpo legal⁴⁵. Así, en legislaciones con tipos penales de administración desleal no parece necesario un delito tan específico y en algunos casos, tan adelantado, como aquellos preceptos que siguen el modelo en su versión de peligro potencial contra el patrimonio.

Conforme con lo anterior, el modelo de administración desleal parece carecer de sentido práctico, pues al pretender sancionar el mismo tipo de conducta que el delito de administración desleal, pero reducida a un especial contexto (soborno), bien resulta preferible acudir a la consagración legal del primero, en caso de que no se encuentre tipificado, o bien es absorbido por este, conforme las reglas concursales en caso de que sí lo esté.

Revisión crítica del modelo de competencia desleal

Desde el punto de vista político criminal, uno de los puntos más cuestionables a este modelo es que, por las razones antes expuestas, deja fuera del universo de sujetos activos al empresario. Conforme a ello, hay quienes aducen que para ser coherentes con el modelo de competencia desleal, el empresario, al igual que sus empleados, debiera ser sancionado como sujeto activo⁴⁶. Se afirma que nada hace presumir una diferencia determinante entre el injusto de la conducta de éste y aquellos, criticando con esto la redacción de los artículos 286 bis CP español y §299 del StGB alemán.

Sin embargo, dicha posición es cuestionable, pues la aceptación de dádivas o presentes por parte del empresario no es sino parte del ejercicio de su derecho a la libre elección en el ámbito económico, como sería el caso en que el dueño de una empresa pretendiendo adquirir computadores para sus oficinas, recibiera por parte de un proveedor la oferta adicional consistente en 10 escritorios a título gratuito bajo la condición de contratar con él. No cabe duda de que aquello no puede sino calificarse como parte de la mejor oferta disponible, siendo impropio denominarlo como soborno cuando, a la luz de los hechos, no es más que el desarrollo natural del sistema de libre mercado. En otras palabras, incluir al empresario dentro de los sujetos activos del delito de cohecho entre particulares, inspirado en un modelo de competencia desleal, tendría como consecuencia indeseada castigar penalmente decisiones empresariales basadas en el interés de lucro totalmente legítimo en nuestro sistema económico.

A pesar de lo anterior, cabe plantear una duda en torno al particular caso en que el empresario actúa como intermediario entre proveedores y consumidores (ejemplo: el dueño de un supermercado). En este punto, se podría sostener la existencia de un deber de lealtad competencial por parte de este en relación con los competidores y los consumidores. No obstante, dicha conclusión parece cuestionable, pues caben aquí dos posibilidades: entender que el injusto proviene del quebrantamiento de deberes de lealtad para con los competidores

⁴⁵ Luigi Foffani, "La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho comparado", 68.

⁴⁶ María Gil, "El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia", 590.

del proveedor que soborna, o bien que proviene del quebrantamiento de deberes de lealtad para con los consumidores que se ven perjudicados con la elección resultante del soborno. De afirmarse que el castigo, en este caso, se funda en la existencia de un deber respecto de los competidores, no se logra apreciar una real diferencia con lo planteado en el párrafo precedente. ¿Qué sentido tiene sancionar al empresario que legítimamente acepta una mejor oferta? Dicho esto, lo único que podría sustentar el castigo penal aquí sería un supuesto deber de lealtad con los consumidores. Sin embargo, como ya se expuso antes, la esencia del injusto en este modelo radica en la deslealtad *ad extra* relativa a los competidores y solo secundariamente, de forma indirecta, se afirma la protección de los intereses de los consumidores. En otras palabras, conforme el modelo de competencia desleal, el injusto típico se funda esencialmente en una lealtad respecto de los competidores y solo complementariamente (dependiente de lo primero) el respeto por los consumidores. Siendo así, cabe concluir respecto de esto que, para guardar la lógica interna del modelo, incluso en este tipo de casos, el empresario debiera quedar fuera del círculo de sujetos activos del cohecho pasivo.

En otro orden de ideas, hay algunos autores que sostienen que el modelo de competencia desleal exige un interés concurrencial por parte de los competidores aduciendo que es esencial a este modelo que la conducta típica se desarrolle en el contexto de una competencia efectiva⁴⁷. Dicha posición no solo incorpora consecuencias probatorias indeseadas –habrá que acreditar, por una parte, el interés de competir de quienes se hayan visto afectados con la competencia desleal y, al mismo tiempo, dicho elemento deberá ser probado en al menos dos de los supuestos competidores, pues de lo contrario, no podrá afirmarse que nos hallamos ante un contexto mercantil con competencia efectiva–, sino además confunde la discusión teórica en torno a decidir quiénes son en abstracto aquellos destinados a ser perjudicados con la conducta punible –en este caso los competidores– con una supuesta e inexistente exigencia típica de efectiva competencia. Por lo pronto, no hay en doctrina, ni siquiera en

Alemania, cuna del modelo en mención, posiciones que aboguen por la exigencia de fines concurrenciales efectivos para la configuración del cohecho entre particulares, pues el tipo penal señalado ha sido considerado pacíficamente como un delito de peligro, basado en una legítima decisión legislativa por adelantar la barrera de punibilidad de la conducta. En otras palabras, el carácter desleal se desprende del peligro potencial de que el empleado o mandatario adopte la decisión a favor o en contra de determinados oferentes o compradores⁴⁸.

Finalmente, ha de mencionarse que antiguamente se suscitó en Alemania un debate doctrinario en torno a si el conocimiento y aquiescencia del empresario acerca de la aceptación de sobornos por parte de sus empleados importaba o no la impunidad de la conducta de éstos. Como se ha visto anteriormente, es evidente que bajo la lógica de los modelos laboral y de administración desleal, la respuesta no podría sino ser afirmativa. Sin embargo, conforme al modelo de competencia desleal la cuestión no parecía ser tan clara. No fue sino hasta que la jurisprudencia alemana tuvo que resolver el denominado caso *Korkengeld* –en el que representantes alemanes de una marca de champán francés ofrecieron a los camareros de diferentes locales 35 pequines por cada botella de su marca de champán vendida, lo que debía probarse entregando los corchos de las botellas, con el objeto de que recomendasen su producto, todo con conocimiento por parte del dueño del negocio– que la cuestión quedó definitivamente zanjada mediante la condena impuesta por parte del Tribunal Supremo del Imperio Alemán (*Reichsgericht*) a los representantes de la marca involucrada. Esto basándose en el hecho de que el modelo de competencia desleal no tiene como fundamento la lealtad *ad intra*, sino *ad extra* y por lo tanto, la aquiescencia del principal es irrelevante a la hora de determinar el injusto de la conducta⁴⁹.

De todo lo antes dicho en este punto, es posible apreciar que las críticas doctrinarias al modelo de competencia desleal son débiles y que, lo único que podría serle seriamente reprochado, radica más bien en su limitado alcance práctico. Con todo, ello no es sino con-

⁴⁷ Irene Navarro y Lourdes Melero, "Corrupción entre particulares y tutela del mercado", 9.

⁴⁸ Klaus Tiedemann, *Manual de Derecho Penal Económico*, 311.

⁴⁹ Irene Navarro y Lourdes Melero, "Corrupción entre particulares y tutela del mercado", 5.

secuencia inherente de la naturaleza del delito de cohecho entre privados y por lo tanto, problema propio de todos aquellos delitos sin víctima en los que la persecución de la conducta depende de la denuncia particular y de la creación y mantención de instancias fiscalizadoras efectivas.

Revisión crítica del modelo omnicompreensivo de conducta inapropiada

En relación con la característica de omnicompreensión en general, existen opiniones que rechazan su aplicación y abogan, en cambio, por tratar separadamente el cohecho público y el privado basándose en ciertos estudios empíricos sobre percepción social de la lesividad de la conducta y en la supuesta existencia de un deber por parte del funcionario público de actuar siempre en pos del bien común. Cuestiones que harían su actuar merecedor de un mayor reproche por parte del ordenamiento⁵⁰.

Ante lo anterior se puede sostener que, si se asume que la conducta del funcionario público implica, por el solo hecho de ser tal, un mayor desvalor al esperarse de él algo más que a un empleado particular, lo cierto es que no nos hallaríamos ante un problema real, pues lo que debe tenerse en consideración es la base estructural de la conducta y no tanto la calidad pública o no del agente. Esto, pues a lo sumo puede sostenerse que entre ambos tipos de cohecho hay una diferencia de gravedad, pero no una diferencia estructural, pues la conducta ontológicamente es la misma. Así las cosas, tal supuesta incompatibilidad se reduce a una cuestión de proporcionalidad en la sanción penal. En ese sentido, el problema podría salvarse simplemente aplicando un agravante especial al funcionario público, razón por la cual la crítica expuesta parece fundarse en un problema que, de asumirse como tal, es eludible a partir de un simple ejercicio de técnica legislativa.

A lo precedente debe agregarse que de asumirse esta supuesta diferencia en la gravedad del cohecho público y el privado, esta es solo relativa en cuanto existen ciertas hipótesis en

las cuales los agentes privados administran y desarrollan actividades de alta relevancia pública –salud, educación, servicios de primera necesidad–, al punto que no es posible sostener la existencia de una real diferencia en la gravedad del injusto.

Ahora bien, en específica relación con el modelo omnicompreensivo de conducta inapropiada dispuesto en la BA, es posible sostener que, en sus pretensiones de alcanzar el mayor número de conductas posibles, pierde en precisión al describir la misma. Así, de su lectura no es posible concluir cuál es su real contenido, elementos y circunstancias a las que se hace alusión expresa. En cuanto a la doctrina que la ha tratado, el foco del estudio está en el análisis de la Sección 7 de la misma, que señala la relación con la responsabilidad de las personas jurídicas y con sus alcances extraterritoriales, dando por obvio el núcleo esencial tras la conducta perseguida y entregando a la judicatura la labor de analizar este con base en los elementos del caso en particular, cuestión que, al menos desde el punto de vista del derecho continental europeo, parece inconveniente. Incluso el recurso a un estándar aparentemente objetivo, basado en que una conducta inapropiada la comete todo aquel que no se comporta conforme lo que se esperara de una “persona razonable en el Reino Unido” en relación con el desempeño del tipo de función o actividad en cuestión (Sección 5), parece del todo insuficiente para conciliar esta ley con las exigencias propias de nuestra cultura jurídica, en particular, el principio de legalidad.

De esta manera, la esencia del injusto de la conducta perseguida con la BA no es evidente ni puede desprenderse siquiera de la lectura del informe de la Comisión (*The Law Commission n.º 313/ Reforming Bribery*) que, en un esfuerzo por concretizar el contenido de los términos utilizados⁵¹, no alcanza a satisfacer los estándares propios del principio de legalidad y parece ser, más bien, una guía al juez anglosajón para fallar conforme a un aparente deber público de recto comportamiento en base a los elementos del caso concreto.

Nada más clarificador en torno a ello que las palabras de cierre del informe de la Comisión

⁵⁰ Stuart P. Green, “Official and commercial bribery: should they be distinguished?”, 49.

⁵¹ *The Law Commission n.º 313/ Reforming Bribery, Ordered by The House of Commons, London: The Stationery Office (2008), 42-46.*

tras haber afirmado su satisfacción en torno a la suficiencia de las exigencias de actuar de buena fe, con imparcialidad y acorde con la posición de confianza que ostenta, para dotar de contenido al concepto de conducta inapropiada, estableciendo lo siguiente: *“como correctamente dijo el Concejo de Jueces de HM en su respuesta, en algún punto, la ley debe recaer en el sentido común de sus jurados”*⁵².

El modelo más virtuoso

Si se observa superficialmente los modelos, se puede llegar a una tentadora y apresurada conclusión consistente en considerar al de la BA –omnicomprensivo de conducta inapropiada– como el más virtuoso para tipificar este delito. Los motivos son claros para esto. Cumple con las expectativas de punición consagradas en la normativa internacional, respeta la identidad estructural, ontológica y valorativa entre el cohecho público y el privado, evita incurrir en las ya mencionadas inconsistencias internas de los demás modelos y por sobre todo, goza de un gran alcance sancionador, al punto de cubrir los ámbitos propios de todos los modelos expuestos, cubriendo los pozos de impunidad que otros podrían dejar abiertos. Esto último es claro si se revisa su redacción, pues por función o actividad relevante se entiende cualquier función o actividad:

- *De carácter público*: aquí la BA cubre el alcance del cohecho público.
- *Conectado con un negocio*: aquí se aprecia como la BA cubre las conductas propias del modelo de competencia desleal.
- *Realizado en el curso del empleo de una persona*: aquí se aprecia como la BA cubre las conductas del modelo laboral y del modelo de administración desleal.
- *Que se lleva a cabo en nombre de una empresa u otra agrupación de personas*: también puede sostenerse que aquí se cubren las conductas propias del modelo de administración desleal.

Por lo pronto, tienta aún más asumir un modelo como este, si se considera que hacerlo implicaría dar un salto importante en innova-

ción legislativa, recogiendo la característica de una de las leyes más modernas y sofisticadas contra el cohecho.

Sin embargo, esta atractiva conclusión preliminar debe ser descartada en este lado del continente, pues Latinoamérica y el Reino Unido tienen culturas jurídicas distintas. Ante el peso que el principio de legalidad tiene en la tradición europeo–continental de la cual la región es heredera, es preciso exigir de la BA mayores delimitaciones en los términos empleados y en la definición precisa del comportamiento que se pretende evitar con la sanción penal. Exigencia que no satisface del todo, pues adolece de serios problemas de precisión inconciliables con nuestra realidad jurídica. Los términos utilizados por dicha norma son, a todas luces, demasiado vagos y no permiten circunscribir el alcance del tipo a un determinado conjunto de conductas predeterminado, recayendo en el juzgador la labor de establecer, conforme a los elementos del caso concreto, qué habrá de entenderse por el ejercicio indebido de una actividad o función relevante.

En consecuencia, de insistirse en la aplicación del modelo omnicomprensivo de conducta inapropiada de la BA a nuestra tradición jurídica, debieran antes realizarse poderosos esfuerzos por efectuar la delimitación requerida. Todo esto, además, sin alterar su naturaleza. Labor que queda pendiente, pues ante lo mencionado hasta ahora, no cabe sino desear teóricamente su utilización debiendo, por lo tanto, recurrir a los restantes modelos.

Dicho esto, nos hallamos ante el siguiente escenario: tenemos frente a nosotros los modelos de administración desleal, laboral y de competencia desleal, respecto a los cuáles cabe sostener.

Los modelos de administración desleal y laboral, enfocados únicamente en la protección del deber de lealtad ad intra basado en relaciones internas, no cumplen con las de punición que justifican la tipificación de este delito, pues dejan fuera del alcance del tipo la protección directa de las relaciones comerciales fundadas en la confianza generada a partir del trato comercial cimentado en lealtades ad extra. Junto con ello, se debe considerar lo ya expuesto en torno a los importantes problemas prácticos,

⁵² *The Law Commission n° 313/ Reforming Bribery, Ordered by The House of Commons, London: The Stationery Office (2008), 52.*

inconsistencias e incoherencias internas que implicaría la asunción de alguno de los dos modelos mencionados. Además, cabe descartar la aplicación de un modelo mixto, pues como fue expuesto, este tipo de redacción importa una serie de inconsistencias y problemas de aplicación práctica.

Aquello sitúa el modelo de competencia desleal como la mejor alternativa para tipificar el cohecho entre particulares. Pero su importancia no debe entenderse asumida como consecuencia de un procedimiento de descarte, pues en su favor, cabe sostener que es el que mejor recoge las expectativas de protección de mercado establecidas en la normativa internacional especializada, por cuanto su alcance se sitúa preferentemente en la protección del buen desarrollo del comercio a partir del respeto de lealtades interpersonales fundadas en una justa y leal competencia.

Junto a ello, ha de destacarse el hecho que, de entre los modelos aquí presentados, es el que, a la hora de la revisión de las críticas e inconsistencias planteadas en su contra, sorteó de mejor forma las dificultades, situándose como el más coherente en su estructura interna y siendo el único cuyas repercusiones a nivel práctico-legal no son negativas. Aquello, pues no importa la sanción penal de meros incumplimientos contractuales (modelo laboral), ni implica problemas concurrenciales con otras eventuales figuras penales (modelo de administración desleal), ni entra en contradicción con los pilares fundamentales de nuestra cultura jurídica (modelo de la BA).

A la luz de lo aquí expresado, resulta evidente que el modelo de competencia desleal es el que se lleva todas las credenciales para que cualquier Estado democrático de derecho, de tradición jurídica europeo-continental, se sirva de él para la redacción de un tipo penal de cohecho entre particulares.

Conclusiones

En derecho comparado es posible encontrar una surtida variedad de modelos para tipificar el cohecho entre particulares. La diversidad en los modelos no es solo nominal, pues escoger entre uno u otro tiene serias incidencias, tanto en lo esencial, como en las particularidades del delito, ya que el injusto varía en cada uno de ellos, afectando por consecuencia las demás características del tipo –desde quiénes pueden ser considerados como sujetos activos sin colisionar con la estructura interna del modelo, hasta cuál será el alcance del tipo respecto a las conductas perseguibles–, así como la manera en la que este delito podrá interactuar con otros preceptos de similar naturaleza dentro de determinado ordenamiento jurídico.

Una vez revisadas todas las características disponibles de cada modelo y en consideración del *telos* de la normativa internacional especializada en la materia, es posible concluir, en principio, aunque el modelo omnicomprendivo de conducta inapropiada de la BA parece ser el que mejor recoge las pretensiones punitivas antes señaladas y que toma en cuenta la identidad ontológica entre el cohecho público y el privado, la verdad es que, a la luz de nuestra tradición jurídica, este debe ser descartado por adolecer de una vaguedad e imprecisión inconciliable con el principio de legalidad, pilar básico de nuestro sistema jurídico. De entre los restantes modelos disponibles, el de competencia desleal es el único capaz de sortear de mejor forma las críticas sostenidas en su contra, sobre todo de amoldarse a los intereses político-criminales tras la normativa internacional más influyente sobre la materia. Como característica adicional, a diferencia del resto, el modelo de competencia desleal permite que el cohecho entre privados sea compatible con otros tipos penales complementarios como la administración desleal, abarcando en conjunto conductas de deslealtad tanto *ad intra* como *ad extra*.

En definitiva, sin desconocer la legitimidad que hay en el hecho de que un Estado soberano haga uso de cualquiera de los modelos antes descritos para efectos de redactar el tipo penal de cohecho entre particulares, lo cierto es que, habida consideración de las reflexiones anteriores, el modelo de competencia desleal se erige como el más recomendable para tal propósito, sobre todo, si lo que se pretende es dotar al ordenamiento jurídico de un tipo penal con una estructura interna coherente, que responda a las pretensiones punitivas expresadas en el derecho internacional y que mantenga una sana convivencia con otros clásicos delitos de similar naturaleza.

Referencias bibliográficas

- Bolea, Carolina. "Deberes del administrador y prácticas de *kick-back*". *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17 (2015): 1-31.
- Boles, Jeffrey. "The two faces of bribery: *International corruption pathways meet conflicting legislative regimes*". *Michigan Journal of International Law*, n.º 4 (2014): 674-713.
- Castro, Abraham. *El nuevo delito de corrupción privada*. Ponencia pronunciada en las XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado, 18 de noviembre de 2010.
- Chile Cámara de Diputados. *Informe de la Comisión de Constitución, legislación, justicia y reglamento, recaído en el proyecto de ley que tipifica el delito de corrupción entre particulares y modifica disposiciones del Código Penal relativas a delitos funcionarios*. Boletín número 10. 155-07-1 y 9.956-07-1.
- Chile Cámara de Diputados. *Legislatura 364ª*. Sesión 28ª, jueves 2 de junio de 2016.
- Chile Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción. *Informe final*. 24 de abril de 2015.
- Chile Excelentísima Corte Suprema. *Sentencia Rol 2578-2012*. 7 de septiembre de 2012.
- Chile Súper Intendencia de Valores y Seguros. *Resolución Exenta n.º 223*. 2 de septiembre de 2014.
- Chile Tribunal de la Libre Competencia. *Sentencia N° 119/2012*. 31 de enero de 2012.
- Consejo de Europa. *Convenio penal sobre la corrupción*. 27 de enero de 1993.
- De la Cuesta, José Luis y Blanco, Isidoro. "La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del derecho penal español?", en: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, coord. por José Díez. España: Tecnos, 2002.
- Estados Unidos de América Tribunal de Distrito. *UNITED STATES OF AMERICA, v. SERGIO JADUE, Defendant*. 15-CR-570 (PKC), (E.D.N.Y. Jul. 5, 2018).
- Foffani, Luigi. "La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y del derecho Comparado". *Revista Penal*, n.º 12 (2003): 61-71.
- Gil, María. "El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia". *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 35 (2015): 567-624.
- Gili Pascual, Antoni. "Bases para la delimitación del ámbito típico en el

delito de corrupción privada. Contribución al análisis del artículo 286 bis del Código Penal según el proyecto de reforma del 2007". *Revista de derecho penal y criminología*, n.º 19 (2007): 245-288.

Gómez-Jara, Carlos. "Corrupción en el sector privado: ¿Competencia desleal y/o administración desleal? *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 74 (2008): 225-243.

Green, Stuart. "Official and commercial bribery: should they be distinguished?", en *Modern Bribery Law: Comparative Perspectives*, ed. por Jeremy Horder y Peter Alldridge. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

Heine, Günter y Thomas, O. Rose. "Private Commercial Bribery. A Comparison of National and Supranational Legal Structures". Friburgo: Max-Planck-Institut, 2003.

Hernández, Héctor. "La administración desleal en el derecho penal chileno". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 26 (2005): 201-258.

Jiménez, Fernando y García, Lourdes. "El interés jurídico protegido en el delito de corrupción privada en Colombia. Análisis de contexto y conexiones con el derecho de la competencia desleal". *Revista IUS*, n.º 35 (2015): 159-178.

Kindhäuser, Urs. "Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Los delitos de corrupción en el Código penal alemán". *Política Criminal*, n.º 3 (2007): 1-18.

Navarro, Irene y Melero, Lourdes. "Corrupción entre particulares y tutela del mercado". *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4 (2011): 1-40.

Nieto Martín, Adán. "La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)", *Revista penal*, n.º 10 (2002): 55-70.

ONU Oficina contra la droga y el delito. *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción*. 2004.

Organización de los Estados Americanos (OEA). *Convención Interamericana contra la corrupción (B-58)*. 29 de marzo de 1996.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). *Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales*. 2010.

Otero, Pilar. "Corrupción entre particulares (Delito de)". *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 3 (2012): 174-183.

Reino Unido Law Commission. *The Law Commission n.º 313/ Reforming Bribery, Ordered by The House of Commons*. 19 de noviembre de 2008.

Rodríguez Collao, Luis. "Delimitación del concepto penal de corrupción". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 25 (2004): 339-359.

Rohlfesen, Ryan. "Recent Developments in Foreign and Domestic Criminal Commercial Bribery Laws". *University of Chicago Legal Forum*, Vol. 2012, art. 9 (2012): 151-193.

Tiedemann, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

Unión Europea. *Decisión Marco 2003/568/JAI del año 2003, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado*. (DO L 192 de 31.7.2003, pp. 54-56).

98/742/JAI: Acción común de 22 de diciembre de 1998 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la corrupción en el sector privado

Tipificación del

financiamiento

ilegal de partidos políticos en Ecuador.



Tipificación del financiamiento ilegal de partidos políticos en Ecuador.

Eduardo Moreno

Fiscal Provincial de Zamora Chinchipe

Democracia

La democracia

¿Qué es la democracia? Es una "doctrina política favorable a la intervención del pueblo en el gobierno político de un Estado. Predominio del pueblo en el gobierno político de un Estado"¹. Así, la democracia es una forma de gobierno del Estado donde el poder es ejercido por el pueblo, mediante mecanismos legítimos de participación en la toma de decisiones políticas. El Departamento de Estado de los Estados Unidos señala que la democracia tiene como pilar fundamental el principio de que los gobiernos debieran existir para servir al pueblo, noción que debería reflejarse en la atención a las mayorías, tomando en cuenta además, que los ciudadanos de un Estado democrático no son súbditos, pues estos deben profesar únicamente su lealtad. En definitiva, un Estado democrático se opone a un sistema autoritario caracterizado por la exigencia de la lealtad y el servicio del pueblo, sin asumir el compromiso recíproco de obtener el consentimiento de este para sus actos.²

De los criterios antes mencionados sobre democracia, se puede añadir que los aspectos inherentes a esta forma de gobierno deben ser recíprocos entre mandatarios y mandantes, ya que se trata de una doctrina favorable a la participación política del pueblo en el gobierno de un Estado. Esto, reconoce un mayor poder de decisión en manos del pueblo y la identificación de sus intereses. En este sentido, se comprende la definición de Lincoln sobre democracia, "la democracia es el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo"³.

Una de las modalidades que se utiliza para establecer el carácter democrático de un sistema es el llamado sufragio universal o elecciones libres e independientes. Bajo esta modalidad se evidencia si la minoría se somete a la voluntad plebiscitaria de la mayoría.⁴ Otra característica importante de un Estado democrático es la posibilidad de una participación colectiva e individual en la toma de decisiones

de manera activa en temas como la libertad sin coacciones, los derechos humanos, la libertad individual, la presencia de partidos políticos, la alternancia en el poder, la igualdad ante la ley, la limitación del poder de los gobernantes, el acceso a medios tecnológicos y el apego al Estado constitucional de derechos consagrado en una constitución o ley suprema, entre otros.⁵

Actualmente, se ha observado que, sobre todo en las organizaciones internacionales, se tiende a alargar la lista de los derechos humanos básicos. A las libertades esenciales de expresión y de igualdad se han añadido los derechos al empleo, a la educación, a la propia cultura o nacionalidad y a niveles de vida decorosos. Ahora bien, cuando tales beneficios proliferan como derechos, se tiende a devaluar el significado de los derechos cívicos y humanos básicos.⁶

Para Luigi Ferrajoli:

*El constitucionalismo es hoy la orientación prevaleciente en la teoría y en la filosofía del derecho. Tras la Segunda Guerra Mundial, se afirmó a partir de esa profunda innovación en la estructura de los ordenamientos jurídicos de la Europa continental que fue la introducción de constituciones rígidas supraordenadas a la legislación ordinaria, con el sustento del control jurisdiccional de constitucionalidad. Como consecuencia, trajo un cambio en las condiciones de validez de las leyes, ligadas ya no solo a las formas y los procedimientos de su producción, sino también a sus contenidos, es decir, a la coherencia de sus significados con los principios establecidos por las normas constitucionales, los primeros entre todos el de igualdad y los derechos fundamentales. Este cambio ha retroactuado sobre la naturaleza de nuestra democracia (...)*⁷.

La política

En Grecia, la política tuvo una gran transformación, pues fue allí donde nació la democra-

¹ Cultural Ediciones, *Diccionario Enciclopédico Universal*, (Madrid: Cultural S.A., 1996).

² Howard Cincotta, *La democracia en síntesis*, 2007

³ Carlos Méndez, *¿Democracia en Cuba?* (La Habana: José Martí, 1997), 19.

⁴ Carlos Méndez, *¿Democracia en Cuba?* (La Habana: José Martí, 1997), 19.

⁵ "Significado de Democracia", Significados, acceso el 15 de marzo de 2020, <https://www.significados.com/democracia/>.

⁶ Carlos Méndez, *¿Democracia en Cuba?* (La Habana: José Martí, 1997), 18.

⁷ Luigi Ferrajoli, *La democracia a través de los derechos* (Madrid: Trotta, 2014).

cia, lo que implicaba que el gobierno no era ejercido por un rey o jefe sino por un consejo que era elegido entre los ciudadanos. Siglos después, los romanos invadieron Grecia, y trataron de establecer la democracia como forma de gobierno.

La política es la ciencia de la gobernación de un Estado o nación y también un arte de negociación para conciliar intereses. El término proviene del latín politicus y este término del griego politiká, una derivación de polis que designa aquello que es público, o politikós, que significa civil, relativo al ordenamiento de la ciudad o los asuntos del ciudadano⁸.

El ex presidente de la República del Ecuador, Dr. Rodrigo Borja, define el concepto de política señalando que tal término es uno de los más equívocos que existen, sostiene que, a lo largo del tiempo se han unido a él confusiones terminológicas y conceptuales, incluso la propia etimología no supone una ayuda para explicarlo. Define a la política como la "ciencia de la síntesis puesto que en ella confluye conocimientos de todas las ciencias del hombre y de la sociedad y es también la ciencia de la conciliación de intereses contrarios para dar unidad, en medio de la diversidad, al cuerpo social"⁹

La corrupción

La Real Academia de la Lengua Española, define la palabra corrupción como la práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de las organizaciones, especialmente las públicas, en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores¹⁰. Para los académicos, el único consenso posible es que no hay consensos para definir y abordar la corrupción. De hecho, se pueden encontrar tantas definiciones de este fenómeno social, como aparentes soluciones por quienes lo estudian.

Este fenómeno causa graves perjuicios al desarrollo social y económico en todos los países.

Como parte de la lucha frente a la corrupción, es necesario que la justicia realice mayores esfuerzos para la recuperación de los capitales fruto de este tipo de delincuencia que, en muchos casos, ha traspasado los límites nacionales. Grandes grupos económicos cometen delitos de delincuencia internacional organizada, lo cual ha dado paso a la suscripción de distintos instrumentos internacionales en esta materia, entre los que destaca la "Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción".

Transparencia Internacional (TI) define a la corrupción como "el mal uso del poder encomendado para tener beneficios propios"¹¹. Por su parte, Antonio Garriguez, conceptúa a la corrupción como uno de los peores males de la humanidad, que trae más pobreza e inequidad, haciendo más ricos a los ricos y pobres a los pobres. Esto, afecta a la estabilidad política, a la calidad democrática y a la economía. Añade además, que la corrupción de los países conducirá a su eminente decadencia, sin importar el poderío económico en que se encuentren¹².

Por otro lado, la corrupción se sirve por sus partícipes, de la tecnología que hoy por hoy se encuentra al alcance de todos, produciéndose o cometándose delitos a través de la cibercriminalidad.

Globalización

La globalización ha generado gran impacto en el mundo, en sus ambientes culturales, económicos y políticos. Todo ello de la mano de los medios de comunicación y organizaciones no gubernamentales, que están permitiendo una mayor información sobre la gestión de los gobiernos, logrando así una mayor fiscalización por parte de la sociedad civil ante las promesas incumplidas de los políticos de turno. Esto ha minado, en cierta medida, la función de los partidos políticos como puentes idóneos entre la sociedad civil y el Estado en busca de una mejor gobernabilidad y gobernanza de los sistemas.

⁸ "Significado de Política", Significados, acceso el 15 de marzo de 2020, <https://www.significados.com/politica/>.

⁹ Rodrigo Borja, *Enciclopedia de la Política* (México: Fondo de Cultura Económica, 1997), 766.

¹⁰ Real Academia de la Lengua Española, "Corrupción", <https://dle.rae.es/corrupci%C3%B3n>

¹¹ Transparencia Internacional, "Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción", <https://transparencia.org.es/glosario-ti-sobre-transparencia-y-corrupcion/>

¹² Paola Casablanca, "La empatía, la solidaridad y la lucha contra la corrupción", en *Visiones Transnacionales del Derecho en Tiempos de la Ciberinformación*, dir. por Paula Ramírez (Bogotá: Temis, 2019), 400.

Es decir, globalizar la democracia implica políticos y partidos que piensen políticamente de forma global, tanto en los asuntos sobre los derechos humanos, la protección del medio ambiente, los ajustes económicos, los movimientos migratorios, las nuevas formas de gestión de la administración pública, las nuevas tecnologías y la influencia de los medios de comunicación en el desarrollo de la sociedad, para la ampliación de la democracia, buscando mayores niveles de comprensión del mundo actual y no encerrándose en ideologías políticas y económicas en desuso.

Hace dos décadas, en el Ecuador, se señalaba a la globalización económica como el proceso caracterizado por la libre circulación de bienes y servicios por el mundo con el objetivo de crear un mercado mundial, eliminando las fronteras para permitir la complementariedad y el intercambio entre las distintas regiones del mundo¹³. Esto no es otra cosa que un mercado o aldea mundial que en la actualidad se ha hecho realidad merced a la tecnología.

Sociedad de riesgo

Según Subirats:

Las tradicionales coordenadas que marcaban las fronteras de desigualdad y de inseguridad (basadas en estructuras de clase y que afectaban a colectivos sociales homogéneos) estaban siendo profundamente alteradas por fuertes procesos de individualización y de fragmentación familiar y social, a caballo de los cambios generados por la globalización y la revolución tecnológica. El riesgo se "democratizaba", pudiendo afectar de manera inesperada a personas y grupos que hasta entonces habían mantenido unas estables y "seguras" condiciones vitales. Evidentemente los efectos eran mayores para aquellos que partían de condiciones más precarias o frágiles, pero lo relevante es que surgían nuevas fronteras y situaciones de riesgo en esferas sociales hasta entonces salvaguardadas. Se estaba produciendo una "segunda modernidad"

que transformaba desde dentro (de manera "reflexiva") la primera modernidad. Todo ello generaba la obsolescencia de muchos de los conceptos que las ciencias sociales habían ido utilizando. Hasta el punto que Beck no tenía reparo en denominarlos "conceptos zombi"¹⁴.

La influencia de la moderna sociedad del riesgo sobre la política criminal va transformando la concepción tradicional del derecho penal bajo la égida de la seguridad ciudadana. El abandono de los principios seculares de un derecho penal liberal y la expansión de la intervención punitiva del Estado en muchos ámbitos, es una de las características de la sociedad de riesgo a la que estamos haciendo referencia. En síntesis, consiste en el replanteamiento de los bienes jurídicos objeto de tutela ante las nuevas necesidades que el Estado debe proteger individual y/o colectivamente.

La sociedad del riesgo, en materia penal, se remite al replanteamiento del Estado, a la concepción legalista y foral de los bienes jurídicos objeto de tutela jurídica ante la ola creciente de los nuevos tipos penales, como la financiación ilegal de los partidos políticos.

Según Jesús Silva, por el aumento de los riesgos en el mundo globalizado:

(...) El Derecho penal es un instrumento cualificado de protección de bienes jurídicos especialmente importantes. Sentado esto, parece obligado tener en cuenta la posibilidad de que su expansión obedezca, al menos en parte, ya a la aparición de nuevos bienes jurídicos —de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes—, ya al aumento de valor experimentado por algunos de los que existían con anterioridad, que podría legitimar su protección a través del Derecho penal¹⁵.

La expansión del derecho penal puede ser entendida como un fenómeno de modernización frente a nuevas criminalidades. Como ejemplo el derecho penal económico, y el derecho penal del enemigo se ubican en un con-

¹³ Lola Vásquez y Napoleón Saltos, *Ecuador. Su realidad* (Quito: Fundación de investigación y promoción social "José Peralta", 2005), 15.

¹⁴ Joan Subirats, "Ulrick Beck, teórico de la Sociedad del riesgo", *El País*, 3 de enero de 2015.

¹⁵ Jesús María Silva, *La expansión del Derecho Penal* (Madrid: Edisofer, 2011).

texto de criminalidad organizada y terrorismo¹⁶. Se puede sintetizar que la sociedad del riesgo, en materia de derecho penal, consiste en el replanteamiento de los bienes jurídicos objeto de tutela ante estas nuevas necesidades que se debe proteger¹⁷.

Cibercriminalidad

La ciberdelincuencia es aquella actividad que por medio de la red (sea pública o privada) o a través de un sistema informático "atenta a la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos, de las redes y los datos, así como el uso fraudulento de tales sistemas, redes y datos".

Son muchos los delitos informáticos que se instrumentan a través de las nuevas tecnologías como el internet. Los ciberdelincuentes se valen de métodos como el *phishing* (captar contraseñas o números de tarjetas de crédito imitando correos electrónicos de organismos u organizaciones oficiales), la monitorización de teclado, el *ciberbullying* (acoso escolar) o el *grooming* (ciberacoso sexual a menores) para conseguir sus objetivos.

Existen varios convenios sobre ciberdelincuencia, como el Convenio de Budapest sobre ciberdelincuencia, que promulga la armonización de leyes entre los Estados, mejora de técnicas de investigación y aumento de cooperación. En el protocolo adicional a la Convención sobre el delito Cibernético, los Estados que lo han ratificado deben penalizar la difusión de propaganda racista y xenófoba a través de los sistemas informáticos.

Por la gran capacidad de la delincuencia económica de corromper todas las bases sociales y económicas, es menester su prevención, investigación y sanción. Se estima que en el ámbito mundial, se blanquean más de 600.000 millones de dólares, sin que organismos internacionales se preocupen a profundidad en el combate al lavado de dinero y los paraísos fiscales, que son una amenaza contra la democracia y la seguridad internacional.

Odebrecht en Ecuador

"Odebrecht es un conglomerado brasilero de negocios en los campos de la ingeniería y la construcción, también participa en la manufactura de productos químicos y petroquímicos"; estos negocios tienen operaciones y estructuras en 26 países. Según el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, Odebrecht declaró haber realizado sobornos por un total de US\$ 33,5 millones de dólares desde el 2007 al 2016 y podría haber obtenido beneficios de más de US\$ 116 millones de dólares, a lo que el secretario jurídico de la Presidencia, Alexis Mera, declaró lo siguiente: "(...) no podemos descartar que haya habido pagos o actos de corrupción y estamos enviando a la Fiscalía una solicitud de que esto se investigue (...) si se descubre a personas involucradas en estos casos de corrupción se los detendrá de inmediato (...)".

También se señaló que, para la ciudad de Quito, se contrataron los proyectos Ruta Viva (Fases 1 y 2) y la contratación de la fase 2 del Metro de Quito (que fue otorgada al consorcio Acciona-Odebrecht). Además, el Estado contrató 6 proyectos: reparación de la Central Hidroeléctrica Pucará, por un precio referencial de US\$ 18 millones de dólares; trasvase Daulle-Vinces, por US\$ 191 millones de dólares; relleno del terreno para la construcción de la Refinería del Pacífico, por US\$ 229 millones de dólares; central Hidroeléctrica Manduriacu, por US\$ 124 millones de dólares; poliducto Pascuales-Cuenca, por un precio de US\$ 369 millones de dólares; Construcción del acueducto "La Esperanza" -Refinería del Pacífico, por un precio de US\$ 334 millones de dólares.

El Diario Expreso, publicó una lista de dieciocho ciudadanos ecuatorianos receptores de coimas de Odebrecht, incluyendo una persona con la primera letra de su nombre J y la última letra de su apellido N, con el sobrenombre Matraca. El ex presidente Correa, así como otros sugirieron que esa persona sería el señor Jaime Nebot, alcalde de Guayaquil, pero él negó cualquier responsabilidad. Estos supuestos delitos habrían prescrito.¹⁸

El 3 de agosto de 2017, el Presidente Lenin

¹⁶ Manuel Cancio y Carlos Gómez, *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión* (Madrid: B de F, 2006), 495.

¹⁷ Camilo Machado, "Política criminal expansionista y derecho penal del enemigo en un Estado de derecho", en *Visiones Transnacionales del Derecho en tiempos de la ciberinformación*, dir. por Paula Ramírez. (Bogotá: Temis, 2019), 356.

¹⁸ Wikipedia, "Caso Odebrecht", https://es.wikipedia.org/wiki/Caso_Odebrecht

Moreno mediante Decreto Ejecutivo N° 100 le retiró las funciones que le fueron asignadas al iniciar su gobierno al vicepresidente Glas. Según Moreno, la principal razón es una carta que Moreno considera ofensiva y por ser sospechoso de haber recibido 14 millones de dólares como cohecho por parte de Odebrecht.

El 2 de octubre de 2017, el juez Miguel Jurado dictó prisión preventiva en contra del vicepresidente Jorge Glas, su tío Ricardo Rivera y otros 6 implicados por el delito de asociación ilícita por el caso Odebrecht. Meses después, el 13 de diciembre de 2017 se impuso la pena de 6 años de encarcelamiento para Glas y su tío.¹⁹

El Diario el Comercio, del 9 de julio de 2019, señala: "El caso nació con el nombre de 'Arroz Verde', pero ahora la Fiscalía decidió llamarlo 'Sobornos durante el periodo 2012-2016'. A partir de ahora nos apartamos de esa denominación de 'Arroz Verde' y manejamos nuestra propia investigación, dijo la fiscal general Diana Salazar. Así tratará de establecer si hubo o no aportes ilegales a la campaña de Alianza País²⁰".

Odebrecht en Latinoamérica

Odebrecht desató una tormenta sobre América Latina, Sus consecuencias finales aún se mantienen en desarrollo. Jorge González, reconocido periodista de investigación, (...), relata en su obra "Odebrecht.- La historia completa", como se extendieron los tentáculos de la compañía Odebrecht en el Perú, Panamá, Colombia y Ecuador, "(...) para untar con sobornos a gobernantes, políticos y empresarios a cambio de millonarios contratos (...)"²¹

La Operación Lava Jato es considerada la mayor investigación contra la corrupción en la historia de Brasil, así como en América Latina. En diciembre de 2016, la constructora brasileña Odebrecht aceptó el pago de 788 millones de dólares en sobornos en 12 países, entre ellos, el Ecuador.

La Operación "Lavado de Autos" o "Lavado

de Carros" (en portugués Operação Lava Jato, traducible como "Operación lavado a presión") fue una operación iniciada en marzo de 2014 por la Policía Federal Brasileña y fue bautizada como Lava Jato en referencia a una serie de lavaderos de autos (servicios de lavado "a chorro" de autos), debido a que el primer sitio allanado fue el lavadero de autos en la estación de gasolina "Posto da Torre" en Brasilia, donde se realizaban maniobras de lavado de dinero. Es una investigación de corrupción llevada a cabo por la Policía Federal de Brasil. La Operación se hizo pública el 17 de marzo de 2014, con el cumplimiento de más de una centena de citaciones en busca de prisión temporal, preventivas y conducción coercitiva, teniendo como objetivo investigar un esquema de lavado de activos sospechoso de mover más de 10.000 millones BRL (aproximadamente 2.640 millones USD).

El caso, iniciado en julio de 2013 en Brasil, sigue en proceso de investigación en varios países del continente, y a siete años de su conocimiento ya se ha encarcelado a políticos, funcionarios y empresarios. En Brasil, el expresidente brasileño Luiz Inácio Lula da Silva cumple una condena de 12 años de prisión y el empresario Marcelo Odebrecht 10 años de prisión domiciliaria. En el Perú, el expresidente Ollanta Humala y su esposa Nadine Heredia pasaron 10 meses bajo prisión preventiva y la lidereza de Fuerza Popular, Keiko Fujimori, cumple desde noviembre último la misma medida por 36 meses. En Ecuador, se encuentra en prisión el ex Vicepresidente Jorge Glas y varios de los ministros del Gobierno de Rafael Correa Delgado, que actualmente vive asilado en Bélgica, acusado ya como autor mediato por la Fiscalía General del Estado en el denominado Caso Sobornos relacionado a los sobornos recibidos con conocimiento y al parecer autorización de Correa Delgado, entre lo que se conoce cuentan los presuntos aportes de Odebrecht para financiar actos proselitistas y de sus campañas electorales.

¹⁹ Wikipedia, "Caso Odebrecht", https://es.wikipedia.org/wiki/Caso_Odebrecht

²⁰ Redacción Seguridad, "El caso de corrupción Arroz Verde pasa a llamarse 'caso Sobornos'; Fiscalía tiene 200 evidencias", *El Comercio*, 9 de julio de 2019.

²¹ Jorge González, *Odebrecht. La historia completa* (Colombia: Penguin Random House, 2018).

Constitución ecuatoriana y contratación pública

La Constitución del 2008, bajo el esquema del neo constitucionalismo, recoge algunas innovaciones como: cambios en lo económico al darle mayor rol al Estado sobre ésta, buscando un equilibrio entre la sociedad, el Estado y la economía. En las garantías de los derechos humanos, se otorgan derechos a la naturaleza, se dota al Estado de nuevas funciones como el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y la función electoral. Esto, a diferencia de la mayoría de las constituciones, que reconocen solamente a las funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial.

El Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador señala: "El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada..."²². En un Estado constitucional de derechos y justicia social, la constitución está por encima de la ley, por lo tanto, están subordinadas a la constitución las leyes, poniendo énfasis en los derechos y garantías del ser humano, concomitantemente el Art 424 señala que la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; caso contrario, carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquiera otra norma jurídica o acto del poder público"²³.

Se hace alusión a la Constitución de la República y la Contratación Pública, por cuanto, en las últimas décadas, ha sido la situación jurídica más cuestionada. Considerando que la obra pública ha sido el caldo de cultivo para que se cometan toda clase de delitos, vulnerando el bien jurídico protegido como es la responsabilidad ciudadana. Los delitos en contra de la administración pública son los asociados al peculado (Art. 278), enriquecimiento ilícito (Art. 279),

cohecho (Art. 280), concusión (Art. 281), tráfico de influencias (Art. 285), oferta de realizar tráfico de influencias (Art. 286), testaferrismo (Art. 289), enriquecimiento privado no justificado (Art. 297), lavado de activos (Art. 317)²⁴, entre los principales.

Es común asociar a la Administración Pública con actos de corrupción, en donde se ha evidenciado desviación de recursos públicos hacia arcas particulares, burocracia desmesurada, sobornos a servidores públicos, sistemas judiciales ineficientes, falta de veedurías, entre otros. En la "Tipología de la corrupción en la contratación pública", se clasifica a la corrupción en tres aspectos: Aspecto subjetivo, que deriva en las Distorsión de la Voluntad de la Administración: 1) El interés del funcionario: participación del funcionario, de sus familiares, de la empresa con la que esté relacionado; 2) El interés de terceros: convenios ilícitos, soborno, influencias. Aspecto adjetivo, que se concentra en el Abuso del Poder en las actuaciones administrativas: contratación directa, inexistencia de contrato o contratación, fraccionamiento, modificación del contrato, utilización arbitraria de prórroga; y aspecto material, que se instrumentaliza con la obtención de un beneficio indebido: sobrecostos, subcontratación, revisión de precios, facturas, documentos falsos.

Sostienen algunos autores que la corrupción tiene como causa de origen problemas de carácter económico, administrativo, legal y de gestión. Sin embargo, desde una perspectiva personal, es un problema de la persona, que como bien se indica en un artículo publicado en el internet, "el problema del ser corrupto, tiene que ver con los patrones de formación temprana de la persona, y la configuración de una escala o jerarquía proactiva y ejemplarizante de valores, sobre todo éticos. El hecho de permitir que la corrupción penetre a la propia vida, quiere decir que desde ese momento, no existe solidez y consistencia en la estructura ética de la persona, en términos de principios"

En Ecuador, antes de la expedición de la LOSNCP, la contratación pública se basaba en la ley de contratación pública y la ley de consultoría. Adicional a estos cuerpos normativos,

²² Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre 2008, art.

²³ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre 2008, art. 424.

²⁴ Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial, Suplemento 180, 10 de febrero de 2014.

se suman los reglamentos internos de contratación que las entidades contratantes expiden sin seguir un mismo patrón, requisitos, ni márgenes de preferencia, lo cual generaba que cada entidad contratante manejara los procesos de contratación de manera distinta a las demás, dificultando las labores de los organismos de control y la participación de los ciudadanos a través de las veedurías.

En la exposición de motivos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se señala que "la contratación pública deber articular todas las instancias e instituciones del Estado en la planificación, programación, presupuesto, control, administración y ejecución de las adquisiciones de bienes y servicios que se realicen con recursos públicos; que no debe haber discrecionalidad ni desperdicio de los recursos, que los procedimientos deben ser, transparentes, eficientes que promuevan el ahorro de recursos y el control estatal y social, a fin de generar empleo, la industria, y la redistribución de la riqueza".²⁵ Motivación que ha quedado en meros enunciados, ya que la historia contractual en el Ecuador así lo ha señalado y se ha visto envuelta en investigaciones por parte de los organismos de control de la república, como la Contraloría General del Estado.

Es de especial atención, lo señalado en el Art. 6 de la Ley de la Materia, respecto a las definiciones:

situaciones de emergencia: *son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva.*²⁶, -lo resaltado me pertenece-

En la mayoría de los casos no se cumple con esta definición para la contratación de la obra pública especialmente, nuestro país es testigo de que, en gran parte de las obras contratadas por la Administración, han sido determinadas

por supuestas "emergencias". Modalidad contractual que se rige por lo señalado en el Art. 57:

*Para atender las situaciones de emergencia definidas en el numeral 31 del artículo 6 de esta Ley, previamente a iniciarse el procedimiento, el Ministro de Estado o en general la máxima autoridad de la entidad deberá emitir resolución motivada que declare la emergencia, para justificar la contratación... La entidad podrá contratar de manera directa, y bajo responsabilidad de la máxima autoridad, las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia. Podrá, inclusive, contratar con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías; los cuales se cumplirán una vez suscrito el respectivo contrato*²⁷.

Esto ha permitido la discrecionalidad en la contratación, sin siquiera existir ni probarse tal emergencia, misma que sería aquel acto ocasionado por la naturaleza, o fuerza mayor, o caso fortuito (imprevistos que no es posible resistir).

Legislación

El delito de financiación ilegal de partidos políticos en España

En España, el ilícito se comete a través de la financiación de partidos políticos tanto con dineros públicos como privados. Durante los últimos años, la financiación de los partidos políticos ha sido motivo de debate en diferentes foros como consecuencia de los presuntos casos de financiación ilegal de algunas formaciones políticas. Los partidos políticos podían recibir donaciones, en dinero o en especie, procedentes de personas físicas o jurídicas.

En el 2007, la nueva Ley orgánica (Ley 8/2007) prohíbe las donaciones anónimas y se aumenta el límite de las donaciones procedentes de una misma persona física o jurídica a € 100.000. La ley tampoco permite recibir, di-

²⁵ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Suplemento del Registro Oficial No. 395, 4 de agosto 2008.

²⁶ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*.

²⁷ Ecuador, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*.

recta o indirectamente, donaciones de empresas privadas o empresas del mismo grupo, o participadas mayoritariamente, o fundaciones vinculadas a las primeras que tengan contratos vigentes, presten servicios o realicen obras para las Administraciones Públicas. Con la Ley orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control y actividad económica-financiera de los partidos políticos (LOCAEFPP), refuerza, vigila y supervisa la actividad de financiar partidos políticos.

En marzo del 2015, se volvió a modificar la ley de financiación en los siguientes aspectos: a) Se han limitado las aportaciones, sólo se permite que sean los afiliados al partido; la figura del militante y del simpatizante desaparecen de la ley de financiación. b) Se limitan las aportaciones a € 50.000. En el caso de donaciones de importe superior a € 25.000 o donaciones de inmuebles, el partido las debe notificar al Tribunal de Cuentas; c) Se excluyen las aportaciones de personas jurídicas. d) Se regula el caso en que un donante aporte una cantidad superior a la establecida en la ley. En este supuesto, el partido tiene que devolver el exceso al donante. En caso de que el partido no pueda devolver dicha cantidad, se ingresará en el Tesoro Público en el plazo de tres meses después del cierre del ejercicio, entre otras disposiciones²⁸.

La financiación privada se regula en los arts. 4 a 8 de la LOFPP. Las fuentes de financiación privada son las aportaciones de los afiliados y las donaciones privadas, en dinero o en especie, provenientes de personas físicas. Estas donaciones privadas están sometidas a una serie de límites y prohibiciones²⁹.

Tanto en la financiación pública y privada, el Ecuador sigue en la mayoría de sus leyes la legislación española, en similares términos. En el Art. 304 bis (Título XIII bis. - De los delitos de financiación ilegal de los partidos políticos) se consagra un tipo básico que se desglosa a su vez en dos (núm. 1 y núm. 4) y dos tipos agravados (núm. 2 y núm. 3). De igual manera, se

establece una cláusula de responsabilidad penal del partido político conforme a lo dispuesto en el art. 31 bis del CP (núm. 5)³⁰: a) Penado con multa al que recibe donaciones conforme a la ley de financiación de partidos políticos. b) Se castigan hechos anteriores con una pena de prisión y multa, cuando se trate de donaciones, aumentando la sanción cuando se trate de hechos graves, c) Se impondrán penas cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, una persona jurídica sea responsable de los hechos.

Artículo 304 ter.

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años, el que participe en estructuras u organizaciones, cualquiera que sea su naturaleza, cuya finalidad sea la financiación de partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, al margen de lo establecido en la ley.

2. Se impondrá la pena en su mitad superior a las personas que dirijan dichas estructuras u organizaciones.

3. Si los hechos a que se refieren los apartados anteriores resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.³¹

Antonio Javato señala que en el apartado 5 del art. 304 bis CP se establece la responsabilidad penal del partido político, federación, coalición o agrupación de electores conforme a las reglas establecidas para la responsabilidad penal de las personas jurídica.³² Se considera que este tipo de responsabilidad penal también debe establecerse en la legislación penal ecuatoriana.

Caso Gürtel

El llamado "caso Gürtel", se dice, es la mayor trama de corrupción de España en tiempos de democracia y provocó la destitución del entonces

²⁸ Antonio Javato, "El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP) Aspectos dogmáticos, políticos criminales y de derecho comparado", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 19 (2017): 1 - 41.

²⁹ Antonio Javato, "El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP) Aspectos dogmáticos, políticos criminales y de derecho comparado".

³⁰ Antonio Javato, "El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP) Aspectos dogmáticos, políticos criminales y de derecho comparado".

³¹ España, *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

³² Antonio Javato, "El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP) Aspectos dogmáticos, políticos criminales y de derecho comparado", 35.

ces presidente del gobierno español, Mariano Rajoy. En el centro de la trama están tres empresarios: Francisco Correa, el líder de la organización y de quien la policía española saca el nombre para la investigación (Gürtel significa Correa en alemán); Pablo Crespo, exsecretario general del PP en Galicia (norte), y Álvaro Pérez, conocido como "el bigotes".

Su principal conexión con el Partido Popular (PP), según las autoridades judiciales españolas, fue Luis Bárcenas, miembro de la oficina de contabilidad del PP desde 1989 y tesorero entre 2008 y 2009. Durante el proceso judicial, Bárcenas desveló la existencia de una "caja B" en el partido, de pagos ilegales, y acusó a diversos dirigentes, incluido Rajoy, de recibir pagos en dinero negro.

Se hace referencia a los casos Gürtel y Bárcenas acontecidos en España, por la similitud del caso denominado "Sobornos", que se investiga en el Ecuador en contra del ex jefe de Estado, Rafael Correa Delgado (Símil u homónimo tanto en sus apellidos, cuanto por ser en España el empresario Francisco Correa - cerebro del caso Gürtel) quién ha sido acusado este viernes 06 de marzo 2020, por la señora Fiscal General del Estado, Diana Salazar, como el autor mediato del tinglado de sobornos más grande descubierto en el país, cuyas aportaciones, a decir de la investigación, no solo que financiaba al partido de gobierno Alianza País, en sus actividades proselitistas, sino que los aportantes, importantes empresarios, entre los que se incluye a la transnacional Odebrecht, conseguían a cambio contratos del Estado en su beneficio.

La caja b

Tras tomar declaración a decenas de personas, entre empresarios y dirigentes del PP, el juez Ruz llegó a la conclusión de que, al menos, una parte del contenido de los papeles de Bárcenas era cierto y, por tanto, la formación conservadora se había financiado ilegalmente durante 20 años.

Ha existido en el Partido Popular una corriente de cobros y pagos continua en el tiempo, ajena al circuito económico financiero y al margen de la contabilidad remi-

tida por esta formación política al Tribunal de Cuentas", ha escrito el magistrado en alguna de sus resoluciones judiciales. Entre 1990 y 2009, el PP recibió más de ocho millones de euros en concepto de donaciones ilegales, según los papeles de Bárcenas. Ese dinero sirvió, según el registro de pagos, para abonar sobresueldos a la cúpula del PP (Mariano Rajoy, Rodrigo Rato, Ángel Acebes, Jaime Mayor Oreja, Francisco Álvarez Cascos y Dolores de Cospedal). El extesorero llegó a relatar ante el juez Ruz cómo hacían esos pagos a los principales dirigentes del partido, pero estos lo negaron. Cospedal, Acebes, Arenas y Álvarez Cascos han declarado ante el juez que no recibieron esos sobresueldos que Bárcenas apuntaba en la contabilidad paralela. El juez no ha podido acreditar esos hechos por otros medios.³³

Legislación peruana sobre financiación ilegal de partidos políticos

El 5 de agosto del año 2019, el Congreso de la República del Perú, promulga la ley que modifica el código penal e incorpora el delito de "financiamiento prohibido de organizaciones políticas", signada como Ley N° 30997 que se publica en el Diario Oficial del 27-08-2019. Sobre el delito de financiamiento prohibido de organizaciones políticas, describe:

Artículo 359-A.- El que, de manera directa o indirecta, solicita, acepta, entrega o recibe aportes, donaciones, contribuciones o cualquier otro tipo de beneficio proveniente de fuente de financiamiento legalmente prohibida, conociendo o debiendo conocer su origen, en beneficio de una organización política o alianza electoral, registrada o en proceso de registro, será reprimido con pena privativa de libertad de hasta cinco años y con sesenta a ciento ochenta días multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 3 y 4, del Código Penal. La pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de seis años y con cien a trescientos días multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 3 y 4, del Código Penal, si el delito es cometido por el

³³ José Romero, "El 'caso Bárcenas', paso a paso: las pruebas del delito", *El País*, 17 de marzo de 2015.

candidato, tesorero, responsable de campaña o administrador de hecho o derecho de los recursos de una organización política, siempre que conozca o deba conocer la fuente de financiamiento legalmente prohibida.

La pena privativa de libertad será no menor de cinco ni mayor de ocho años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 3 y 4, del Código Penal, si:

- a) El valor del aporte, donación o financiamiento involucrado es superior a cincuenta (50) unidades impositivas tributarias (UIT).*
- b) El agente comete el delito como integrante de una organización criminal o persona vinculada a ella o actúe por encargo de la misma.*

Artículo 359-B.- *El tesorero, el responsable de campaña, el representante legal, el administrador de hecho o de derecho, o el miembro de la organización política que, con pleno conocimiento, proporciona información falsa en los informes sobre aportaciones e ingresos recibidos o en aquellos referidos a los gastos efectivos de campaña electoral o en la información financiera anual que se entrega a la entidad supervisora será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 3 y 4, del Código Penal.*

Artículo 359-C.- *Son fuentes de financiamiento legalmente prohibidas aquellas que provengan de:*

- 1. Cualquier entidad de derecho público o empresa de propiedad del Estado o con participación de este, distintas del financiamiento público directo o indirecto a las organizaciones políticas.*
- 2. Los aportes anónimos dinerarios superiores a dos (2) unidades impositivas tributarias.*
- 3. Personas naturales condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada, o con*

mandato de prisión preventiva vigente por delitos contra la administración pública, tráfico ilícito de drogas, minería ilegal, tala ilegal, trata de personas, lavado de activos o terrorismo, según información obtenida a través del procedimiento de la ley sobre la Ventanilla Única de Antecedentes para Uso Electoral, en lo que resulte aplicable. La prohibición se extiende hasta diez (10) años después de cumplida la condena.⁴ Los que provengan de personas jurídicas nacionales o extranjeras sancionadas penal o administrativamente en el país o en el extranjero por la comisión de un delito, o que se les haya sancionado conforme a lo señalado en la Ley 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, o se les haya aplicado las consecuencias accesorias previstas en el presente código.³⁴

Penalización de reciente data (27-08-2019), cuya finalidad político criminal justificante del delito de financiamiento prohibido de organizaciones políticas dista mucho de ser similar a la de lavado de activos. Aquella se asemeja más bien a los delitos de cohecho y tráfico de influencias, pero en una etapa anterior a su propia consumación. Sobre la financiación de un partido político, los aportes de una empresa resultan de una peligrosidad semejante a la del soborno de un funcionario público. El poder influir en las decisiones del partido a través de la financiación oculta abre las puertas a las empresas a poder influir en temas de administración, asuntos públicos y fundamentalmente presionar para la concesión de contratos estatales.

Caso Alejandro Toledo

Según el investigador colombiano Jorge González, Alejandro Toledo, pactó en el Brasil, a propósito de su participación en la cumbre "XVIII Reunión de Jefes de Estado y de Gobierno del Mecanismo Permanente de Consulta y Concertación Política de Grupo de Río". El entonces presidente peruano se habría reunido con Marcelo Odebrecht, para concertar la construcción del "Corredor Vial Interoceánico Perú- Brasil", cuyo costo se calculaba tendría USD \$ 4.233 millones.

³⁴ Ricardo Montero, Normas legales, N° 15061, El Peruano, 27 de agosto 2019.

El expresidente peruano Alejandro Toledo (2001-2006) habría recibido coimas de la constructora brasileña Odebrecht, según revelara en el Brasil a fiscales del país andino el exsuperintendente de la compañía en Perú Jorge Barata. Los sobornos entregados a Toledo tendrían como propósito la adjudicación, para Odebrecht y otras empresas brasileñas, de tres tramos de la construcción de la carretera Interoceánica Sur, según afirmó a la prensa el fiscal peruano Germán Juárez.

Concretamente, Toledo ha sido acusado de recibir multimillonarios sobornos que sirvieron para favorecer los contratos que Odebrecht tuvo en Perú. Específicamente, el empresario Josef Maiman afirmó a la Fiscalía de ese país que depositó 35 millones de dólares al mandatario para sobornar al gobierno de Toledo. En teoría, ese dinero sirvió para que Odebrecht se quedara con los contratos de los tramos 2 y 3 de la Interoceánica Sur.

El exmandatario fue arrestado en los Estados Unidos de América, en el mes de julio del año 2019, por pedido de extradición del Perú debido a su participación en el escándalo de corrupción de la multinacional Odebrecht.

Legislación ecuatoriana sobre derechos de participación y ley de partidos políticos.

La Constitución de la República del Ecuador en el Título IV, Capítulo I, garantiza la participación en democracia a través de organizaciones colectivas e, individualmente, participación en diferentes niveles del gobierno –la democracia directa– y por medio de las organizaciones políticas. El Art. 108, señala que los partidos y movimientos políticos son organizaciones públicas no estatales, que se fundan como expresiones de la multiplicidad política del pueblo, pudiendo defender concepciones filosóficas, políticas, ideológicas, incluyentes y no discriminatorias. Señala además la norma suprema en su Art. 110, que los partidos y movimientos se deben financiar con las contribuciones de sus afiliados o simpatizantes y que recibirán asignaciones del Estado.

Los derechos de participación establecen, en

resumen, cómo elegir y ser elegidos; parámetros para ser consultados, afiliarse o desafiliarse libremente de movimientos y partidos políticos, así como participar en todas las decisiones que estos adopten; intervenir como veedores u observadores en los procesos electorales; exigir la rendición de cuentas y la transparencia de la información de los sujetos políticos. Estos elementos, cobran vigencia en estos días, por lo que resulta importante recordar que los derechos políticos expresan el compromiso de la legislación y de las instituciones públicas para posibilitar la participación de los ciudadanos en el ámbito de la vida pública o política.

El régimen constitucional vigente prevé, como características inherentes al derecho del sufragio activo, el hecho de ser universal, igual, directo, secreto y escrutado públicamente. Estas cualidades no han sido incorporadas a la Constitución de forma espontánea, sino que responden a una evolución histórica que en Ecuador se ha desarrollado paulatinamente, aunque no de forma lineal³⁵.

La estructura electoral, hasta el año 2008, quedó establecida en tres niveles: Tribunal Supremo Electoral; Tribunales Provinciales Electorales y Juntas Receptoras de Votos. El Tribunal Supremo Electoral ejercía dos tipos de competencias, una de naturaleza administrativa y otra de naturaleza jurisdiccional. Estas últimas, de tal magnitud que facultaban a tal organismo a ordenar la destitución de la funcionaria o funcionario que interfiriere en el normal desenvolvimiento del proceso electoral. El sistema planteado por la Constitución de 2008 amplía, en gran medida, la base de electores y presenta un esquema institucional independiente de las demás funciones del Estado. El Tribunal Contencioso Electoral y el Consejo Nacional Electoral poseen igual nivel jerárquico, lo que favorece la garantía de su independencia funcional. Evidentemente, la evolución del sistema electoral no ha terminado allí. Los dos máximos organismos electorales, cada uno desde su marco de acción, serán los encargados de encaminar al sistema hacia la consolidación de una democracia sustancial lo cual depende, en gran medida, de la transparencia, profesionalismo e independencia con la que se actúe. En suma, no existen per se sistemas mejores o peores; existen modelos que

³⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*.

en mayor o menor medida se acomodan a una realidad específica e instituciones y personas que usan o abusan de tales sistemas confines particulares o socialmente plausibles.

La Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas o Código de la Democracia (Reformada el 3 de febrero del 2020), en la exposición de motivos, "vislumbra la necesidad de desarrollar las garantías establecidas en la Constitución de la República respecto a los derechos políticos y de participación de la ciudadanía, la independencia y autonomía de los órganos y organismos electorales, y fundamentalmente la transparencia y legitimidad en el gasto y propaganda electoral"³⁶.

De esta ley, podemos destacar que, la misma regula la participación popular en el ejercicio de la democracia directa para los procesos electorales, que se encuentra prohibido que los candidatos participen en la inauguración de obras financiadas con fondos públicos. Adicionalmente, la reforma citada señala que ningún sujeto político podrá exceder los límites máximos determinados en la ley. El financiamiento y gasto electoral, refiere que la campaña propagandística debe ser equitativa e igualitaria. Sin embargo, los límites del gasto electoral, en la práctica, no se cumplen. La campaña electoral ha tergiversado su espíritu, los gastos superan en exceso los límites, en fiestas, licor, alquiler de vehículos, dejando en segundo plano la posición ideológica de los partidos políticos, las planes de trabajo, siendo las ofertas electorales presa del populismo, cuyos difusores son mostrar caminos serios para afrontar los problemas básicos de la sociedad, para conseguir el equilibrio ideal de la sociedad, en aspectos económicos, sociales, políticos, etc.

Respecto a los ingresos, señala la mencionada ley, que las organizaciones pueden recibir aportaciones lícitas en numerario o en especie, a cualquier título, que serán reportadas y reflejadas en su contabilidad, aportaciones que pueden ser de personas naturales de nacionalidad ecuatoriana y por personas naturales extranjeras residentes en el Ecuador, debiendo existir en cada organización política un responsable económico.

Además, la legislación ecuatoriana, respecto a los aportes de origen ilícito, los veta totalmente. Prohíbe la recepción de aportes, contribuciones, o entrega de cualquier tipo de recurso de origen ilícito, así como la aceptación de aportaciones de personas naturales nacionales que tengan contratos con el Estado, siempre y cuando el contrato haya sido celebrado para la ejecución de una obra pública, como la prestación de servicios públicos o la explotación de recursos naturales, mediante concesión, asociación o cualquier otra modalidad contractual.³⁷ Así, se prohíbe tales aportes, prohibición similar que mantiene la legislación española.

Cabe destacar que prohíbe a las instituciones del Estado, a que soliciten aportaciones obligatorias a favor de organizaciones políticas o candidatura alguna, sumada a que las personas jurídicas de derecho privado con capitales nacionales, extranjeros o mixtos no podrán brindar aportes a campañas electorales.

Las fuentes de financiamiento prohibidas están señaladas en el Art. 360, al prohibir a las organizaciones políticas recibir, contribuciones de empresas estatales; de concesionarios de obras o servicios públicos estatales; de congregaciones religiosas de cualquier denominación; de personas naturales o jurídicas que contraten con el Estado, o de empresas, instituciones o Estados extranjeros, entre otros³⁸.

Las sanciones a quienes violen las prohibiciones de esta Ley, se establecen multas basadas en remuneraciones mensuales unificadas, que para 2020, se establece en \$400, y con suspensión hasta 24 meses a la organización política, cuando:

- 1.- *Haya Incumplimiento de obligaciones a esta ley;*
- 2.- *Cuando dentro de un año no active su centro de capacitación, (rara vez se capacita a los militantes de los partidos políticos, únicamente en temporada de elecciones se abren sedes y se provoca reuniones y capacitaciones);*
- 3.- *Por pedido del Fiscal General cuando se realice una investigación por lavado de activos en que se involucre a la organización.*³⁹

³⁶ Ecuador, *Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia*, Registro Oficial Suplemento No. 578, 27 de abril de 2009.

³⁷ Ecuador, *Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia*.

³⁸ Ecuador, *Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia*.

³⁹ Ecuador, *Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia*.

En los Estados Unidos, coexisten dos partidos políticos principales –Demócrata y Republicano–, convirtiéndose en una democracia bipartidista. En este país, se piensa que las elecciones libres y equitativas son fundamentales para la garantía del consentimiento de los gobernados, el cual es el fundamento de la política democrática, que es el mecanismo principal para que ese consentimiento se traduzca en autoridad gubernamental. Jeane Kirkpatrick, ex representante de Estados Unidos en la Naciones Unidas, propuso la siguiente definición.

*Las elecciones democráticas no son tan simbólicas. (...) Son elecciones competitivas, periódicas, incluyentes y definitivas en las que los principales funcionarios que estarán a cargo de tomar decisiones en el gobierno son elegidos por ciudadanos que gozan de amplias libertades para criticar a sus gobernantes, publicar sus críticas y presentar alternativas.*⁴⁰

Frente a la realidad de Estados Unidos, la República cubana, esboza que, no es necesario fragmentar el país en partidos políticos, para efectuar elecciones democráticas y en función a intereses nacionales. Que para ser electo a cualquiera de las instancias del poder no representa ninguna prebenda, por el contrario, se adquiere una mayor responsabilidad no remunerada. Los delegados a las distintas asambleas hacen su trabajo en tiempo extra laboral, excepto los cuadros profesionales que devengarán el mismo salario que recibían en su centro laboral de procedencia, por tanto la función política no reporta ningún beneficio económico⁴¹.

En el Ecuador se ha evidenciado un multipartidismo que se ha alternado en el poder, con similares matices, de tendencia populista. Algunos pensadores señalan que la lucha política en los estados actuales es la contienda por el poder hegemónico, la cual se presenta como una lucha de partidos. Si bien, estas organizaciones tienen como objetivo construir la sociedad y el Estado de acuerdo a la visión del mundo y a los intereses de las fuerzas sociales que representa, parecen buscar la conquista y

el ejercicio del poder político a través del monopolio de la representación política⁴².

Como corolario se puede señalar, que los sistemas políticos y las bases ideológicas pueden ser un factor desencadenante para guiar a miembros de un partido y a los ciudadanos. En otros, el interés económico o la perspectiva social pueden ser más importantes que el compromiso ideológico y social.

Persona jurídica

Responsabilidad penal de la persona jurídica

Al Papa Inocencio IV, se le atribuye la máxima jurídica *societas delinquere non potest*, "La sociedad no puede delinquir". Concibe a estas *universitas* como personas ficticias (persona ficta), que sin embargo no tiene capacidad de delinquir (*impossibile est, quod universitas delinquat*), pues al no tener cuerpo son incapaces de ejercer acción⁴³.

Savigny, considera a las personas jurídicas como personas que no existen sino para fines jurídicos, que aparecen junto al individuo como sujetos de las relaciones de derecho, pero siempre en la esfera del derecho privado. La característica esencial que atribuye a la persona jurídica es la de poseer, que las relaciones de derecho que mantienen las personas jurídicas son a su criterio la propiedad y los denominados *jura in re* las obligaciones y las sucesiones⁴⁴. Este señala lo siguiente:

(...) el derecho criminal considera al hombre natural, es decir, un ser libre, inteligente y sensible; la persona jurídica por el contrario, se encuentra despojada de estos caracteres, siendo solo un ser abstracto capaz de poseer, y que el derecho criminal no podría mezclarse en la esfera de su acción; la realidad de su existencia se funda sobre las determinaciones de un cierto número de representantes que, en virtud de una ficción, son consideradas como sus propias determinaciones; y una representación parecida,

⁴⁰ Howard Cincotta *La democracia, en síntesis*.

⁴¹ Méndez, Carlos. *¿Democracia en Cuba?*, 155.

⁴² Lola Vásquez y Napoleón Saltos. *Ecuador. Su realidad*, 313.

⁴³ Silvina Bacigalupo. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1998), 48.

⁴⁴ Friedrich Savigny, *Sistema del derecho romano actual* (Madrid: F. Góngora y Compañía, 1878), 60.

*que excluya la voluntad propiamente dicha, puede tener efecto en cuanto al derecho civil, nunca en cuanto al penal*⁴⁵.

La decisión política-criminal, de exigir que las personas jurídicas respondan penalmente en el mundo hispano hablante, en el siglo pasado, era impensable. El camino regulatorio para sancionar penalmente a organizaciones, corporaciones, partidos políticos, sindicatos, no era muy alentador. La doctrina prevalente esgrimía que solo la persona humana individual era capaz de asumir el juicio de reproche penal⁴⁶.

Von Gierke, enmarca tanto a la persona natural como a la jurídica en la realidad social, presenta puntos idénticos entre los individuos y las personas jurídicas, como finalidades y efectos de las mismas, razón por la cual se justifica el considerar a las personas jurídicas como personas sociales con la misma capacidad jurídica de los individuos⁴⁷. Además, liga la capacidad de voluntad de las personas jurídicas con su calidad de sujeto de derecho, voluntad que se expresa por medio de sus órganos. Deja por tanto la persona jurídica de ser algo que existe junto o frente a sus miembros, sino que existe a través de ellos, por lo que no puede considerarse un ente sin alma ni cuerpo. Así, la persona jurídica es capaz tanto de acción, como de culpabilidad, pues actúa y delinque a través de sus órganos en la medida en que los mismos actúen dentro del ámbito de las competencias que se encuentran establecidas estatutariamente⁴⁸.

Laura Zúñiga, menciona que, desde varias décadas, el debate sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas va adquiriendo protagonismo en la política criminal moderna, por su influencia en delitos socioeconómicos que alcanza a gran cantidad de códigos penales como infracción. Señalan que los principios de legalidad, lesividad y culpabilidad se molestan ante los nuevos tipos de delito que protegen bienes jurídicos colectivos, como el mer-

cado, la naturaleza, los consumidores, ya que lo complejo es referirse a que la nueva criminalidad se realiza desde las empresas, cuyas estructuras empresariales hacen que la individualización de la responsabilidad penal bajo la centralidad de un autor conlleven según Schünemann a la "irresponsabilidad organizada". Esta criminalidad empresarial preocupa a los organismos internacionales, y nacionales, en virtud que ésta no tiene límites territoriales, que el derecho comparado es un gran instrumento para prevenir, investigar y sancionar delitos transnacionales, y que la "persona jurídica ocupa un lugar central, ya sea como instrumento para delinquir (criminalidad organizada) o como estructura desde la que se protagonizan delitos (criminalidad de empresa)"⁴⁹.

El Código Civil ecuatoriano al hablar de las personas, las divide en naturales y jurídicas. Por naturales se refiere a todos los individuos de la especie humana, en contraste, las jurídicas se refiere a una persona ficticia "capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles", y de ser representada judicial y extrajudicialmente, y que la voluntad de la mayoría de la sala (miembros de la corporación) es la voluntad de la corporación, y que "los actos del representante de la corporación", en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación. Que en cuanto excedan de estos límites, sólo obligan personalmente al representante y que este ente tiene sobre sus miembros el derecho de "policía correccional" que los estatutos le confieran y ejercerá este derecho, en conformidad a ellos⁵⁰.

En el Ecuador, a raíz de la publicación el Registro Oficial Nro. 180, del 10 de febrero del 2014, del Código Orgánico Integral Penal (COIP), y su entrada en vigencia el 10 de agosto del 2014, una de las novedades encontradas ha sido lo señalado en los Arts. 49, 50 y 71, respecto a la responsabilidad penal de la persona jurídica, la correspondencia de la responsabilidad penal entre la persona jurídica y la física. Así también,

⁴⁵ Friedrich Savigny, *Sistema del derecho romano actual*, 106.

⁴⁶ Laura Zúñiga, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y derechos humanos: una valoración desde la reforma de 2015 de la legislación española", en *Derecho penal económico y derechos humanos*, dir. por Eduardo Demetrio y Adán Nieto (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018), 92.

⁴⁷ Ramiro García, "¿Saben las empresas lo que se les viene en el penal?", *El Universo*, 13 de octubre de 2014.

⁴⁸ Ramiro García, *Código Orgánico Integral Penal Comentado* (Lima: ARA Editores, 2014), 429.

⁴⁹ Juan Pozo, *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Ecuador* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018).

⁵⁰ Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial, Suplemento 46, 24 de junio de 2005.

se hace mención a las penas para los entes jurídicos cuando se han violentado bienes jurídicamente protegidos como las violaciones a los derechos humanos y contra el derecho internacional humanitario, trata de personas, explotación sexual, tráfico de órganos, delitos contra la propiedad, contra la migración, contra el derecho a la salud, tráfico de drogas, contra los consumidores, contra el medio ambiente, contra los recursos naturales, contra la administración pública, contra el sistema financiero, lavado de activos, terrorismo. Si bien, no existe la exposición de motivos de incorporar en la legislación penal la responsabilidad penal de la persona jurídica, se puede suponer que aquello se debe a razones de política criminal, a la globalización y al avance de la macro y cibercriminalidad, especialmente en las conductas delictivas que hemos señalado en párrafos anteriores.

Bien jurídico protegido en la financiación ilegal de partidos políticos.

El tratadista Francisco Muñoz, considera que los bienes jurídicos son los presupuestos que la persona necesita para su autorrealización en la vida social⁵¹. Es, en definitiva, el objeto protegido por la constitución y la legislación penal, mismas que le otorgan legitimidad al Estado para tipificar delitos, imponer castigos y medidas de prevención.

Antonio Jávato, analiza la siguiente reflexión:

En la doctrina española se ha suscitado el debate sobre si es posible identificar un bien jurídico autónomo en las conductas de financiación ilegal o si por contrario, adolecen de falta del mismo y entonces derivarse al ordenamiento administrativo sancionador. Se puede decir que hoy en día es mayoritaria la postura que se decanta por la respuesta afirmativa y se muestra favorable a establecer una figura penal en este ámbito⁵².

Señala Jávato, por regla general, el bien jurídico protegido se identifica con el correcto funcionamiento del sistema de partido y del desempeño de las funciones que constitucionalmente tienen asignadas.⁵³ Por otro lado, Nieto afirma que la financiación ilegal lesiona bienes jurídicos autónomos merecedores de protección penal tales como la transparencia de la financiación, la igualdad de oportunidades entre las distintas fuerzas políticas y la democracia interna de los partidos.

En el caso ecuatoriano, se considera que el bien jurídico protegido, se establecería por las conductas que van en contra los derechos de participación, que figuran dentro de delitos contra la responsabilidad ciudadana, al tener protección constitucional como se ha señalado anteriormente.

Delitos de peligro. Delitos de daño

Se analizará, en este punto, si la financiación ilegal de partidos políticos se trataría de un delito de peligro o de daño, para lo cual se señala lo siguiente:

Delitos de peligro: son aquellos en los cuales el sujeto no requiere la lesión del bien jurídico, sino que basta con que la conducta sea la puesta en peligro del mismo, la amenaza a este, como por ejemplo portar armas de fuego, sin autorización (delito según legislación ecuatoriana. A diferencia del resultado concreto (delitos de daño), en los delitos de peligro se habla de una "amenaza general que pone en riesgo bienes jurídicos cuyo titular es su conjunto"⁵⁴.

Delitos de daño: El daño que se causa en el bien jurídico protegido es real, es efectivo. Por ejemplo, en el caso de violación, el daño lo recibe una persona determinada cuyo derecho a la libertad sexual resultará lesionado. En estos delitos se "requiere para su consumación la efectiva destrucción o menoscabo del bien jurídico tutelado"⁵⁵. Este tipo de infracciones son fáciles de comprender, ya que se vulnera por medio de la acción delictiva el bien jurídico protegido.

⁵¹ Francisco Muñoz, *Introducción al Derecho Penal* (Buenos Aires: B de F, 2001), 91.

⁵² Antonio Jávato, "El delito de financiación ilegal de los partidos políticos", 22.

⁵³ Antonio Jávato, "El delito de financiación ilegal de los partidos políticos", 22.

⁵⁴ Ernesto Albán, *Manual de Derecho penal ecuatoriano: Parte General* (Quito: Ediciones Legales, 2011), 129.

⁵⁵ Roberto Falcone, "Los delitos relativos al tráfico de drogas como delitos de peligro", *Revista de Derecho Penal. Delitos de Peligro* II (2008): 255.

En resumen, los delitos de daño los que se consuman con la lesión efectiva de un bien jurídico. Por el contrario, son delitos de peligro, los que se consuman con sólo poner en peligro o crear la posibilidad de peligro para un bien tutelado por la ley penal en esa medida, de acuerdo con lo que dispone el tipo penal.

Zaffaroni, indica que la ofensa al bien jurídico protegido, puede constituirse en una lesión en sentido estricto o en un peligro. En las últimas décadas, en que aparentemente vivimos en una sociedad de riesgo, se multiplican en las legislaciones mundiales los tipos de peligro que adelantan el momento consumativo a etapas muy previas a la lesión. Esta clasificación de los tipos penales en tipos de lesión y tipos de peligro, subdividiendo éstos últimos en delitos de peligro concreto y peligro abstracto. Los de peligro abstracto a) para unos consisten en tipos en los que el peligro se presume *juris et de jure* (no admite prueba en contrario); b) para otros basta en esos tipos que haya un peligro de peligro (o riesgo de riesgo)

Indica además que en el derecho penal las presunciones *juris et de jure* que, por definición, sirven para dar por cierto lo que falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay, que serían supuestos de triplicación de peligros o riesgos (riesgo de riesgo de riesgo), ósea, de clara tipicidad sin lesividad. Se debe partir de la premisa constitucional que sólo haya tipos de lesión y tipos de peligro, y que, es estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo en el mundo real⁵⁶.

La financiación ilegal de partidos políticos, desde una perspectiva personal, reúne la característica del delito de daño. Su lesividad se comprueba al atentar al bien jurídico protegido como son los derechos de participación, la participación en democracia, la igualdad de oportunidades y se consuma al momento de entregar el aporte y el mismo utilizarlo para fines diferentes a lo establecido por la ley y la constitución. Basta el hecho de la entrega de los aportes por encima de lo dispuesto por la ley. Aportes que, por lo general, son recompensados con contratos de obras, nombramientos

de servidores públicos, y legislación sesgada en favor de los interés de grandes corporaciones.

Compliance penal

El derecho debe adecuarse a la revolución tecnológica para hacer posible la protección efectiva de los derechos individuales y colectivos, la visión de precaución, prevención e inclusión deben hacer frente a las innovadoras realidades. La empresa como elemento fundamental del desarrollo económico es indiscutible, a la par debe haber modelos de regulación que garanticen el pleno ejercicio de los derechos de las personas jurídicas frente al mercado⁵⁷.

Los compliance programs, o programas de cumplimiento, son los establecidos por el liderazgo corporativo o de las personas jurídicas, sus directores y gerentes, para prever el cometimiento de faltas de conducta y asegurar que las actividades corporativas sean conducidas de acuerdo con las leyes penales y civiles.⁵⁸

El compliance, tiene como referencia, la creación de un conjunto de normas diseñadas para identificar y gestionar los riesgos que se presentan al interior de la empresa con el propósito de incentivar el cumplimiento de la ley y un ejercicio corporativo ajustado a los principios éticos empresariales. Es un sistema de autorregulación que persigue la observancia de la ley y demás normas vinculantes para la empresa, creadas por la administración pública, los bancos, el mercado de inversiones, etc. Impulsa la creación de una cultura empresarial de fidelidad al derecho, que permite que la responsabilidad individual o propia de un empleado, pueda imputarse directamente al responsable y no se traslade automáticamente hacia la persona jurídica o a sus directivos⁵⁹.

Ramírez, señala que: "un buen programa de cumplimiento es útil para prevenir y detectar los posibles delitos que pudieran cometerse al interior de la organización empresarial, acreditando que estén adecuadamente desarrollados, esto es, comprobar la aplicación en tiempo real de los procedimientos y protocolos

⁵⁶ Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal. Parte general* (Buenos Aires: EDIAR, 2006), 375.

⁵⁷ Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 375.

⁵⁸ Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 27.

⁵⁹ Paula Ramírez y Juan Carlos Ferré Compliance, *derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial* (Bogotá: Tirant lo Blanch, 2019), 77.

por parte de sus administradores, trabajadores, directivos y colaboradores, con la finalidad revelar la vigencia actual del programa⁶⁰.

Es importante mencionar, que un buen programa de cumplimiento puede atenuar o eximir de responsabilidad a la empresa y a todas las personas jurídicas tanto pública como privada, incluidos los partidos políticos conforme lo dispone la legislación española.⁶¹

Tipificación del delito de financiación ilegal de partidos políticos en el Ecuador.

Por lo analizado, es conveniente que el legislador ecuatoriano tipifique la conducta de financiación ilegal de partidos políticos por varios motivos. Por fines de política criminal, porque esa es la corriente mundial y porque afecta a bienes jurídicos sociales. Debiendo además, no solo responder por tales hechos el contador del partido político, sino la propia organización política, por su responsabilidad como persona jurídica, conforme lo hemos señalado anteriormente.

Conclusiones

La corrupción es el detonante de la inequidad en el planeta, afecta los derechos humanos y la democracia. Así, se debe tener consciencia de que la nueva criminalidad, ya no la de bagatela, sino la de cuello blanco, es la que más afecta a bienes jurídicos colectivos. Esta tiene como su mejor aliado a políticos deshonestos, a la globalización y a la cibercriminalidad transnacional.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, es un tema que se sigue desarrollando en las distintas naciones, estableciéndose en gran cantidad de legislaciones penales, dejando de lado el brocardo latino *societas delinquere non potest* (una sociedad no puede delinquir), por su capacidad de mover ingentes sumas de dinero de forma lícita e ilícita, promoviendo prácticas desleales, que producen daños irreversibles, distorsionando el mercado, la libre competencia y contaminando a instituciones públicas.

La irresponsabilidad en la contratación pública, es el común denominador en los países de habla hispana. Los mayores atracos al erario nacional se los ha cometido a través de la contratación de obras civiles, adquisición de bienes. Usualmente, estos traen consigo actos delictivos como el cohecho, lavado de activos, sobornos, etc., siendo conveniente la revisión integral de las leyes anticorrupción.

La responsabilidad penal de los partidos políticos, en virtud de su papel preponderante que debieran tener en la sociedad y en la política, y que lejos de ser el faro que guíe el destino de los pueblos, se ha convertido en el ícono de la corrupción, como se ha evidenciado, determina la necesidad de que, en el Ecuador, se tipifique en el Código Orgánico Integral Penal la conducta de financiación ilegal de partidos y movimientos políticos.

⁶⁰ Paula Ramírez y Juan Carlos Ferré Compliance, *derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial*, 36.

⁶¹ Julio Ballesteros, Conferencia, Universidad de Salamanca, 23 de enero de 2020.

Bibliografía

- Albán, Ernesto. *Manual de Derecho penal ecuatoriano: Parte General*. Quito: Ediciones Legales, 2011.
- Bacigalupo, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1998.
- Ballesteros, Julio. Conferencia, Universidad de Salamanca, 23 de enero de 2020.
- Borja, Rodrigo. *Enciclopedia de la Política*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- Busch, Richard. *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*. Leipzig: Verlag von Theodor Weicher, 1933.
- Cancio, Manuel y Carlos Gómez. *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Madrid: B de F, 2006.
- Casablanca, Paola. "La empatía, la solidaridad y la lucha contra la corrupción". En *Visiones Transnacionales del Derecho en Tiempos de la Ciberinformación*, dirigido por Paula Ramírez. Bogotá: Temis, 2019.
- Cincotta, Howard. *La democracia, en síntesis*. 2007.
- Ecuador. *Código Civil*. Registro Oficial, Suplemento 46, 24 de junio de 2005.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial, Suplemento 180, 10 de febrero de 2014.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre 2008.
- Ecuador. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Suplemento del Registro Oficial No. 395, 4 de agosto 2008.
- Ecuador. *Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia*. Registro Oficial Suplemento No. 578, 27 de abril de 2009.
- España. *Ley Orgánica 10/1995*, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995
- Falcone, Roberto. "Los delitos relativos al tráfico de drogas como delitos de peligro". *Revista de Derecho Penal. Delitos de Peligro II* (2008).
- Ferrajoli, Luigi. *La democracia a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2014.
- García, Ramiro. *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. Lima: ARA Editores, 2014.
- González, Jorge. *Odebrecht. La historia completa*. Colombia: Penguin Random House, 2018.

- Javato, Antonio. "El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP) Aspectos dogmáticos, políticos criminales y de derecho comparado". *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º. 19 (2017): 1 - 41.
- Machado, Camilo. "Política criminal expansionista y derecho penal del enemigo en un Estado de derecho". En *Visiones Transnacionales del Derecho en tiempos de la ciberinformación*, dirigido por Paula Ramírez. Bogotá: Temis, 2019.
- Méndez, Carlos. *¿Democracia en Cuba?*. La Habana: José Martí, 1997.
- Montero Ricardo, Normas legales, N° 15061. *El Peruano*, 27 de agosto 2019.
- Muñoz, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Buenos Aires: B de F, 2001.
- Pozo, Juan. *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2018.
- Querejeta, Alejandro. *Periodismo de Investigación*. Quito: Paraíso Editores, 2011.
- Ramírez, Paula y Juan Carlos Ferré. *Compliance, derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2019.
- Redacción Seguridad. "El caso de corrupción Arroz Verde pasa a llamarse 'caso Sobornos'; Fiscalía tiene 200 evidencias". *El Comercio*, 9 de julio de 2019.
- Romero, José. "El 'caso Bárcenas', paso a paso: las pruebas del delito". *El País*, 17 de marzo de 2015.
- Savigny, Friedrich. *Sistema del derecho romano actual*. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1878.
- Silva, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal*. Madrid: Edisofer, 2011.
- Subirats, Joan. "Ulrick Beck, teórico de la Sociedad del riesgo". *El País*, 3 de enero de 2015.
- Transparencia Internacional. Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción. <https://transparencia.org.es/glosario-ti-sobre-transparencia-y-corrupcion/>
- Vásquez, Lola y Napoleón Saltos. *Ecuador. Su realidad*. Quito: Fundación de investigación y promoción social "José Peralta", 2005.
- Wikipedia. "Caso Odebrecht". https://es.wikipedia.org/wiki/Caso_Odebrecht
- Zaffaroni, Eugenio, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. *Manual de Derecho Penal*. Parte general. Buenos Aires: EDIAR, 2006.
- Zúñiga, Laura. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y dere-

chos humanos: una valoración desde la reforma de 2015 de la legislación española". En *Derecho penal económico y derechos humanos*, dirigido por Eduardo Demetrio y Adán Nieto. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.



FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ECUADOR

Número de edición 028

ISSN: 2661-6920

Dirección: Juan León Mera N19-36 y Av. Patria

Edificio Fiscalía General del Estado. Piso 6

Teléfono: (02) 3985 800 Ext. 173037

Mail: estudiospenales@fiscalia.gob.ec

Fiscalía General del Estado

Dirección de Gestión de Estudios Penales

Quito - Ecuador