

FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ECUADOR

CIDPE

CONGRESO INTERNACIONAL DE
DERECHO PENAL ECONÓMICO

LIBRO DE PONENCIAS 2021

FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ECUADOR

LIBRO DE PONENCIAS 2021 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Diana Salazar Méndez
Fiscal General del Estado

Mgs. Xavier Torres Maldonado
Coordinador General de Gestión del Conocimiento

Mgs. Beatriz Rodríguez Tapia
Directora de Gestión de Estudios Penales

DIRECTORES DE LA OBRA

Julio Ballesteros Sánchez Ph.D.
Mgs. Beatriz Rodríguez Tapia

COORDINADOR DE LA OBRA

Abg. Sebastián Tipán Morales

COMITÉ ACADÉMICO

Dirección de Gestión de Estudios Penales

EQUIPO DE DISEÑO EDITORIAL ACADÉMICO

Dirección de Comunicación y Promoción Institucional

Lic. Luis Monteros Arregui
Ing. Andrés Lasso Ruiz

Quito, noviembre de 2021

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

Fiscalía General del Estado

Dirección de Gestión de Estudios Penales

Congreso Internacional de Derecho Penal Económico

Quito-Ecuador
Noviembre, 2021

El derecho penal económico y de la empresa en la encrucijada entre la responsabilidad individual y la colectiva7 (Eduardo Demetrio Crespo)	Los programas de <i>compliance</i> y su sentido histórico para fiscalizadores y reguladores114 (Eduardo Saad-Diniz)
Derecho penal económico y empresarial y funcionalismo normativo: una interacción funcional.....23 (Miguel Polaino-Orts)	El criminal <i>compliance</i> en Argentina119 (Lina Silvana Anllo)
Retos de la responsabilidad penal de personas jurídicas en el debate actual.....37 (Laura Zúñiga Rodríguez)	La gestión del riesgo de corrupción a través del estándar internacional ISO 37001126 (Miquel Fortuny)
Responsabilidad penal de personas jurídicas en el Ecuador.....44 (Javier Fernández Teruelo)	La prueba de la idoneidad/eficacia del <i>compliance program</i> en el proceso penal138 (Carlos Caro Coria)
Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador.....52 (Rodolfo Félix Cárdenas)	Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas147 (Ana Neira Pena)
La responsabilidad penal de la persona jurídica y su tratamiento legislativo brasileño64 (Antonio Diego da Costa)	Recuperación de activos de origen delictivo166 (Isidoro Blanco Cordero)
Medianas empresas criminales.....77 (André Scheller D'Angelo)	Incidencias sustantivas y procesales del blanqueo de capitales en España173 (Jerónimo García San Martín)
La lucha contra la corrupción desde una visión holística: perspectiva iberoamericana.....83 (Julio Ballesteros Sánchez)	Una aproximación a las dificultades en la investigación y persecución de los cibercrímenes178 (Ricardo Posada Maya)
Criminalidad organizada y sistema empresarial: oportunidades para la actividad delictiva.....94 (Daniel Sansó-Rubert Pascual)	

CIDPE

CONGRESO INTERNACIONAL DE
DERECHO PENAL ECONÓMICO

El derecho penal económico y de la empresa en la encrucijada entre la responsabilidad individual y la colectiva ⁽¹⁾ ⁽²⁾



Eduardo Demetrio Crespo

Doctor por la Universidad de Salamanca (1997) y Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha (2011). Ha sido Becario de Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia (1994-1997), la Fundación Alexander von Humboldt (2005-2006), la Sociedad Max-Planck (2008), el Instituto Hanseático de Estudios Avanzados (2010) y el Programa Salvador de Madariaga del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (2016). Ha llevado a cabo estancias de investigación en Alemania, Reino Unido e Italia. Profesor invitado en Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli (2018), Profesor Honorario de la Universidad San Martín de Porres (2019) y Doctor Honoris Causa por Universidad Togatorum de México (2021). Sus líneas de investigación giran en torno a los fundamentos dogmáticos y constitucionales del Derecho penal. Entre sus publicaciones destacan las siguientes monografías: Prevención general e individualización judicial de la pena (1ª ed. 1999; reed. 2016); La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa (1ª ed. 2003; reed. 2020); Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin (1ª ed. 2008, reed. 2013), Responsabilidad penal por omisión del empresario (1ª ed. 2009, reed. 2017), Fragmentos sobre Neurociencias y Derecho penal (2017) y El Derecho penal del Estado de Derecho entre el espíritu de nuestro tiempo y la Constitución (2020). Ha dirigido o coordinado asimismo numerosas obras colectivas dedicadas a los ámbitos de estudio mencionados.

I. La cuestión de las excepciones y lo constitucionalmente admisible

Dentro de las incertidumbres a las que está sometido el moderno derecho penal económico y de la empresa surge en primera línea la *cuestión de las excepciones*. En este sentido, plantea Quintero Olivares¹ que la teoría del delito hace tiempo que ha dejado de ser monolítica y que, en este ámbito, ha sufrido un proceso de progresiva adaptación que deja grandes interrogantes abiertas, tales como los propios límites de la constitucionalidad (p.ej. en el derecho penal tributario) y el problema de delimitar cuáles son los hechos que merecen la calificación de delito económico. En su opinión, el llamado "derecho penal científico" carece de influencia en la criminalidad económica y el derecho penal en esta materia habría pasado a un segundo plano en favor del derecho administrativo.

Sin embargo, lo más visible del fenómeno sería el alto número de excepciones respecto al derecho penal general, lo que ha justificado la necesidad de una parte general específica². Todo ello le conduce a defender que no sería bueno admitir la existencia de varios derechos penales. Solo cabe hablar, más bien, de un subsistema que tal vez habría podido regularse mejor en una Ley especial, lo que no justifica introducir excepciones que romperían con principios constitucionales, como por ejemplo, defender que al delincuente económico le estarían vedados los sustitutivos penales.^{3,4}

Por su parte, los límites de lo constitucionalmente aceptable en el derecho penal económico y de la empresa requiere de amplias investigaciones que tengan en cuenta datos extraídos de la realidad socioeconómica a la que se aplican las normas –marcada por una creciente desigualdad y distribución asimétrica de las condiciones de vida entre los países, así como por un crecimiento a costa de las libertades de otros en sociedades externalizadoras⁵– y no solo consideraciones abstractas de carácter normativo. No hacerlo supondría desconocer, a su vez, la progresiva degradación institucional y política de la mano de los populismos que tratan de socavar las bases de la convivencia democrática, ataques frente a los que el liberalismo se ha convertido en un "simple muro de contención"⁶.

En esta línea se mueven las lúcidas reflexiones de Terradillos Basoco⁷ cuando afirma que yerran por simplificación las tesis funcionalistas cuando afirman que la función del derecho penal no es cambiar la sociedad, sino proteger el *statu quo*, ya que, como él bien subraya, una cosa

1 G. Quintero Olivares, "Estado actual de la teoría del delito y Derecho penal económico", en E. Demetrio Crespo (Dir.), Derecho penal económico y Teoría del delito, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 49 y ss.

2 Vid., por todos, L. Gracia Martín, "Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno Derecho penal económico y empresarial de los poderosos", en InDret, 3/2016, pp. 1-131; C. Martínez-Buján Pérez, Derecho penal económico y de la empresa. Parte General, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016; J. M.ª Silva Sánchez, Fundamentos del Derecho penal de la Empresa, 2ª ed., Madrid: Edisofer/ Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2018.

3 G. Quintero Olivares, "Estado actual de la teoría del delito...", Op.cit., p. 55, nota 3.

4 Sobre este círculo de problemas resultan muy esclarecedoras las reflexiones de Silva Sánchez, quien advierte que, a diferencia de las ciencias experimentales, en las que la excepción refuta la regla, el abordaje dogmático de las instituciones podría admitir excepciones (J. M.ª Silva Sánchez, Fundamentos del Derecho penal de la Empresa, p. 5). A juicio de este autor, la sistemática de la teoría del delito se ha movido entre dos polos, permaneciendo unas veces inmune ante la tensión del caso y abriéndose expresamente al vértigo de éste en otras. El resultado parece haber sido la progresiva imposición de esta última salida sin renunciar, no obstante, a la generalización de las soluciones, p. 6, nota 9). Silva Sánchez reconoce, no obstante, que no puede excluir la posibilidad de que el Derecho penal económico tienda a conformarse como un Derecho penal de "segunda velocidad" (Ib., p. 6, nota 9) y que la mencionada generalización ha tenido como presupuesto una previa o simultánea reelaboración de las categorías, que las ha hecho más abiertas, por la vía de su normativización (Ib., p. 7).

5 S. Lessenich, "Fin a la hipocresía colectiva", El País, 25.08.2019.

6 M. Martínez-Basquán, "Este viejo o nuevo mundo de 2018", El País, 30.12.2018.

7 Juan M.ª Terradillos Basoco, "Protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Consideraciones político-criminales", en E. Demetrio Crespo (Dir.), Derecho penal económico y Teoría del delito, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 65 y ss.

1 Este artículo se incardina en el Proyecto de Investigación «Crisis del Derecho Penal del Estado de Derecho: Manifestaciones y tendencias» (SBPLY/17/18501/000223) concedido por la Junta de Comunidades de Castilla – La Mancha y cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), bajo la dirección de los Profes. Dres. Eduardo Demetrio Crespo, Alfonso J. García Figueroa y Gema M.ª Marcilla Córdoba (<https://blog.uclm.es/proyectocresta/>).

2 Vid. de manera más amplia, en: Demetrio Crespo, E., "Derecho penal económico y teoría del delito: otra vuelta de tuerca", en E. Demetrio Crespo (Dir.) / M. de la Cuerda Martín & F. García de la Torre García (Coord.), Derecho penal económico y teoría del delito, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 17-45. Para esta contribución se han extraído y adaptado algunos de los aspectos más controvertidos que cabe plantearse desde el punto de vista de la conformidad constitucional y adecuación dogmática en el tema abordado.

es que el sistema penal sea de carácter reactivo no promocional y, otra bien distinta, que deba convertirse en "garante ciego de lo existente, entre otras cosas porque el ESD [Estado social de derecho] interviene proactivamente en la dinamización social hacia el máximo desarrollo de los DD.HH [Derechos Humanos]".

Desde esta perspectiva, cobra pleno sentido la protección penal de DD.HH. de segunda y tercera generación –genéricamente, derechos económicos, sociales y culturales–. Las relaciones laborales, los riesgos ambientales o los fraudes tributarios se presentan entonces como objetos válidos y necesarios en un derecho penal de esta naturaleza. Por el contrario, el abordaje de la pobreza y la marginación se aparta de lo que una actuación promocional como la indicada aconseja de acuerdo a los tratados internacionales de DD. HH, en línea de la llamada "aporofobia"⁸. Por ello, subraya Terradillos que "el ejercicio de los derechos de participación igualitaria se ve gravemente obstaculizado por un sistema penal que criminaliza, incluso con rigor carcelario, infracciones triviales"⁹.

II. Derecho penal económico y de la empresa en la encrucijada entre la responsabilidad penal del individuo y la del ente colectivo.¹⁰

1. Cuestiones abiertas: la irrupción del *officer*

La introducción de la controvertida responsabilidad penal de la persona jurídica en el Código Penal español, junto a los programas de cumplimiento en los que aquella se apoya, generan un escenario de notable incertidumbre e inseguridad jurídica en un ámbito ya de por sí enormemente complicado. Hasta qué punto la situación actual puede reportar ciertos beneficios o más bien serios inconvenientes por los "destrozos" provocados como consecuencia de la importación de modelos basados en otras premisas es algo todavía abierto, cuya respuesta va a requerir un cierto tiempo de maduración¹¹.

Corcoy Bidasolo defiende, con toda razón, que la discusión no puede mantenerse en el plano estrictamente dogmático, sino que ha de ser de naturaleza político-criminal¹². Ello porque el modelo de autorresponsabilidad de la empresa implica cambiar un elemento estructural del sistema penal en la medida en que crea una nueva categoría de sujetos a efectos del derecho penal¹³. Ciertamente, cabe cuestionar el rendimiento del trabajo dogmático en este campo por cuanto los dos grandes modelos argumentativos no parecen ofrecer una respuesta adecuada. Como es sabido, los de heterorresponsabilidad o vicariales rompen con los principios penales más básicos, mientras que los de autorresponsabilidad, teóricamente admisibles, incurren en quiebras lógicas insalvables¹⁴. Mientras esto ocurre, la creencia de que las personas jurídicas

⁸ Término acuñado por la filósofa Adela Cortina (Universidad de Valencia) y que ha sido definido por el DRAE como "fobia a las personas pobres o desfavorecidas".

⁹ Juan M.^a Terradillos Basoco, "Protección de los derechos económicos", op.cit., p. 79.

¹⁰ Vid., por todos, V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino: Giappichelli, 2018.

¹¹ Vid., al respecto, E.B. Fernández Castejón, *Individualización de la responsabilidad penal por la actividad empresarial en EE.UU. ¿Un modelo para el Derecho penal español?*, Barcelona: Bosch, 2017.

¹² M. Corcoy Bidasolo, "Mecanismos de atribución de responsabilidad penal individual en la empresa: Responsabilidad de los órganos de administración, asesores y oficiales de cumplimiento", en E. Demetrio Crespo (Dir.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 89.

¹³ Sobre este punto, Vid., por todos, J. Cigüela Sola, "El injusto estructural de la organización. Aproximación al fundamento de la sanción a la persona jurídica", en *Indret* 1/2016, pp. 1 y ss.; Id., *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural en la empresa*, Madrid et al.: Marcial Pons, 2015, esp. pp. 215 y ss.

¹⁴ Vid., por todos, F. Molina Fernández, "Societas peccare non potest...Nec delinquere", en S. Bacigalupo Saggese et al. (Coord.),

cometen delitos se extiende como la pólvora y los partidarios de esta construcción llaman a "tomársela en serio"¹⁵.

Paralelamente, son muchas las cuestiones abiertas en el campo de la tradicional responsabilidad penal individual, como por ejemplo, la de la responsabilidad penal del *compliance officer*, con una dimensión ambivalente. Por un lado, se discute acerca de su posible posición de garante en virtud de la infracción de un deber de vigilancia bajo determinadas circunstancias¹⁶ y, por otro, se critica la posible descarga de responsabilidad desde los directivos hacia esta nueva figura que podría convertirse en "cabeza de turco"¹⁷.

Respecto al primer problema, siendo un tema necesitado de mayor profundización y muchos matices, en principio cabe compartir la posición que no ve en él, de entrada, un garante por la no evitación de delitos cometidos por los subordinados¹⁸, salvo que le hayan sido conferidos poderes ejecutivos. En esta dirección se estructura la argumentación de Alfredo Liñán, quien acierta al adoptar una posición restrictiva, asumiendo sobre la previa explicación de las funciones del *compliance officer* –esto es, en la primera fase de creación del programa de prevención de riesgos penales, la identificación de los mismos y el establecimiento de procedimientos o protocolos para su control; en la segunda fase, su desarrollo e implantación dentro de la empresa; y, en la tercera y última, el control y supervisión enunciado en el art. 31. bis CP– que si en la delegación de funciones respecto al deber de vigilancia y control al *compliance officer* no se incluye el poder de tomar determinadas decisiones ejecutivas e independientes para intentar evitar la comisión de delitos, no puede concluirse que sea garante, pues carecería de la capacidad material de impedir la comisión del delito¹⁹. En todo caso, la respuesta a esta difícil cuestión dogmática depende, en gran medida, de cómo se haya configurado en cada caso la correspondiente delegación de

Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo, pp. 361 y ss., quien concluye: "No es una conclusión muy optimista, pero creo que la aceptación por tantos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede interpretarse más que como un indicador preocupante sobre nuestra disciplina. Coherencia intrasistemática y ajuste de las categorías con la realidad que tratan de regular son requisitos elementales de cualquier sistema científico, y el nuestro, en lo que atañe a esta cuestión, más que desdenarlos explícitamente, parece no reparar en ellos, o pretender que pueden satisfacerse manipulando las palabras" (pp. 413-414). "Una desafortunada combinación de factores -la ambigüedad del concepto de responsabilidad penal; la inadecuada comparación con el Derecho administrativo sancionador; y, sobre todo, la confusión creada por las teorías normativas de la culpabilidad y su progresiva degradación de este elemento- nos han llevado hasta aquí" (pp. 414-415). "Pero ni el legislador es omnipotente, ni la denominación de las categorías básicas es trivial. Lo que está en peligro no son los Derechos de la persona jurídica, a la que la pena criminal le trae por completo sin cuidado (como cualquier otra cosa, porque ni siente ni padece), sino la responsabilidad de las personas físicas, una de cuyas garantías más preciosas para preservar su dignidad personal, el principio de culpabilidad, se va a ver inevitablemente degradado una vez que se admite que su contenido material básico -la exigencia de un sujeto consciente, que conoce el hecho y su significación y puede autodeterminarse- ya no es imprescindible." (p. 415). "Así que no se trata de una discusión bizantina. Detrás hay un problema real, con implicaciones potencialmente graves. Oponerse a la responsabilidad de las personas jurídicas y proponer su derogación y su reordenación como consecuencia penal accesoria ayudará a preservar aquello que de verdad importa: el principio de culpabilidad como garantía elemental de la dignidad de la persona física, del ser humano" (p. 415).

¹⁵ C. Gómez-Jara Diez, "Tomarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en serio: La culpabilidad de las personas jurídicas", en S. Bacigalupo Saggese et al. (Coord.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, pp. 125 y ss.

¹⁶ Vid., entre otras referencias, J. Dopico Gómez-Aller, "Posición de garante del *compliance officer* por infracción del 'deber de control': Una aproximación tópica", en E. Demetrio Crespo (Dir.), *Crisis financiera y Derecho penal económico*, Madrid: Edisofer / Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2014, pp. 507 y ss.; J.A. Lascrain Sánchez, "Salvar al oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)", en S. Mir Puig et al. (Dir.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance*, Madrid: Edisofer / Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2014, pp. 301 y ss.; A. Liñán, *La responsabilidad penal del Compliance Officer*, Cizur Menor: Aranzadi, 2019.

¹⁷ Vid., en sentido crítico, especialmente, P.C. Busato, *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 131 y ss.

¹⁸ Vid., sobre el problema general, ya en E. Demetrio Crespo, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Madrid: Iustel, 2009; y, más recientemente, en Id., "¿Definición de la categoría 'responsabilidad penal del superior por la no evitación de delitos cometidos por los subordinados' a partir de sus propios límites?", en F. Morales Prats et al. (Coord.), *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 329-344, y la bibliografía allí citada a la que me remito.

¹⁹ A. Liñán, *La responsabilidad penal del Compliance Officer*, Op.cit., p. 61. En el mismo sentido, G. Quintero Olivares, "Los programas de cumplimiento normativo y el Derecho penal", en E. Demetrio Crespo & A. Nieto Martín (Dir.), *Derecho penal económico y Derechos Humanos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 146.

competencias²⁰.

En cuanto al segundo –y delicado– asunto, el punto clave es cómo se configura la posición jurídica del delegado de vigilancia que, a juicio de Silva Sánchez se compone, de modo general, por la concurrencia de dos deberes: el de obtener conocimiento y el de transmitir la información obtenida al superior jerárquico o bien a la persona competente para la corrección de la situación defectuosa²¹. De acuerdo a las matizadas reflexiones de este autor, la implantación de un *compliance program* constituye incluso un deber jurídico-penalmente reforzado dirigido a las personas físicas, cuya finalidad sería neutralizar defectos de organización existentes en las personas jurídicas favorecedores de hechos delictivos individuales²².

Lo problemático en este punto sería la afirmación según la cual "la implantación de un *compliance program* eficaz *ex ante* tiene, de entrada, un efecto de exclusión de responsabilidad para los miembros del órgano de administración de la persona jurídica"²³. Ello porque la realización de un delito vinculado al establecimiento vendría a demostrar regularmente que la pretendida eficacia no ha sido tal en el caso concreto. Con razón advierte Busato que los *compliance officer* no intervienen directamente en la toma de decisiones respecto a la evitación de riesgos, sino que esta tarea sigue perteneciendo a directivos, managers y afines; y que, si este fuera el caso, se trataría entonces de un directivo más con funciones acumuladas que le pertenecerían²⁴.

La crítica de este autor, sin embargo, va más allá y pone el acento en el hecho mismo de que la adopción de un programa de cumplimiento logre eximir de responsabilidad penal a la empresa, de la que se afirma previamente que "comete" delitos por sí misma (de acuerdo al único modelo en principio constitucionalmente aceptable de sustentar tal constructo, el de autorresponsabilidad o por el hecho propio). Según esto, el hecho propio sería, en definitiva, el defecto de organización mismo, que no solo vendría a introducir en este sentido un privilegio respecto al sistema de atribución de responsabilidad penal individual, sino que, por extensión, podría significar a su vez una exención –por traslación, cabría decir– de responsabilidad de los socios y directivos²⁵.

2.El ámbito de la intervención delictiva y la "lógica del blanqueo"

Feijoo Sánchez sostiene que "no puede existir una conducta de participación mientras el comportamiento, teniendo en cuenta el contexto en el que se realiza, tenga un sentido o significado económico propio desvinculado de la comisión de un delito"²⁶. El mencionado autor se apoya en trabajos anteriores y una detallada argumentación para hacer valer en el ámbito de la participación criminal principios como el de autorresponsabilidad, la delimitación de esferas de responsabilidad en el marco de un sistema de libertades y, singularmente, el de confianza.

Frente al sector doctrinal que parte de que la función esencial del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, que no admite la exclusión de responsabilidad en los casos de dolo directo y la tendencia en la praxis a relativizar el peso de criterios puramente psicológicos para delimitar el alcance de la participación criminal permitiendo que los casos de responsabilidad accesoria

²⁰ Cfr., por todos, J. M.ª Silva Sánchez, "Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial", en L. Kuhlen et al. (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid et al.: Marcial Pons, 2013, pp. 79 y ss.

²¹ Silva Sánchez, "Deberes de vigilancia", Op.cit., p. 99.

²² Silva Sánchez, "Deberes de vigilancia", Op.cit., p. 101.

²³ Silva Sánchez, "Deberes de vigilancia", Op.cit., p. 103.

²⁴ Busato, Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Op.cit, p. 133.

²⁵ Busato, Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Op.cit, p. 137.

²⁶ B. Feijoo Sánchez, "Teoría de los actos neutrales y participación delictiva. Los límites de la participación criminal en los delitos económicos", en E. Demetrio Crespo (Dir.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 161-162.

por dolo eventual queden excluidos, Feijoo Sánchez se inscribe más bien en la corriente que entiende que la función esencial del derecho penal es la protección o estabilización de normas esenciales. Esta última estaría dispuesta a ir más allá excluyendo también a la imputación, incluso en supuestos de conocimiento de la intención de un tercero de cometer un delito, siempre que la acción tenga como tal un sentido ajeno a lo delictivo, aunque este sobrevenga posteriormente debido al aprovechamiento por un tercero de una conducta previa para cometerlo²⁷.

Aún más, a lo anterior añade Feijoo Sánchez la consideración de que "es dogmáticamente ilegítima la pretensión de extender la lógica del blanqueo a otros ámbitos delictivos"^{28,29}. Con ello, este autor quiere indicar que "no prevenir un delito de un tercero sin tener una posición de garante no puede entenderse como una conducta de participación". En este punto, polemiza con la conocida posición expresada por Lascurain Sánchez, según la cual puede existir una participación omisiva por la infracción de deberes de impedimento u obstaculización por parte de quien, no siendo garante, incumple un deber específico de actuación cuya observancia hubiera impedido o dificultado la comisión de un delito por parte de un tercero³⁰.

El gran especialista en la doctrina española sobre el principio de confianza, Maraver Gómez³¹, entiende que cada sujeto debe responder solo de lo que se encuentra en su propio ámbito de organización por lo que, en su opinión, debe quedar al margen el riesgo o la parte del riesgo que transcurre "por el ámbito de responsabilidad de un tercero"³². El principio de confianza sería, en su concepto, el reverso o delimitación negativa del deber de cuidado, cuyo ámbito aplicativo partiría de la necesaria existencia de una posición de garante^{33,34}. Así, este se proyectaría sobre supuestos en los que, interviniendo terceras personas responsables, es preciso, sin embargo, garantizar la división de funciones entre ellas, debido a la gestión conjunta de determinados riesgos³⁵.

Tras analizar los límites en los que un principio de esta naturaleza puede operar en el ámbito empresarial –tales como la existencia de un ámbito de responsabilidad ajeno, además de una relación negativa tanto con el riesgo como con el tercero, y que no hay circunstancias en el caso concreto que evidencien el comportamiento incorrecto de este último– afirma que no es correcto ni en este ni en ningún otro ámbito proclamar la existencia de un principio de desconfianza³⁶. Como subraya este autor, tal cosa sería completamente disfuncional, sin que ello suponga desconocer la limitación a la posibilidad de confiar que resulta conceptualmente de la existencia de medidas de doble aseguramiento o de especiales deberes de cuidado sobre la conducta del tercero³⁷.

²⁷ Ibid, 160.

²⁸ Ibid, 168.

²⁹ Vid. p. ej., a propósito de los sujetos especialmente obligados en el blanqueo imprudente, E. Demetrio Crespo, «El blanqueo imprudente: algunas reflexiones sobre normativa de prevención y deber de cuidado», en M. Abel Souto & N. Sánchez Stewart (Coord.), V Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 217 y ss, y las referencias allí citadas a las que me remito.

³⁰ J.A. Lascurain Sánchez, "Tema 3. La responsabilidad penal individual en los delitos de empresa", en de la Mata Barranco et al., *Derecho penal económico y de la empresa*, Madrid: Dykinson, 2018, pp. 100 y ss.

³¹ M. Maraver Gómez, *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Cizur Menor: Aranzadi, 2009, passim.

³² M. Maraver Gómez, "El principio de confianza como criterio de imputación en el ámbito de la empresa", en E. Demetrio Crespo (Dir.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 191.

³³ Ibid, 195.

³⁴ Sobre la difícil distinción entre deberes de garante y deberes de cuidado en la empresa, entre otras referencias, E. Demetrio Crespo, *Responsabilidad penal*, Op.cit., pp. 103 y ss.

³⁵ M. Maraver Gómez, "El principio de confianza", Op.cit, p. 201.

³⁶ Ibid, 219.

³⁷ Ibid, 222.

3. Tendencia a la “objetivación” de la responsabilidad penal en el derecho penal económico (y de la empresa)

De enorme relieve para la futura evolución del derecho penal económico y de la empresa en cuanto a su “factura” más o menos garantista se presenta el enfoque acerca del lado subjetivo del hecho³⁸. Pérez Manzano, quien ya se había ocupado de aspectos parciales del problema³⁹, tras advertir sobre la preocupante tendencia de la jurisprudencia española a la “objetivación” de la responsabilidad penal a título de dolo y la debilidad argumentativa acerca de la prueba de sus presupuestos, subraya que esto afecta de manera especial al derecho penal económico⁴⁰. Así, llama la atención sobre el hecho de que la mayor parte de las sentencias en las que España ha sido condenada por no respetar las garantías constitucionales en el modo de revisar los hechos subjetivos en segunda instancia se refieren a delitos socioeconómicos, lo que obedece, entre otras cosas, a formulaciones como la de la ignorancia deliberada⁴¹.

Para atacar la situación y superar el déficit en el que incurren a este respecto las corrientes normativistas del dolo que no solo prescinden del elemento de la voluntad, sino que llegan a defender la posibilidad de afirmar dolo sin conocimiento⁴², Pérez Manzano propone “reconstruir los ámbitos de la prueba y la subsunción en el dolo, no solo estableciendo una delimitación clara, sino el marco legítimo de cada uno de ellos”⁴³. Tomando como ejemplo el caso de los testaferreros alcanza conclusiones inquietantes desde el punto de vista de las garantías constitucionales, respecto a la evolución producida hasta el momento en el derecho penal económico y empresarial que merecen la máxima atención. Frente a ello, propone rechazar procedimientos meramente atributivos del dolo a partir de principios generales y defiende el carácter abierto de los indicios a fin de que el razonamiento probatorio “se mantenga como construcción de enunciados asertivos derrotables”⁴⁴.

Es también el pensamiento crítico la guía que lleva a Navarro Cardoso a detectar quiebras desde el punto de vista de las garantías en el modelo desde el que se está construyendo el derecho penal económico y de la empresa. Aquello a propósito de un tema del que es especialista: la delimitación entre ilícito penal e ilícito administrativo⁴⁵. Tras situar el moderno concepto de la “autorregulación regulada”⁴⁶ en el contexto de la expansión del derecho penal y el fenómeno de la “desregulación” entendida no como una ausencia de regulación, sino como un peculiar modo de producción normativa en el que se tiene lugar un desplazamiento de la capacidad normativa en favor de la autonomía privada concretada en grupos de interés económico y/o social⁴⁷, el autor

38 Advirtiendo acerca de la indeseable tendencia a la “laminación” del tipo subjetivo sobre todo desde las filas del normativismo funcionalista, en E. Demetrio Crespo, “¿Definición de la categoría...”, Op.cit, pp. 333 y ss.

39 M. Pérez Manzano, “Prueba y subsunción en el dolo, una cuestión de garantías constitucionales”, en J. M.ª. Silva Sánchez et al. (coord.) Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig, Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2017 pp. 355 y ss.

40 M. Pérez Manzano, “La delimitación entre prueba y subsunción del dolo en Derecho penal económico: el caso de los testaferreros”, en E. Demetrio Crespo (Dir.), Derecho penal económico y teoría del delito, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 329.

41 Cfr., por todos, R. Ragués i Vallés, La ignorancia deliberada en Derecho Penal, Barcelona: Atelier, 2007.

42 Cfr., por todos, G. Pérez Barberá, El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental, Buenos Aires: Hammurabi, 2011, para quien el dolo no forma parte del mundo fáctico sino del mundo normativo, lo que le lleva a poder afirmar el dolo aunque no haya representación efectiva del peligro en los casos de ceguera ante los hechos, dado que, en última instancia, “para la afirmación o negación del dolo, por tanto, lo decisivo no es la presencia o ausencia de un estado mental, sino la racionalidad de esa presencia o ausencia” (p. 817).

43 M. Pérez Manzano, “La delimitación entre prueba”, Op.cit, p. 330.

44 Ibid, 337.

45 F. Navarro Cardoso, Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho Penal, Madrid: Colex, 2001.

46 Cfr., por todos, M.ª. M. Darnaculleta i Gardella, Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada, Madrid: Marcial Pons, 2005.

47 Cfr., entre otras referencias, G. M.ª. Marcilla Córdoba, “Desregulación, Estado social y proceso de globalización”, DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 28, 2005, pp. 239 y ss.

advierte la posibilidad de abocar por esta vía a una exoneración de responsabilidad indirecta⁴⁸.

Tal cosa podría acontecer en el actual sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas toda vez que –debido a la salvaguarda del principio non bis in ídem– se desactiva la sanción administrativa situando el hecho en el campo de juego del derecho penal, a la vez que la regulación prevé un discutible régimen de exención, lo que, en sus palabras, podría significar que asistimos a “un increíble ejercicio de gatopardismo”⁴⁹. Tras un repaso por los criterios que tradicionalmente han guiado la discusión acerca de la diferencia meramente cuantitativa, o más bien cualitativa, entre el ilícito penal y el administrativo y constatar el riesgo de confusión entre los dos ámbitos como consecuencia del adelantamiento de la intervención penal en forma de delitos de peligro, sostiene que no es conveniente alejarlos entre sí hasta el punto de entender que se trata de entidades independientes y no meramente autónomas⁵⁰. Esto último, ciertamente, no solo sería disfuncional, sino que se basaría, creo yo, en una idea alejada del funcionamiento real del ordenamiento jurídico visto como un todo.

III. La disyuntiva acerca de una “nueva teoría del delito” o “una teoría del delito sin base”

1. ¿Teoría del delito corporativo sobre la base de la teoría general del delito?

Que la “teoría del delito paralela” que se trata de construir en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas tenga, en cierto modo, los “pies de barro”, no quiere decir que el trabajo dogmático, entendido como la exégesis sistemática de la regulación vigente con la finalidad de orientar su aplicación al respecto de las garantías penales, tanto de carácter sustantivo como procesal, o la formulación de propuestas de *lege ferenda*, entre otros, no resulte valioso e incluso imprescindible en este campo. En este sentido, debe distinguirse entre el aspecto relativo a la razón práctica, que lleva a “asumir” la existencia de dicha regulación y a la necesidad de proporcionar criterios racionales que faciliten su interpretación; y el aspecto relativo a la razón teórica, que no conlleva, sin embargo, la aceptación (acrítica) de las premisas lógicas de las que parte la construcción en sí. Por lo demás, como se mencionó anteriormente, el tema debe inscribirse en el marco político-criminal en el que se desenvuelve el problema, lo que supondría, a su vez, someter a evaluación (contrastar) si los fines que se persiguen se cumplen realmente, como también tendría que acontecer con carácter general.

Lo que resulta evidente es que, en parte debido a que los puntos de partida no están claros –ni siquiera en los aspectos más elementales, tales como qué conducta comete quién, esto es, qué hechos son imputables respectivamente a la persona física y/o a la persona jurídica y de qué lado recae la carga de la prueba en cada caso– surgen problemas intrasistemáticos que interfieren con el sistema general del derecho penal, que no permanece inmune frente a las nuevas coordenadas que ingresan en el Código Penal.

Asimismo, se presentan, por ello, debates científicos como los que a título ejemplificativo se mencionan a continuación, que tal vez cabría englobar a efectos heurísticos dentro de una “teoría del delito corporativo”⁵¹ para diferenciarla así del ámbito de la “teoría general del delito”.

48 F. Navarro Cardoso, “A vueltas con la vieja delimitación entre ilícito administrativo e ilícito penal, a propósito de algunos nuevos problemas”, en E. Demetrio Crespo (Dir.), Derecho penal económico y teoría del delito, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 271.

49 Ibid, 272.

50 Ibid, 275.

51 Vid., p. ej., desde diferentes ángulos, C. Gómez-Jara Diez, La culpabilidad penal de la empresa, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005; A. Nieto Martín, La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo, Madrid: Iustel, 2008; B. Feijoo

Sin embargo, intentar levantar aquel sobre los "mimbres" de esta podría resultar, en mi opinión, contraproducente, toda vez que se llegue por esta vía a la defensa de conceptos que ya habían sido superados, tales como los relativos a una culpabilidad de autor, sin discriminar entre los dos ámbitos y sin perjuicio de que también sean rechazables cuando se refieren a las corporaciones.

Todo ello me lleva a pensar que hubiera sido mejor regular la responsabilidad penal de la persona jurídica en una ley especial, fuera, por tanto, del código penal general⁵². Esto no quiere decir que la ubicación, por sí sola, resuelva nada, pero al menos hubiera contribuido a la configuración mental de que se trata de un subsistema que obedece y se construye desde parámetros diferentes. Esto es algo que facilitaría al mismo tiempo la labor de evaluación posterior a la que nos hemos referido, dado que esta también tendría que producirse con baremos y herramientas técnica diferenciadas.

2. Compliance penal y teoría del delito

Las afirmaciones anteriores encuentran apoyo, en parte, en la constatación de la íntima vinculación entre el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de cumplimiento normativo⁵³, cuya naturaleza, como señala por ejemplo, Caro Coria, no es de carácter penal, sino que consiste en "gerenciamiento del riesgo o administración de una posición de riesgos desde la empresa"⁵⁴. En mi opinión, este es, sin duda, el enfoque correcto que permite situar el papel del *compliance* dentro del derecho penal, bien que el problema estriba justamente en delimitar su alcance.

Tras un breve recorrido por el derecho comparado, este autor se aproxima al fundamento dogmático de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que, según él, gira en torno al deber de garante del empresario, dado que "este deber del empresario comprende los deberes de organizar la empresa [ya sea una organización funcional, divisional o matricial] y gestionar la empresa de modo adecuado a la prevención, evitación o detección de riesgos penales [...]"⁵⁵. Por esta vía, Caro Coria alcanza la conclusión de que el *compliance* penal es, en realidad, la faz negativa de la tipicidad del delito corporativo y la imputación objetiva el espacio que lo conecta con la teoría jurídica del delito de la persona jurídica. Según esto, se podría 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 el delito cometido"⁵⁶.

También *Zúñiga Rodríguez*, pionera en el tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro país⁵⁷, vincula los programas de cumplimiento normativo en el contexto

Sánchez, El delito corporativo en el Código Penal Español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas, 2ª ed., Cizur Menor: Civitas, 2016; C. Gómez-Jara Diez, El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura, Cizur Menor: Aranzadi, 2017.

52 Véase, asimismo, que la propuesta de incorporación al Código penal español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que fue enviado a la Comisión General de Codificación sugería incluir el texto penal "como Título IV bis, tras las medidas de seguridad, en consonancia con la naturaleza de las sanciones propuestas que resultan de una tercera consecuencia penal, al lado de la pena y las medidas de seguridad" (L. Arroyo Zapatero, "Hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España", en AA.VV., La reforma del Código penal tras 10 años de vigencia, Cizur Menor: Aranzadi, 2006, p. 23).

53 Vid., por todos, L. Kuhlen, et al (eds.), *Compliance* y teoría del Derecho penal, Madrid et al.: Marcial Pons, 2013; Nieto Martín, A. (Dir.), Manual de cumplimiento penal en la empresa, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015; J.L. Gómez Colomer (Dir.) / C. M. Madrid Boquín (Coord.), Tratado sobre *compliance* penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019; P.A. Ramírez Barbosa y J.C. Ferré Olivé, *Compliance*, Derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial, Bogotá: Tirant lo Blanch, 2019.

54 D. C. Caro Coria, "Imputación objetiva y *compliance* penal", en E. Demetrio Crespo (Dir.), Derecho penal económico y teoría del delito, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, 373.

55 Ibid, 380.

56 Ibid, 398.

57 L. Zúñiga Rodríguez, Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Navarra,

de la globalización al aumento de riesgos sistémicos, sean de carácter financiero, ecológico o social, postulando la necesidad de reconectar poder y responsabilidad en orden a una adecuada protección de los Derechos Humanos^{58,59}.

Esta autora se esfuerza en destacar que se trata de instrumentos que provienen de la *lex mercatoria* cuyos estándares están especialmente pensados para empresas transnacionales como muestra del nuevo pluralismo jurídico. Justamente por ello, no están diseñados, en su opinión, para encajar dentro del esquema clásico de la teoría del delito, lo que la lleva a señalar las diferencias que cabría observar en cuanto a su operatividad entre el modelo por transferencia y el modelo por defecto de organización.

Zúñiga Rodríguez sostiene que, en realidad, no es posible trasladar de manera directa a este ámbito el binomio injusto/culpabilidad, por lo que, la discusión sobre la inclusión de los *compliance* en una u otra categoría estaría en cierto modo desenfocada⁶⁰. Reconoce, además, que suponen una quiebra fundamental de las bases sobre las que se asienta el derecho penal y denuncia que el irreflexivo peso que se les ha conferido en el sentido de que su capacidad eximente corre el riesgo lampedusiano de que "todo cambie para que nada cambie"⁶¹.

Pérez Machío, destacada monografista en materia de *compliance*⁶², entiende, en la misma línea de Caro Coria, que "el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas se refiere explícitamente a una dimensión de control del riesgo penal que se vincula a la categoría de riesgo permitido"⁶³. Tras un exhaustivo análisis de los parámetros sobre los que se construye la imputación objetiva, a saber⁶⁴, a) existencia de un hecho de referencia; b) observar la organización de la persona jurídica para establecer si se ha excedido el nivel de riesgo permitido; c) acreditar que dicho riesgo es el que se ha concretado en el resultado lesivo; d) haber actuado en nombre o por cuenta de la persona jurídica; y e) haber actuado en beneficio de la misma⁶⁵, se adentra en el espinoso terreno de la imputación subjetiva, sosteniendo que el dolo vendría dado por un determinado conocimiento organizativo del riesgo empresarial que sería atribuido en función de determinados indicios.

La imputación imprudente, por su parte, tendría lugar como consecuencia de un defecto de

Aranzadi, 3ª ed, 2009.

58 L. Zúñiga Rodríguez, "¿Cuál es la valoración jurídica de los compliance en la teoría de la responsabilidad penal de las personas jurídicas?", en E. Demetrio Crespo (Dir.), Derecho penal económico y Teoría del delito, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 520. Vid., asimismo, la crítica de esta autora en el sentido de que con la reforma del año 2015, al cambiar la valoración de atenuante a eximente de la contemplación de compliance programs por parte de la empresa, el legislador habría dejado la puerta abierta a la impunidad de las personas jurídicas, "con lo cual el Estado español incumple sus obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos" (L. Zúñiga Rodríguez, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y derechos humanos", en E. Demetrio Crespo & A. Nieto Martín (Dir.), Derecho penal económico y Derechos Humanos, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 87-110).

59 Sobre el problema general relativo a la incipiente conformación de un "Derecho penal internacional económico", Cfr. E. Demetrio Crespo, "Vulneración de Derechos Humanos por empresas multinacionales: ¿de un Derecho penal económico transnacional a un Derecho penal internacional económico?", en E. Demetrio Crespo & A. Nieto Martín (Dir.), Derecho penal económico y Derechos Humanos, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 11-24 (y la bibliografía allí citada a la que me remito); K. Ambos, Derecho Penal Internacional Económico. Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas, Madrid: Civitas, 2018 y A. I. Pérez Cepeda, "Hacia el fin de la impunidad de las empresas transnacionales por la violación de los Derechos Humanos", en Revista Penal, n.º 44, 2019, pp. 126 y ss.

60 L. Zúñiga Rodríguez, "¿Cuál es la valoración jurídica?", Op.cit., 529.

61 Ibid, p. 531.

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

63 A. I. Pérez Machío, "Programas de cumplimiento normativo como paradigma de la justicia penal preventiva", en E. Demetrio Crespo (Dir.), Derecho penal económico y teoría del delito, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 493.

64 A. I. Pérez Machío, "Programas de cumplimiento normativo", Op.cit, 474 y ss.

65 Sobre este aspecto Cfr.: R. Ragués i Vallés, La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal, Madrid et al.: Marcial Pons, 2017.

organización culposo, como por ejemplo, en los casos de *culpa in eligendo*, siempre y cuando el delito en cuestión admita su comisión por esta vía⁶⁶. La culpabilidad de la persona jurídica no quedaría fundamentada, según la opinión de esta autora, en el llamado defecto de organización, sino sobre la base del establecimiento de una cultura empresarial de cumplimiento de la legalidad⁶⁷. En su conjunto, Pérez Machío concibe el sistema como "una respuesta de Justicia Penal preventiva, similar a la exigible a aquellos sujetos que tienen la obligación de vigilar y controlar una fuente de peligro que, potencialmente, puede llegar a generar lesiones o afecciones a bienes jurídicos necesitados de protección penal, cuando se produce un incremento del riesgo permitido"⁶⁸.

Por su parte, De la Mata Barranco entiende que los *compliance programs* no son otra cosa que protocolos de prevención de los delitos que, planteados desde la óptica del derecho penal preventivo, "deben tener por objeto, en primer lugar, la búsqueda de un patrón de conducta dentro de la empresa, desde el cumplimiento normativo y dentro de una estructura que procure la ausencia de defectos de organización", aceptando, eso sí, que no son meros manuales de conducta⁶⁹. A este respecto aclara que, aunque el legislador haya establecido la ausencia de responsabilidad como consecuencia de su adopción, dicha exención no debe interpretarse al modo de las tradicionales causas de exclusión de responsabilidad del art. 20 CP, sino más bien como "ausencia de hecho injusto por faltar el título de imputación, doloso o imprudente, que pueda generar responsabilidad"⁷⁰.

Este autor profundiza asimismo en el vector relativo a la delimitación competencial como cuestión clave en la elaboración de los programas. Es que, en efecto, dado que la responsabilidad penal de la persona jurídica aparece vinculada a actuaciones concretas de personas físicas, el protocolo debe analizar pormenorizadamente el modelo organizativo adoptado y la estructura existente de delegación de funciones, aspecto que ya vimos más arriba que resulta igualmente decisivo en la discusión acerca de la posición de garante del *compliance officer*. En este sentido, De la Mata Barranco subraya que el objetivo del programa es garantizar la exclusión de responsabilidad por omisión y no tanto alcanzar un régimen exhaustivo de control llevado a su máximo expresión, lo que sería, ciertamente, inasumible⁷¹.

IV. A modo de conclusión

Son muchas las cuestiones prácticas que surgen como consecuencia del escenario al que hemos hecho referencia más arriba. Una de ellas afecta, sin duda, a la propia aceptabilidad constitucional de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de las penas previstas para ellas. Numerosos aspectos particulares requieren, sin duda, una atención específica en este sentido. Así, por ejemplo, la traslación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que se transforman, fusionan o escinden, a la nueva persona jurídica resultante de la modificación estructural.

En efecto, el principio de personalidad de las penas, ya de por sí puesto en entredicho en la medida en que no se parta claramente del principio de responsabilidad por el hecho propio, se puede ver afectado respecto a los derechos de la propia persona jurídica como consecuencia

66 A. I. Pérez Machío, "Programas de cumplimiento normativo", Op.cit. 480 y ss.

67 Ibid. 485 y ss.

68 Ibid. 497.

69 N. De la Mata Barranco, "El cumplimiento normativo eficaz penalmente", en E. Demetrio Crespo (Dir.), Derecho penal económico y teoría del delito, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, 414.

70 Ibid. 416.

71 Ibid. 427.

de la regulación prevista en el art. 130.2 CP⁷². Pero también la propia "imputabilidad de la persona jurídica", dada la ausencia de un concepto penal de persona jurídica y la necesidad de determinar su sentido por vía extrapenal, resulta altamente problemática. Tanto el Tribunal Supremo como la Fiscalía General del Estado han planteado la necesidad de excluir la posibilidad de considerar penalmente responsables a aquellas personas jurídicas cuya actividad sea esencialmente delictiva.

Fernández Teruelo entiende a este respecto, con razón, que resulta coherente excluir del ámbito de aplicación del art. 31 bis a las sociedades instrumentales o pantalla, creadas con la única finalidad de cometer delitos, puesto que, lo contrario carecería de sentido, tanto si se parte de modelos de heteroresponsabilidad como, con mayor motivo, desde los de autorresponsabilidad⁷³. También se ocupa del caso de las sociedades en las que coincide total o sustancialmente la titularidad y la gestión, en el que estas también pasarían a ser consideradas inimputables con la finalidad de evitar situaciones de *non bis in idem*, criticando, además, la actual regulación contenida en el segundo inciso del primer apartado del artículo 31 ter CP, en el sentido de que la modulación de la pena de multa en él prevista parece admitir "un aparente complejo subyacente de *bis in idem*"⁷⁴.

72 P. Faraldo Cabana, "La transmisión de las penas en las modificaciones estructurales de las personas jurídicas. Una reflexión sobre la aplicación del principio de personalidad de las penas a los entes colectivos", en E. Demetrio Crespo (Dir.), Derecho penal económico y teoría del delito, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, 441 y ss.

73 J. G. Fernández Teruelo, "Personas jurídicas imputables e inimputables, incluidas y excluidas en el modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas", en E. Demetrio Crespo (Dir.), Derecho penal económico y teoría del delito, Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 455-456. Siendo así, se trata de saber qué mecanismos pueden activarse frente a ellas, respecto a lo que este autor rechaza la posición manifestada por el Tribunal Supremo en la STS 154/2016, 29.02 de recurrir a las consecuencias accesorias del art. 129 CP dado que este no contempla la disolución de la entidad. Así las cosas, propone aplicar la figura del decomiso, ya que "la persona jurídica (inimputable) utilizada en la ejecución del delito (por ejemplo, para realizar y dotar de opacidad a operaciones de blanqueo de dinero) podría ser considerada medio o instrumento, pues estos son los medios empleados para la ejecución del delito" (p. 459).

74 Ibid. 461.

V. Bibliografía

Ambos, K. Derecho Penal Internacional Económico. Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas. Madrid: Civitas, 2018.

Arroyo Zapatero, L. "Hacia la responsabilidad pena de las personas jurídicas en España". En AA.VV. La reforma del Código penal tras 10 años de vigencia. Cizur Menor: Aranzadi, 2006.

Busato, P.C. Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Caro Coria, D. C. "Imputación objetiva y penal". En E. Demetrio Crespo (Dir.), Derecho penal económico y teoría del delito. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Cigüela Sola, J. La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural en la empresa. Madrid et al.: Marcial Pons, 2015.

_____ "El injusto estructural de la organización. Aproximación al fundamento de la sanción a la persona jurídica". En InDret 1/2016. 1-29.

Corcoy Bidasolo, M. "Mecanismos de atribución de responsabilidad penal individual en la empresa: Responsabilidad de los órganos de administración, asesores y oficiales de cumplimiento". En E. Demetrio Crespo (Dir.), Derecho penal económico y teoría del delito. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Darnaculleta i Gardella, M.^a. M. Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada. Madrid: Marcial Pons, 2005.

De la Mata Barranco, N. "El cumplimiento normativo eficaz penalmente". En E. Demetrio Crespo (Dir.), Derecho penal económico y teoría del delito. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Demetrio Crespo, E. Responsabilidad penal por omisión del empresario. Madrid: lustel, 2009.

_____ "¿Definición de la categoría 'responsabilidad penal del superior por la no evitación de delitos cometidos por los subordinados' a partir de sus propios límites? En F. Morales Prats et al. (Coord.). Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares. Cizur Menor: Aranzadi, 2018.

_____ "El blanqueo imprudente: algunas reflexiones sobre normativa de prevención y deber de cuidado". En M. Abel Souto & N. Sánchez Stewart (Coord.). V Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero. Valencia: Tirant lo Blanch. 2018.

_____ "Vulneración de Derechos Humanos por empresas multinacionales: ¿de un Derecho penal económico transnacional a un Derecho penal internacional económico?". En E. Demetrio Crespo & A. Nieto Martín (Dir.), Derecho penal económico y Derechos Humanos. Valencia: Tirant lo Blanch. 2018.

_____ "Derecho penal económico y teoría del delito: otra vuelta de tuerca". En E. Demetrio Crespo (Dir.), Derecho penal económico y teoría del delito. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Dopico Gómez-Aller, J. "Posición de garante del compliance officer por

infracción del 'deber de control': Una aproximación tópica". En E. Demetrio Crespo (Dir.), Crisis financiera y Derecho penal económico. Madrid: Edisofer / Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2014.

Faraldo Cabana, P. "La transmisión de las penas en las modificaciones estructurales de las personas jurídicas. Una reflexión sobre la aplicación del principio de personalidad de las penas a los entes colectivos". En E. Demetrio Crespo (Dir.), Derecho penal económico y teoría del delito. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Feijoo Sánchez, B. El delito corporativo en el Código Penal Español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas. 2ª ed. Cizur Menor: Civitas, 2016.

_____ "Teoría de los actos neutrales y participación delictiva. Los límites de la participación criminal en los delitos económicos". En E. Demetrio Crespo (Dir.), Derecho penal económico y teoría del delito. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Fernández Castejón, E.B. Individualización de la responsabilidad penal por la actividad empresarial en EE.UU. ¿Un modelo para el Derecho penal español? Barcelona: Bosch, 2017.

Fernández Teruelo, J. G. "Personas jurídicas imputables e inimputables, incluidas y excluidas en el modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas". En E. Demetrio Crespo (Dir.), Derecho penal económico y teoría del delito. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Gómez Colomer, J.L. (Dir.) / C. M. Madrid Boquín (Coord.). Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Gómez-Jara Díez, C. La culpabilidad penal de la empresa. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005.

_____ "Tomarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en serio: La culpabilidad de las personas jurídicas". En S. Bacigalupo Saggese et al. (Coord.). Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016.

_____ El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura. Cizur Menor: Aranzadi, 2017.

Gracia Martín, L. "Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno Derecho penal económico y empresarial de los poderosos". En InDret. 3/2016.

Kuhlen, L. et al. (eds.). Compliance y teoría del Derecho penal. Madrid et al.: Marcial Pons, 2013.

Lascuráin Sánchez, J.A. "Salvar al oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)". En S. Mir Puig et al. (Dir.), Responsabilidad de la empresa y Compliance. Madrid: Edisofer / Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2014.

_____ "Tema 3. La responsabilidad penal individual en los delitos de empresa". En de la Mata Barranco et al. Derecho penal económico y de la empresa. Madrid: Dykinson, 2018.

- Lessenich, S. "Fin a la hipocresía colectiva". El País. 25 de agosto de 2019.
- Liñán, A. La responsabilidad penal del Compliance Officer. Cizur Menor: Aranzadi, 2019.
- Maraver Gómez, M. El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva. Cizur Menor: Aranzadi, 2009.
- _____ "El principio de confianza como criterio de imputación en el ámbito de la empresa". En E. Demetrio Crespo (Dir.), Derecho penal económico y teoría del delito. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Marcilla Córdoba, G. M.^a. "Desregulación, Estado social y proceso de globalización". DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 28 (2005). 239-263.
- Martínez-Bascuñán, M. "Este viejo o nuevo mundo de 2018". El País, 30 de diciembre de 2018.
- Martínez-Buján Pérez, C. Derecho penal económico y de la empresa. Parte General. 5ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- Molina Fernández, F. "Societas peccare non potest...Nec delinquere". En S. Bacigalupo Saggese et al. (Coord.), Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016.
- Mongillo, V. La responsabilità penale tra individuo ed Ente Collettivo. Torino: Giappichelli, 2018.
- Navarro Cardoso, F. Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho Penal. Madrid: Colex, 2001.
- _____ "A vueltas con la vieja delimitación entre ilícito administrativo e ilícito penal, a propósito de algunos nuevos problemas". En E. Demetrio Crespo (Dir.), Derecho penal económico y teoría del delito. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Nieto Martín, A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo. Madrid: Iustel, 2008.
- _____ Manual de cumplimiento penal en la empresa. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- Pérez Barberá, G. El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- Pérez Cepeda, A. I. "Hacia el fin de la impunidad de las empresas transnacionales por la violación de los Derechos Humanos". Revista Penal, n.º 44. (2019). 126-146.
- Pérez Machío, A. I. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español. A propósito de los programas de cumplimiento normativo como instrumentos idóneos para un sistema de justicia penal preventiva. Granada: Comares, 2017.
- _____ "Programas de cumplimiento normativo como paradigma

- de la justicia penal preventiva", en E. Demetrio Crespo (Dir.), Derecho penal económico y teoría del delito. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Pérez Manzano, M. "Prueba y subsunción en el dolo, una cuestión de garantías constitucionales", en Jesús M.^a Silva Sánchez et al. (coord.) Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig. Buenos Aires-Montevideo: BdF, 2017.
- _____ "La delimitación entre prueba y subsunción del dolo en Derecho penal económico: el caso de los testaferreros". En E. Demetrio Crespo (Dir.), Derecho penal económico y teoría del delito. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Quintero Olivares, G. "Los programas de cumplimiento normativo y el Derecho penal". En E. Demetrio Crespo & A. Nieto Martín (Dir.), Derecho penal económico y Derechos Humanos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- _____ "Estado actual de la teoría del delito y Derecho penal económico". En E. Demetrio Crespo (Dir.), Derecho penal económico y Teoría del delito. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Ragués i Vallés, R. La ignorancia deliberada en Derecho Penal. Barcelona: Atelier, 2007.
- _____ La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal. Madrid et al.: Marcial Pons, 2017.
- Ramírez Barbosa, P.A / Ferré Olivé, J.C. Compliance, Derecho penal corporativo y buena gobernanza empresarial. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2019.
- Silva Sánchez, J. M.^a. "Deberes de vigilancia y compliance empresarial". En L. Kuhlén et al. (eds.), Compliance y teoría del Derecho penal. Madrid et al.: Marcial Pons, 2013.
- _____ Fundamentos del Derecho penal de la Empresa. 2ª ed. Madrid: Edisofer/ Montevideo-Buenos Aires: BdF, 2018.
- Terradillos Basoco, Juan M.^a. "Protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Consideraciones político-criminales". En E. Demetrio Crespo (Dir.), Derecho penal económico y Teoría del delito. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Zúñiga Rodríguez, L. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cizur Menor: Aranzadi, 3ª ed., 2009.
- _____ "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y derechos humanos". En E. Demetrio Crespo & A. Nieto Martín (Dir.), Derecho penal económico y Derechos Humanos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- _____ "¿Cuál es la valoración jurídica de los compliance en la teoría de la responsabilidad penal de las personas jurídicas?". En E. Demetrio Crespo (Dir.), Derecho penal económico y Teoría del delito. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Derecho penal económico y empresarial y funcionalismo normativo: una interacción funcional



Miguel Polaino-Orts

Profesor titular de Derecho penal y Vicedecano de la Facultad de Derecho en la Universidad de Sevilla.

Doctor en Derecho con Premio Extraordinario. Premio del Ayuntamiento de Sevilla a la mejor tesis doctoral. Discípulo del profesor Günther Jakobs en la Universidad de Bonn. Conferenciante y profesor invitado en Europa, Asia e Hispanoamérica. Ha recibido diversos galardones y reconocimientos honoríficos, y forma parte de varias comisiones de reforma de legislaciones latinoamericanas. Entre su obra destacan: *Cometer delitos con palabras* (2004; 3ª. edic., 2017); *Derecho penal del enemigo* (2009; con cuatro ediciones posteriores); *Terrorismo y Estado de Derecho* (2009) y *Delitos de organización: un desafío al Estado* (2009), junto al prof. Jakobs; *Derecho penal como sistema de autodeterminación personal* (2010); *La imputación penal a debate* (2010; 2ª. edic., 2014, con el prof. Miró Llinares); *Funcionalismo penal y autodeterminación personal* (2013); *Funcionalismo penal constitucional* (2017), entre otras. Entre su obra ensayística y literaria se hallan *Presencia de Ramón Xirau* (2018), *Sergio Ramírez entrevistado* (2018), sendas introducciones a las obras de Rubén Darío *España Contemporánea* (2016) y *Semblanzas de Emilio Castelar* (2018) así como la edición de *Primavera* en Eaton Hastings, de Pedro Garfías (2018). Es traductor de obras del alemán y del italiano al español, miembro del consejo de redacción de la revista *Entorno Literario* (Granada) y redactor de la revista *Matices* (México), en las que publica artículos literarios.

1. Propósito

En esta ponencia expondré la imagen del derecho penal económico y empresarial visto desde la perspectiva del funcionalismo. Dicho de otro modo: la cuestión que me planteo aquí es cuál será la capacidad de rendimiento que tiene la teoría del funcionalismo normativo en el ámbito del derecho penal económico y empresarial. Para ello, abordaré diferentes aspectos y expondré cuán fructífera es la aplicación de la sistemática funcionalista a este ámbito de la criminalidad. Entremos en materia.

2. Transformación del derecho penal tradicional

2.1 Ejes fundamentales del derecho penal

Tradicionalmente, el derecho penal ha girado en torno de tres ejes centrales: 1) la comisión de delitos bajo el paradigma del autor único, 2) el tipo de la producción de un resultado material, y 3) el fenómeno de la consumación delictiva al alcanzar la ejecución del delito ese grado perfecto de realización típica. Ese triple eje característico del derecho penal (autor único, resultado material, consumación delictiva) encontraba un banco de prueba fundamental en los delitos de sangre: en el homicidio y en el asesinato. Figuras que se perfilaban como las prototípicas para ejemplificar todas las instituciones del derecho penal: desde el concepto de acción al de antijuricidad, del bien jurídico a la tentativa, de la autoría a la consumación y de la causalidad a la exculpación. Así, la totalidad de conceptos penales encontraba, en esa concepción, una ejemplificación natural en los delitos contra el derecho a la vida.

Podría hacerse, a este respecto, una operación comprobatoria: si tomáramos un manual cualquiera de parte general publicado en Alemania, España o el Ecuador hace medio siglo y buscáramos en la exposición de las lecciones, encontraríamos como ejemplos únicos o preferentes estos del homicidio o del asesinato. Porque en ellos se ve, paladinamente, ese triple eje del autor único que ejecutaba un delito y producía un resultado material perceptible por los sentidos que modificaba el mundo exterior. Todo lo demás era algo derivado del eje principal. En efecto, la participación derivaba, como concepto secundario, de la autoría principal (ese es el fundamento, justamente, de la accesoriedad de la participación); de los delitos de resultado material se derivaban los tipos consistentes, no en la destrucción, sino en la puesta en peligro del bien jurídico; y la tentativa –grado de ejecución imperfecta– era también un instituto derivado de la consumación (tentativa de delito se le llamaba, ¿de qué delito, podríamos preguntar? Pues, naturalmente, del delito consumado del cual se hacía derivar).

Pero si se analiza la evolución del derecho penal en las últimas décadas, digamos, en los últimos treinta años, se podrá observar que el derecho penal ha ido apartándose progresivamente de ese triple eje tradicional que definía la estructura de nuestra disciplina. Así, en los últimos tiempos se han desarrollado otros paradigmas complementarios que, incluso, han ido substituyendo a esos paradigmas tradicionales de configuración de la disciplina punitiva. Veamos cuáles son esos nuevos desarrollos y a qué figuras puede aplicarse ahora esa nueva faz del derecho penal.

2.2 Del paradigma del autor único a la organización delictiva

La primera transformación en el derecho penal contemporáneo es la referente al autor del delito: del paradigma del autor único se ha pasado a un paradigma de la organización delictiva. Ello no quiere decir, claro está, que hayan desaparecido los tipos delictivos clásicos y tradicionales cuya realización se satisface con la presencia de un autor único, directo, inmediato ("el que matare [...]", "el que defraudare [...]", "el que injuriare [...]"). Siguen existiendo y siguen siendo mayoritarios.

Sin embargo, en las últimas décadas se ha abierto la puerta a otras figuras delictivas, nuevas o antiguas, pero ahora renovadas, en las que la persona del autor ha experimentado una modificación evidente. Esa modificación puede observarse en dos manifestaciones: de un lado, en la confirmación de tipos de penales cuya realización ya no se substancia con un único autor, sino que exigen la confluencia de varios sujetos al tiempo; de otro, en la revolución que supone la introducción de la persona jurídica en la posición de sujeto activo de delitos, de suerte que el círculo que antes únicamente ocupaba la persona física ahora se amplía notoriamente con la persona jurídica.

Estos nuevos desarrollos referentes al sujeto activo pueden observarse preferentemente en dos ámbitos de la criminalidad que, en las últimas décadas, han adquirido una relevancia extraordinaria. Por un lado, el fenómeno de la criminalidad organizada o, como en terminología no tanto criminológica y más dogmática, del delito de organización, que se caracteriza precisamente por la estructura plural desde el punto de vista de la autoría (en general, tres o más sujetos, a veces, dos o más). Por otro lado, el ámbito del derecho penal económico y empresarial, en el que la introducción de la perspectiva de la persona jurídica supone que ya no se exige la intervención de una persona física, sino que se varía el paradigma al de la persona jurídica. En este último, el fundamento de sanción es estructuralmente idéntico al del crimen organizado: ahora se castiga no a una persona física delincuente, sino a un ente organizado que tiene una personalidad diferente a la suma de las diversas personas físicas que forman parte, conforman o integran la entidad y al que el derecho reconoce capacidad propia y autónoma para ser sujeto de derechos y de obligaciones y que se concibe, pues, como centro de imputación jurídico-penal.

2.3 Del paradigma de la consumación a la anticipación delictiva

Un segundo ámbito en el que podemos observar una transformación en el derecho penal moderno es el referente a la ejecución delictiva. El paradigma tradicional es el de la consumación. A ella se refiere, por lo general, la descripción típica del Código Penal ("el que matare [...]", "el que lesionare [...]", "el que violare [...]"), de suerte que se impone la penal al que ya ha matado, lesionado o violado) y no en balde ese estadio de ejecución era calificado doctrinalmente como grado máximo o perfecto, pues en él se perfeccionaba la voluntad criminal en el mundo exterior.

Pues bien, junto al paradigma de la consumación delictiva o, incluso, a veces a costa de él, en las últimas décadas se ha desarrollado un paradigma diverso, complementario o a veces substitutivo: el de la tipificación de formas anticipadas de ejecución delictiva. Este fenómeno de anticipación de la punibilidad, que suponen un adelantamiento de las barreras de protección jurídico-penal, ha merecido últimamente la atención preferente de la dogmática, por ejemplo, del profesor Jakobs y de otros tantos autores.

En el ámbito del funcionalismo, esa tipificación anticipada se ha estudiado como una manifestación paradigmática de derecho penal del enemigo. En tales situaciones, se adelanta el momento en el que derecho penal entra en acción a un estadio anterior, de manera que no se espera al estado último de la consumación, sino que ya en situaciones anteriores se desencadena el tratamiento pleno desde el punto de vista del derecho penal. En este sentido, se castiga como delito consumado lo que, en realidad, sería más propio de un estadio previo. Dicho de otro modo, no se espera a la lesión material (tercer cambio de paradigma, como veremos ahora), sino que ya la puesta en peligro en un estadio ejecutivo anterior se considera susceptible de ser tipificado como delito consumado aparte.

Ello sucede, una vez más, en la incriminación de los delitos de organización y en otras tantas figuras de derecho penal económico o empresarial. Se castiga, por ejemplo, la conformación de una organización delictiva sin necesidad de que esa entidad lleve a cabo la ejecución de los delitos-fin, esto es, de los delitos con cuya finalidad se conformó (si se llegaran a ejecutar se cometería un ulterior delito, pero para cometer el primero, el delito de organización, no es necesario cometer el segundo, únicamente conformar una organización idónea para cometerlo). En los

delitos de organización, pues, no se castigan los delitos cometidos a través de la organización, sino la organización como delito.

Esta incriminación de la organización delictiva no tiene lugar únicamente por la vía de la tipificación autónoma (en la criminalidad organizada), sino también por el expediente de la agravación de tipos penales si se llevan a cabo en el seno de una organización criminal. La legislación española es pródiga en exceso en el empleo de esta técnica, muy particularmente en el ámbito del derecho penal económico y empresarial. Ello puede observarse ya en clásicas figuras como el hurto (así, el art. 235.1.9.º del Código penal español agrava el tipo de hurto "cuando el culpable o culpables participen en los hechos como miembros de una organización o grupo criminal que se dedicare a la comisión de delitos comprendidos en este Título, siempre que sean de la misma naturaleza") o el robo (art. 240.2), pero también en otras figuras de naturaleza eminentemente económica como el tipo de alteración en precios, en concursos y subasta públicas (art. 264.2º.1), los delitos relativos a la propiedad intelectual (art. 271.c), a la propiedad industrial (art. 276.c), a la corrupción en los negocios (art. 286 quater, c) o al blanqueo de capitales (art. 302.1 CP).

2.4 De la lesión material a los tipos de peligro

Un tercer ámbito en el que se observa la transformación reciente del derecho penal es el referente al resultado material, lo que incide de lleno en el contenido del tipo de injusto. Junto al paradigma del resultado material, basado en la producción de un resultado que modifica el mundo exterior y produce una lesión material de bienes jurídicos (en ocasiones de manera irreparable como sucedía con la muerte en el homicidio o en el asesinato), se ha ido desarrollando un derecho penal de riesgo, basado en la idea de peligro que ha ido haciéndose con la posición de preponderancia que históricamente ostentaban los tipos de lesión material.

El desarrollo dogmático, muy elaborado en las últimas décadas, de los delitos de peligro, con su conceptualización en las categorías de concreto, peligro abstracto e, incluso, de peligro hipotético, para utilizar la terminología precisa del profesor Ángel Torío, ha ampliado el campo de visión y de estudio, permitiendo que, de ese modo, se varíe el modo de enfocar el derecho penal contemporáneo. De nuevo aquí, el derecho penal económico y empresarial (y otros tipos penales relacionados o con incidencia económica, como los pertenecientes al derecho penal medioambiental; o, también, los delitos contra la seguridad vial) constituye un nuevo banco de prueba fundamental de la veracidad y de la capacidad de rendimiento de los nuevos derroteros de la dogmática penal de la actualidad.

2.5 El derecho penal económico y empresarial como paradigma de la modernidad

Entonces, se plantea una pregunta evidente. ¿Qué posición ocupa el derecho penal económico y empresarial en la actualidad? Creo que no es descabellado concluir que los derroteros por los que ha transitado el derecho penal en las últimas décadas, con el desarrollo de los nuevos paradigmas de incriminación delictiva, lo han alejado de la técnica de tipificación penal (que hallaban en los delitos de sangre su ejemplificación más acabada) y han determinado que el derecho penal económico y empresarial de un lado, y la criminalidad organizada de otro, conforman ahora los ámbitos delictivos en los que las nuevas técnicas incriminatorias encuentran su expresión más nítida.

La tradicional relevancia que históricamente tenían el homicidio o el asesinato (que, como afirmamos, eran los ejemplos paradigmáticos en los cuales se explicaba la totalidad de instituciones penales; del nexo de causalidad a la autoría, de la acción al *iter criminis* del bien jurídico a las circunstancias modificativas de la responsabilidad) ha cedido ahora su relevancia a otras modalidades delictivas: el blanqueo de capitales, la administración desleal, la cibercriminalidad o los delitos societarios, por poner solo unos ejemplos notorios.

En definitiva, la triple tendencia que ha desarrollado la dogmática penal ha hecho que, en los últimos tiempos, el campo de prueba de la veracidad y de la capacidad de rendimiento de los principios dogmáticos lo hallemos propiamente en el ámbito económico y empresarial. A ese ámbito pertenecen los ejemplos que ahora encontraríamos si –continuando con el experimento que se mencionó anteriormente– tomásemos hoy un manual de derecho penal en Alemania, España o en el Ecuador. Por ello, el derecho penal económico y empresarial (junto al derecho penal de la criminalidad organizada) constituyen actualmente el paradigma esencial en torno al cual gira el derecho penal contemporáneo y lo que centrará, previsiblemente, el debate fundamental en las décadas por venir (en los ámbitos, por ejemplo, del *compliance* jurídico-penal).

Esto explica la razón por la que la Fiscalía General del Ecuador ha querido dedicar este curso a la presente materia, porque toda la evolución de las tendencias penales pasa, hoy en día, por esa forma de criminalidad que ocupa, sin duda, la discusión teórica en cualquier parte del mundo contemporáneo. Pero ¿cuál debe ser esa fundamentación teórica para el debate? Mi punto de vista es el que ofrece el funcionalismo penal y desde esa óptica analizaré ahora la materia penal económica y empresarial.

3. Una teoría funcionalista para la realidad económica y empresarial

3.1 Teoría y práctica

Empecemos por lo básico: los juristas siempre se han preocupado por buscar una teoría suficiente para poder solucionar los problemas de la realidad. Así, la búsqueda de la teoría idónea, fructífera y plausible –cometido tradicional del jurista– supone, como ya resaltaron los juristas romanos, la necesaria vinculación entre teoría y praxis, entre norma y realidad.

A este respecto, puede mencionarse la anécdota narrada por el filósofo español Ortega y Gasset quien asistía semanalmente a una tertulia en un café de Madrid junto a otros periodistas, escritores, intelectuales del momento. Una tarde de climatología particularmente desfavorable, con viento, frío y lluvia muy intensos, acudió al café, fiel a su costumbre, para encontrarse con sus compañeros, a pesar de que hubiera sido mejor quedarse en casa. Fueron llegando, pese a las circunstancias climatológicamente adversas, los diversos integrantes hasta que, finalmente, uno de ellos, al arribar, saludó a sus compañeros con las siguientes palabras: "señores, buenas tardes ... teóricamente". Deseaba de ese modo, que tuvieran buena tarde, un desiderátum, algo idílico o irreal, algo, pues afirmado en oposición a una realidad muy distinta: la tarde era espantosa.

Si reflexionamos sobre esa noción –digamos, popular– de teoría contenida en el pasaje de Ortega y Gasset, veremos que se trata de un concepto de teoría que no solo no tiene en cuenta la realidad, sino que se opone a la misma. Pues bien, el concepto de teoría que hemos de emplear los juristas (esto es, el concepto de teoría jurídica o teoría del derecho) no puede ser ese mismo concepto popular de teoría, sino que se debe aspirar a un concepto diferente, en concreto, a un concepto que no solamente no se construya como oposición a la realidad, sino que se configure necesariamente sobre la base de esta. Si los juristas construyeran una teoría a espaldas de la realidad, de modo que no tuviera la más mínima conexión con ella, entonces no podría aplicarse a la práctica ni podría solucionar los problemas que se plantean en la sociedad. Aún más, no sería realmente derecho, sino únicamente formulaciones retóricas sin una aplicación práctica y, por tanto, sin una trascendencia en la realidad.

Rudolf von Ihering, jurista alemán del siglo XIX, señalaba en su obra *Jurisprudencia en broma y en serio* que una teoría jurídica que no pueda aplicarse a la realidad sería equivalente a un artístico reloj, ornamentado, estéticamente bello y valioso, pero que no estuviera calculado para dar la hora. Podría tener valor como pieza de museo, pero no serviría para lo que sirven los relojes: para mensurar el paso del tiempo. De la misma forma, una teoría jurídica que no puede ser aplicada

a la realidad resulta pura literatura, estéticamente bella, estilísticamente sugerente, pero no serviría para constituirse como derecho, porque ni describe la sociedad ni sirve para solucionar los problemas de esta.

3.2 Una visión retrospectiva

Los juristas, entonces, se han preocupado desde tiempo inmemorial en buscar una teoría que sea idónea, fructífera y plausible para solucionar los problemas de la realidad. En mi opinión, la teoría que resuelve tales conflictos de una manera más precisa y acertada es la teoría del funcionalismo. A lo largo del devenir histórico-dogmático, desde comienzos del siglo XIX hasta ahora, se han desarrollado diversas teorías por diversos autores y en épocas diferentes.

En el siglo XIX fue muy difundida la teoría causalista que intentaba solucionar los problemas de la realidad sobre la base del elemento de la causalidad. Esta doctrina hacía depender la atribución de la responsabilidad de la constatación de una relación de causalidad entre una conducta y un resultado penalmente relevante que modificaba el mundo exterior atentando contra algún bien protegido. Ese nexo de causalidad se erigía en el elemento principal en torno al cual giraba toda la fundamentación del derecho penal. Determinadas inconsecuencias del causalismo (evidenciadas, por ejemplo, en el célebre ejemplo del verdugo, formulado por Engisch en 1930) hizo que, ya entrado el siglo XX, Welzel formulara otra teoría, conocida como teoría finalista o teoría de la acción final, en la que sustituía el concepto de causalidad por este otro elemento de la finalidad. En este caso, ya no hacía depender la relevancia penal de la conducta de la constatación de un nexo de causalidad, sino de la finalidad del sujeto.

La finalidad interior del sujeto se proyectaba en el mundo exterior de manera cibernética. De esta manera, Welzel afirmaba que la acción es el ejercicio de actividad final o finalista (esto es, finalidad ejercitada o puesta en escena). Esta teoría del finalismo tuvo cierta aplicación en los delitos dolosos, en los que existía una identificación entre lo que el sujeto pretendía, lo que realizaba, lo que proyectaba finalistamente al exterior y, finalmente, lo que el sujeto conseguía con su conducta exteriorizada, esto es, entre lo que el sujeto quiso, realizó, proyectó y alcanzó en la realidad.

Sin embargo, una mayor dificultad tiene, sin duda, esta teoría para ser aplicada, por ejemplo, en los delitos de omisión, o en los tipos imprudentes. En ellos la producción del resultado difícilmente se podría explicar de manera final, pues más bien el resultado es producto de una gestión errónea de un ámbito peligroso de organización. Para decirlo con otras palabras, como señaló el profesor Roxin, nunca consiguieron los finalistas explicar de manera convincente la dogmática de los delitos culposos o imprudentes.

En suma, tanto la teoría causalista como la finalista fracasan por un mismo motivo: por echar mano de un elemento ontológico (en un caso, la causalidad; en otro, la finalidad) que se manifestaba inidóneo para la explicación normativa, jurídico-penal, y para la solución de los problemas que se pueden plantear en ese ámbito de la realidad.

3.3 El giro normativista: la irrupción del funcionalismo

El fracaso de los modelos teóricos del causalismo y del finalismo, doctrinas que habían ocupado la discusión dogmática de mediados del siglo XIX a mediados del XX, removió los cimientos doctrinales y el fundamento teórico en que se asienta la resolución de problemas prácticos. A mediados del XX varios autores rescatan una vieja institución jurídica, entendida tradicionalmente como un criterio especulativo, pero que a partir de ese momento comienza a ser entendida como un criterio normativo de fundamentación de la responsabilidad penal y de su mensuración: el concepto de imputación.

A partir de finales de los años 50 y principios de los 60, el profesor Roxin cuestiona drásticamente los postulados del finalismo realizando aportes fundamentales a la doctrina de la imputación objetiva. Desde finales de los 60, el profesor Jakobs configura una teoría, conocida con el nombre de funcionalismo, que concibe el derecho penal como una teoría de la imputación, esto es, como una teoría de la verificación de la responsabilidad penal mediante la cual se atribuye y se cuantifica la responsabilidad que corresponde a un sujeto competente por la infracción de una norma. Lo característico del funcionalismo es que se despoja plenamente de todo lastre del ontologismo (la causalidad y la finalidad eran conceptos de base ontológica) y, en cambio, todos los conceptos penales se someten a una revisión normativizadora. En mi opinión, esta teoría funcionalista es la que aporta una mejor base para la solución de los problemas jurídicos en el mundo actual. Veamos sus postulados esenciales y su aplicación al ámbito económico y empresarial.

En primer lugar, una cuestión terminológica. Hay algunos autores que distinguen entre un funcionalismo moderado, que estaría representado por el profesor Roxin, y un funcionalismo radical, que sería representado por el profesor Jakobs. Esta diferencia es falsa e incorrecta. La teoría de Roxin no tiene relación con el concepto de funcionalismo ni puede adscribirse a esa corriente. Su sugerente aporte, que presenta un matiz diferente, puede calificarse como *teleologismo político-criminal*, pero no como funcionalismo en ningún sentido.

El funcionalismo se fundamenta en la aceptación de la sociedad como un sistema global y cerrado que se compone de expresiones de sentido comunicativamente relevantes y que se define por su clausura operativa que se renueva de manera autopoietica. Por el contrario, la doctrina de Roxin parte de una idea opuesta, funda su doctrina en la apertura de todos los conceptos dogmáticos a la política criminal. El presupuesto opuesto (sistema cerrado y autopoietico versus sistema abierto a criterios político-criminales) determina una evolución francamente diferente e impide, desde un inicio, que pueda atribuirse a la teoría de Roxin el calificativo de funcionalismo, ni siquiera en una supuesta versión moderada, a no ser que se extralimiten, desnaturalizando los conceptos jurídicos.

En segundo lugar, la teoría del funcionalismo recibe varias denominaciones: funcionalismo jurídico-penal, funcionalismo normativo o funcionalismo sistémico. Cada una de estas terminologías resalta un aspecto determinado. La primera de ellas, más bien representativa de un descriptivismo aséptico, resalta únicamente la aplicación y el desarrollo de la teoría funcionalista en el ámbito del derecho penal, con aportes propios. Aquello, después de que esa doctrina fuera formulada y aplicada en otros ámbitos como la sociología, la literatura o la lingüística.

Por su parte, el concepto de funcionalismo normativo subraya uno de los conceptos fundamentales de la teoría: el concepto de norma, que no es privativo, pero sí propio –y fundamental– del derecho penal desde la visión funcionalista. Finalmente, el concepto de funcionalismo sistémico subraya la influencia que ha tenido en esta construcción científica la teoría de los sistemas sociales (conocida como teoría de sistemas o teoría sistémica) de Niklas Luhmann que, influido a su vez por funcionalistas norteamericanos como Merton o Parsons, pretende explicar la composición, la estructura, la fundamentación y el funcionamiento de la sociedad.

En tercer lugar, y a propósito de la teoría sistémica, se mencionará ahora las dos doctrinas científicas que han influido determinativamente en el funcionalismo penal, una de carácter sociológico y otra de carácter filosófico. La primera, como se acaba de exponer, la teoría luhmanniana y la segunda, la filosofía dialéctica idealista de Hegel. Me referiré brevisísimamente a estos dos influjos. La teoría sistémica o teoría de sistemas influye especialmente en el concepto funcionalista de sociedad que se concibe como un sistema global integrado de comunicaciones y estructurado en diversos subsistemas sociales. La segunda doctrina que influye en el funcionalismo normativo es la teoría hegeliana, una doctrina del idealismo alemán planteada por Hegel en el primer tercio del siglo XIX que influye especialmente en el concepto funcionalista de persona y en la teoría funcionalista de la pena.

Al margen de estos influjos científicos, la teoría penal del funcionalismo, formulada en la obra del profesor Jakobs y de su escuela científica, ha desarrollado de manera originalísima, sugerente y profunda una multitud de aportes propios que han hallado una enorme recepción en la discusión doctrinal actual y que tienen seguidores tanto en Alemania, España, así como en Latinoamérica (también en el Ecuador) y en los países asiáticos.

3.4 Elementos esenciales del funcionalismo: norma, persona, sociedad

A continuación, explicaré sucintamente en qué consiste la teoría del funcionalismo y cuál es su aplicación al ámbito del derecho penal económico y empresarial. Los tres elementos esenciales del funcionalismo son sociedad, norma y persona. Los tres conforman una unidad inescindible. O existen los tres al tiempo, o no existe ninguno. Así, se trata de elementos que se exigen recíprocamente y que no pueden explicarse uno sin los otros. Veámoslos.

El primero es el concepto de sociedad. La concepción funcionalista se ve influida, como se ha visto, por la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann, donde se concibe a la sociedad como un sistema global que se compone de diversos subsistemas. El arte, la literatura, la política, la religión, la moral, el derecho, la economía, etc., son subsistemas o sistemas sociales parciales, en la medida en que formen parte de sociedad. Entre estos diversos subsistemas no existe una separación absoluta. Aunque cada uno de ellos tenga su propio "campo de juego" no son compartimentos estancos, sino ámbitos interrelacionados entre sí. Existe, por tanto, una relación bilateral o multilateral entre los diversos subsistemas. Al respecto, Luhmann habla de interpenetración y de acoplamiento estructural. De todos estos subsistemas nos interesa aquí, particularmente, el subsistema derecho (y dentro de él, el subsistema derecho penal).

Pues bien, entre el subsistema derecho y el subsistema economía existe, por su relevancia en el mundo actual, un acoplamiento estructural particularmente intenso, una interacción funcional especialmente fluida. De esta suerte, la vinculación entre ambos, siendo íntima, quizá debiera serlo más aún. Si analizamos, por ejemplo, los problemas jurídicos que se plantean en la administración de justicia en nuestros países, no sería aventurado concluir que muchos de ellos derivan del ámbito económico más que del jurídico. La mayor preponderancia de lo económico determinaría, a buen seguro, que la administración de justicia fuera más expedita, más rápida, más transparente y más ágil.

El segundo elemento esencial del funcionalismo es el concepto de norma. Se trata de un instrumento fundamental de regulación de la sociedad, un mecanismo de normación. La norma en sí no es un instrumento privativo del derecho, pero sí propio de él. Existen ámbitos normativos que no son jurídicos, como el deporte, la moral, la ética, la religión, la familia o la educación. Estas son también disciplinas normativas que se fundamentan, como lo hace el derecho, en la dinámica silogística: "infracción de la norma – sanción". Por ejemplo, si un entrenador de un equipo de fútbol, ante un partido particularmente complicado por el nivel del contrincante, decide jugar con trece jugadores, o decide que tres de sus jugadores jueguen como porteros, infringirá una norma deportiva y se hará acreedor a la sanción que corresponda. Las normas deportivas (las reglas del juego) pretenden, por tanto, ordenar el desarrollo de esa actividad en el ámbito deportivo y, en caso de infracción, también el aseguramiento se produce mediante una sanción estabilizadora que, aquí, no se llama pena sino tarjeta roja, suspensión o como fuera.

La norma no es, pues, privativa del derecho, pero sí propia de él. El derecho es, ante todo, un ordenamiento, esto es, un conjunto ordenado, coherente, sistemático de normas y con una estructura compleja. En esta estructura puede distinguirse un aspecto formal (externo) y un aspecto interno (de contenido). El primero es "lo que se ve por fuera", esto es, una suerte de "recipiente", de "cubículo" que sirve de vehículo de expresión normativa. En el caso de la norma jurídica, podríamos decir que el artículo es una casilla del Código que tiene un número convencional

y contingente y que se rellena de un contenido determinado, por ejemplo, la incriminación del delito de homicidio. El aspecto interno, de contenido, consiste siempre en una expectativa social y, además, no de una cualquiera, sino de una que defina de manera actual y plena la composición de la sociedad. De este modo, la norma jurídica es la condensación de las expectativas sociales, o dicho sea de otro modo, la institucionalización de los derechos fundamentales de las personas y de la sociedad.

Desde este punto de vista la norma refleja a la sociedad y, al tiempo, sirve de inspiración para los ciudadanos que la integran. En esta perspectiva se fundamenta la doble función que desempeña el concepto de norma. De un lado, la norma cumple la función de institucionalizar las expectativas sociales, las expectativas que definen a la sociedad y con las que esta se identifica (la expectativa, por ejemplo, de volver a casa sano y salvo, cada noche; la expectativa de llegar a destino, de manera exitosa, si emprendemos un viaje en avión; la expectativa, en fin, de que las piezas de pan que compramos en la panadería hayan sido horneadas con ingredientes comestibles, etc.). De otro lado, la norma sirve de orientación de las conductas de los ciudadanos en la sociedad. Metafóricamente podríamos decir que, desde la primera perspectiva, la norma es un espejo que refleja a la sociedad; y desde la segunda, es un faro o un foco que orienta el camino, empedrado de expectativas, que los ciudadanos pueden transitar si pretenden comportarse como personas respetuosas del derecho.

Pues bien, si en el momento actual existe una mayor preponderancia del ámbito económico en la vida del ciudadano, esas expectativas económicas tienen que verse reflejadas en la norma jurídica. La norma, por tanto, experimenta una evolución continua para ver reflejadas en su contenido las expectativas que definen a la ciudadanía y la sociedad. Aquello sucede, claro está, en tiempos de bonanza como en momentos de turbulencia. Por ejemplo, en las circunstancias actuales, en estos tiempos pandémicos, distópicos y homicidas, todas las expectativas que han surgido en el ámbito económico, alterando la vida de los ciudadanos, de los comercios y de los negocios, han de verse reflejados en la norma. El derecho es, pues, un producto de la cultura y no de la naturaleza. La norma es, en fin, un espejo que expresa el grado de evolución y de necesidad de las expectativas sociales y también el grado de evolución que define al Estado.

Como tercer elemento fundamental que explica la triada de elementos en torno a los cuales gira el derecho penal contemporáneo desde la óptica de funcionalismo, es el concepto de persona, que se define por el rol que cada uno desempeña en el mundo social. El funcionalismo ha desarrollado, especialmente, la teoría de los roles sociales como un modo de adecuación de atribución de la responsabilidad exacta que requiere cada sujeto dentro del mundo social. De la misma forma que los actores desempeñan un rol determinado dentro de una obra (por ejemplo, en una obra de teatro existe quien desempeña el rol de amado, de amante, de asesino o de gobernante), también en la vida (el gran teatro del mundo, para decirlo con el título de la obra de Calderón de la Barca). Cada uno de nosotros desempeñamos un rol dentro del ámbito de la respectiva competencia personal, dentro del cual el titular ejercerá su rol de la manera más fiel posible.

De esta forma, tanto el rol como el concepto de persona tienen, como antes el concepto de norma, una doble estructura. En primer lugar, un aspecto externo o formal que es algo así como la vestimenta externa, lo que se ve por fuera, un "pin" que se coloca en la solapa, una identificación exterior del rol del sujeto (de hecho, viendo el ropaje externo se puede identificar, sin mayores averiguaciones, al guardia que dirige el tráfico, al sacerdote en la iglesia o a la azafata en el avión). En segundo lugar, se halla el aspecto interno, el contenido de ese rol de la persona. Pues bien, ese contenido, que designa la esencia de una persona, es exclusivamente normativo: un conjunto de derechos y de deberes de los que disfruta esa persona dentro del mundo social y que fijan un ámbito de competencia personal. El rol es, pues, un identificador social, pero también el mecanismo mediante el cual el sujeto se vincula con la sociedad por intermedio del contenido jurídico de la norma.

Desde este punto de vista, la persona se concibe, simultáneamente, 1. como un destinatario de

normas jurídicas; 2. como titular de derechos y de deberes; y, 3. correlativamente como centro de imputación. La persona tiene como cometido esencial el respetar el ámbito de los demás, es decir, no inmiscuirse en un ámbito ajeno. Este deber básico de la ciudadanía es un deber negativo, el *neminem laedere* como decían los romanos, esto es, no dañar a nadie, o *alterum non laedere*, no dañar a otros. Este deber negativo de no inmiscuirse en un ámbito ajeno de organización es un deber común que compete a todo sujeto, a toda persona que actúa en el mundo social. Junto al deber negativo existen otros deberes positivos o especiales. Se trata de deberes institucionales que competen a determinados sujetos especiales, por ejemplo, el padre o la madre respecto de los hijos o el funcionario respecto de la función pública.

Este deber no obliga únicamente a no inmiscuirse en un ámbito ajeno de organización, sino a construir un mundo en común con la persona frente a la cual uno mantiene esa obligación. El concepto de persona, en fin, es un concepto social y jurídico, y esta caracterización penal de la institución de la persona se predica tanto de la persona física como de la persona jurídica cuya únicamente diferencia no ontológica, sino normativa es cuantitativa. Cualitativamente son idénticas, esto es, destinatarias de normas jurídicas, titulares de derechos y de obligaciones y, por tanto, centros de imputación. La revolución que ello ha supuesto en el moderno derecho penal económico y empresarial merece una mención específica por separado.

3.5 La revolución de la persona jurídica delinciente

En los últimos tiempos se ha producido, en efecto, toda una revolución dentro del derecho penal contemporáneo, dándose entrada a la responsabilidad penal de la persona jurídica y colocándola como un actor primordial y no como un mero actor secundario dentro del actual derecho penal. Esto significa que se reconoce a la persona jurídica no solo la titularidad de expectativas o de bienes jurídicos, sino la calidad de sujeto activo idóneo de delitos.

La legislación española reconoce la responsabilidad penal de la persona jurídica desde el año 2010, el Código penal francés desde 1994, y en otros países, como Alemania, reticentes hasta ahora a ese reconocimiento (todo el asunto se ha resuelto tradicionalmente en el ámbito administrativo), se ha reintroducido recientemente el debate con la discusión de un proyecto de ley para reconocer no solo la responsabilidad administrativa de la persona jurídica, sino también en el ámbito del derecho penal (se trata del proyecto de ley para fortalecer la integridad de la economía: *Gesetzentwurf zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft*, aprobado por el Gobierno Federal el 16 de junio de 2020).

El panorama es similar en muchos países latinoamericanos. En efecto, en algunos de los cuales se ha dado ya el paso del reconocimiento pleno de la responsabilidad penal de la empresa y, en otros, se ha intensificado el debate asociado al reconocimiento de esa responsabilidad penal. Es normal que así sea, entre una persona jurídica y una persona física solo hay diferencias fenomenológicas y ontológicas que no interesan en absoluto a su estatus jurídico-penal. Desde el punto de vista normativo, una persona jurídica es exactamente igual que una persona física. Ahí se reconoce su condición de titular de derechos y de deberes, de destinataria de normas jurídicas y su consideración como centro de imputación jurídico-penal.

Evidentemente, variarán los derechos que se le reconozca a una persona jurídica como también varían los que se reconocen a un adulto y a un menor de edad. Una persona jurídica no dispone, pongamos por caso, del derecho de contraer matrimonio, como el menor de edad no dispone del derecho a ser elegido para un cargo público ni tampoco para participar en el proceso de elección conforme al derecho electoral.

Existen además, conceptos más angostos y conceptos más amplios de persona desde el punto de vista normativo, pero de igual manera, todos esos sujetos jurídicos (personas y no meros individuos) son titulares de los derechos que les corresponda y que les reconozcan el

ordenamiento jurídico, titulares de deberes y asimismo de obligaciones, destinatarias de normas jurídicas y centros de imputación. Por ello, siendo la imputación penal el reverso del cumplimiento del rol, si la persona (física o jurídica) infringe uno o varios deberes inherentes a su rol de persona, incurrirán en la responsabilidad penal con la sanción que se establezca, en caso concreto, en el ordenamiento jurídico.

Desde este punto de vista, la introducción de la perspectiva de la persona jurídica como autora idónea de delitos ha modificado el derecho penal contemporáneo con el reconocimiento de una plena y propia capacidad de acción, de culpabilidad y de pena. La persona jurídica no se concibe, pues, como la suma de las personas físicas que forman parte de ella, sino que dispone de una personalidad propia que, de ser malograda o gestionada de manera incorrecta desde el punto de vista normativo, determinará la depuración de la responsabilidad penal que le corresponda.

Ejemplo de aquello, es cuando un equipo de fútbol ficha a un jugador y surgen determinadas obligaciones fiscales que son diferentes a las obligaciones fiscales que pueden contraer las personas físicas que forman parte de ese entramado. La entidad tiene, pues, una personalidad jurídica diferente a la de los sujetos que la conforman. Esa deuda le compete a la entidad como persona jurídica, de manera que si incumpliera el pago en el que le correspondiere y a que viniera obligado incurriría por supuesto en un delito fiscal, si se dieran las condiciones del tipo penal del que se trate.

En resumen, el derecho penal contemporáneo ha variado la concepción tradicional que giraba en torno de las figuras delictivas del autor único, de la consumación delictiva y del resultado material. Ahora se han desarrollado características o tendencias, antes secundarias o inexistentes y ahora primordiales o preferentes, que se pueden observar de manera muy clara y paradigmática en el ámbito del derecho penal económico y empresarial. En ese ámbito –y en algunos otros–, la perspectiva del autor único persona física es sustituida por otra perspectiva nueva: el paradigma de la organización delictiva, concepto en el que se integra, como categoría especial, la propia persona jurídica, en la medida en que la responsabilidad penal de la persona jurídica es idéntica a la de la responsabilidad penal que se atribuye al delito de organización.

Por otro lado, también los delitos de peligro se han ampliado notoriamente en el ámbito del derecho penal económico y empresarial. Por ejemplo, en materia medioambiental en donde se han desarrollado diversas figuras delictivas como la administración desleal, que ponen el énfasis en la creación de un riesgo jurídicamente no tolerado en el ámbito del tráfico jurídico o económico. En general, en los nuevos tipos de delito se ha sustituido al paradigma del resultado material anterior por el del riesgo, al tiempo que, en la estructura de incriminación típica se han incorporado figuras que responden a un nuevo esquema de la anticipación de la punibilidad.

4. Aspectos controvertidos del derecho penal económico y empresarial: el ejemplo del delito de posesión de programa informático idóneo para cometer fraude

Como señalaba Freud, no toda evolución es progreso. A veces, el proceder del legislador penal es más digno de crítica que merecedor de aplauso. Desde la óptica del funcionalismo también se pueden oponer fuertes críticas a algunos tipos penales. Me referiré, a continuación, a algún ejemplo controvertido o directamente contraproducente. En pretensión de un combate efectivo y más eficaz de formas de perturbación del tráfico jurídico o económico se introdujo hace varios años en la legislación penal española, a propósito de los tipos de defraudación, la figura de posesión de programa informático con el que en el futuro se pueden cometer determinadas estafas tipificadas en el delito correspondiente. Esta figura se regula en el art. 248.2, b del CP español y constituye una modalidad asimilada al tipo general de delito de estafa. Conforme a esta asimilación "también se consideran reos de estafa: [...] b) Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las

estafas previstas en este artículo [...]".

Pues bien, la incriminación de esta novedosa figura delictiva es criticable por varios motivos, que expondré, a continuación.

En primer lugar, el tipo responde a un esquema de anticipación de la punibilidad, propia del derecho penal del enemigo. No obstante, a diferencia de lo que sucede en los casos de núcleo duro (pongamos por caso, los que ponen en peligro la estabilidad de la democracia, los que interfieren en las normas de flaqueo que apuntalan la seguridad del Estado y el ejercicio de los básicos derechos cívicos), en esa figura de estafa la anticipación tiene una justificación mucho más endeble, precaria y cuestionable. Esta técnica permite que en el presente tipo la anticipación sea excesivamente amplia, castigándose como delito consumado y equiparado, además, a la estafa ya consumada que produce una lesión material, la fabricación, introducción, posesión o facilitación de un programa informático idóneo para cometer estafas en el futuro. De manera que ni siquiera se ha realizado ya esa estafa, que aparece solo como algo de posible realización, limitándose el tipo a la incriminación de conductas anticipadas como el de tener un programa informático descargado en el ordenador que es idóneo para cometer estafas.

En segundo lugar, el delito también opera una modificación desde la óptica de la conducta y del autor de la misma. En relación con la conducta típica, el legislador, en realidad introduce una pluralidad de conductas típicas que, a pesar de ser de muy diversa significación, se equiparan normativamente por obra del legislador, lo cual es bien discutible. Pero, aun aceptando que tengan la misma significación penal la fabricación que la introducción, la posesión que la facilitación, la pregunta de fondo es que esos verbos responden, en realidad, a una lógica pre-consumativa (anterior, sin duda, a la realización de la estafa, efectivamente tangible y cuantificable en el derecho de propiedad del sujeto pasivo) que, sin embargo, es equiparada o asimilada a la consumación del perjuicio.

La técnica de la anticipación, que –una vez, repito, debe ser un recurso extraordinario y no indiscriminado– debe responder a una situación de necesidad. El funcionalismo reclama, como presupuesto mínimo, que se defraude una expectativa social mínima jurídicamente reconocida, es decir, que se vulnere el derecho fundamental –la expectativa personal mínima– que forme parte del cometido del rol de la persona.

Pero ¿qué deber del usuario de un programa informático se infringe, qué expectativa social se defrauda, si el usuario puede usar el programa informático de manera perfectamente legal o, por el contrario, de manera delictiva? ¿Cómo determinar el sentido delictivo *a priori* si el sujeto aún no ha aplicado el programa a una actividad delictiva –el fraude–, cuando dispone de la posibilidad de emplearlo de manera perfectamente adecuada a derecho? El principio de prohibición de regreso, desarrollado de manera particularmente elaborada por el funcionalismo, exime de un carácter delictivo a las conductas neutras o estereotipadas, adecuadas a derecho, cuando las realiza un sujeto que no tenía, entre los deberes de su rol personal, el del controlar el uso que pueden hacer terceros sujetos competentes de ese programa fabricado, poseído, introducido o facilitado por un sujeto neutral.

En este caso, el ejercicio de una conducta neutral o estereotipada por parte de un sujeto neutral no obligado especial, sino común, exime sin duda al actuante de cualquier posibilidad de albergar responsabilidad por ello.

En tercer término, el tipo responde a la incriminación general de los delitos de posesión, aquí ampliable a los tipos de fabricación, introducción, o facilitación de un programa informático idóneo para cometer fraude patrimonial. Los delitos de posesión o de tenencia incriminan, en realidad, un estatus –que responde, una vez más, al esquema de derecho penal del enemigo– en el que el sujeto es visto más como foco de peligro –esto es, como persona desconfiable y, en tal sentido, como enemigo– que como sujeto cumplidor de la

norma, esto es, como persona en derecho. Lo que se castiga en los tipos de posesión no es la realización de una conducta usual –o sea, de una acción o de una omisión punibles lesionadoras de un bien jurídico o, en términos funcionalistas, de una expectativa social–, sino de un estatus considerado socialmente desestabilizador porque lesiona uno de esos derechos fundamentales de otra persona, física o jurídica.

Pero aquí, es evidente que no se lesiona de manera suficiente uno de esos derechos. Lo que se lesiona en los tipos de posesión no es una conducta cualquiera, sino una interacción funcional entre un sujeto desconfiable y un objeto peligroso poseído, pero esa interacción no pueda darse por supuesta, sino que debe ser comprobada fehacientemente. En otras palabras, castigar como estafador consumado a quien posee un programa informático con el que podría cometer estafas –pero también podría usarlo de manera jurídicamente lícita– sería equivalente a castigar como delito de homicidio consumado. La posesión de un cuchillo con el que en un futuro se podría matar a alguien: la mera posesión de ese programa informático ni siquiera denota que el sujeto lo tenía de manera inequívoca para cometer una estafa. Pero, en todo caso, antes de la realización de la estafa, antes del comienzo de la ejecución y, por tanto, antes de entrar en el ámbito de la tentativa parece excesivo que pueda equiparse aquí a la consumación del delito de fraude.

En fin, la anticipación excesiva y desmesurada en la incriminación del mencionado tipo penal de derecho penal económico contemporáneo es criticable desde la óptica del funcionalismo. La incriminación de la fabricación, introducción, posesión o facilitación de un programa informático idóneamente defraudatorio se aleja en exceso del paradigma de la lesión material (contenida en el tipo básico de estafa del art. 248.1 CP) y equipara a esa lesión una mera hipótesis que no llega siquiera a un contenido de injusto palpable: la puesta en peligro hipotética, no ya abstracta ni concreta, de un riesgo para una expectativa social o para bien jurídico aceptable en el Estado de derecho. Esa hipotética lesión vacía el contenido del tipo penal, comprometiendo la legitimidad de su incriminación, al dejar a la intemperie varios principios básicos del Estado de derecho, como el principio del hecho, el principio de culpabilidad o el principio de ofensividad.

Ello no obsta, sino que fortalece que la triple ampliación del derecho penal moderno sea censurada, desde la óptica del funcionalismo, en determinados tipos penales en los que la anticipación que opera el legislador penal en esta materia sea no solo errónea, sino contraproducente en el Estado de derecho. La óptica funcionalista ofrece, en fin, un punto de vista sugerente para explicar el derecho penal contemporáneo y sirve como crítica decisiva de la incriminación de tipos penales actuales excesivamente descuidadas. En concreto, el funcionalismo sirve para cuestionar críticamente determinadas tendencias dentro del derecho penal económico y empresarial contemporáneo, de manera garantista, precisamente en situaciones que requieran, desde el punto de vista normativo, ese tratamiento jurídico penal.

5. Conclusiones

Hemos arribado al fin de nuestras reflexiones. Llegados a este punto podemos ofrecer las siguientes conclusiones:

1. La doctrina funcionalista es la teoría que ofrece una mejor solución de los problemas de la realidad y una mayor visión de conjunto y de problemas específicos en el momento actual, en el derecho penal. Especialmente, en el derecho penal económico y empresarial, en el que las características del derecho penal moderno se muestran de manera inequívoca y donde la capacidad de rendimiento del funcionalismo es más evidente.

2. Las construcciones anteriores (en concreto, las que nos ofrecieron el causalismo y el finalismo) fueron desautorizadas por la propia práctica penal. Su anclaje ontológico, con criterios tan insuficientes y erróneos como la causalidad física o la finalidad psicológica (o conceptos derivados, como el conocimiento), las hicieron infructuosas o inidóneas para fincar, en ellas, un concepto netamente normativo, como es el de la responsabilidad penal.

3. El funcionalismo –con su tríada de elementos básicos: norma, persona y sociedad– ofrece, en cambio, el fundamento acertado para establecer y para mensurar esa responsabilidad. Así, lo hace con el único criterio normativo idóneo para ello, el de imputación penal, que no es otra cosa que la desviación en relación a un rol, esto es, la atribución de responsabilidad penal a un sujeto competente por la infracción de una norma, o lo que es lo mismo, por la defraudación de una expectativa social, es decir, por la infracción de un deber jurídico que formaba parte del haz de derechos y deberes inherentes a la persona.

4. La preponderancia de lo económico en el mundo actual hace que muchos de esos deberes tengan un contenido jurídico económico y empresarial, de suerte que la persona –física o jurídica– se convierte en centro de imputación penal únicamente en la medida en que infrinja un deber de su competencia personal. Deberes excedentes quedan al margen de su competencia y, por ende, de su imputación.

Retos de la responsabilidad penal de personas jurídicas en el debate actual



Laura Zúñiga

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca. Ha realizado estancias de investigación en las universidades de Friburgo de Suiza y de Friburgo de Alemania. Esta última estancia en el Instituto de Derecho Penal Económico y Criminología con el Prof. Klaus Tiedemann. Ha publicado en España las siguientes monografías: "Libertad personal y seguridad ciudadana", "Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas", "Política Criminal" y "Criminalidad organizada y sistema del Derecho Penal". Ha publicado capítulos de libros en "Manual de Derecho Penitenciario", "Introducción al Derecho Penal". Autora de diversos artículos publicados en revistas especializadas en España, Portugal, Italia, Perú, Colombia, Guatemala, Brasil, Argentina, México y Chile. Sus líneas de investigación son: Derechos Humanos y Derecho Penal, Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas, Política Criminal y Criminalidad organizada. En la actualidad es Directora del Máster de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (<http://masterderechopenal.es/>) y Directora del Observatorio de la Criminalidad Organizada Transnacional (<http://crimtrans.usales/>).

En un momento de tantos cambios y por la complejidad que hoy en día adquieren las nuevas formas de criminalidad, la formación necesaria de los aparatos del Estado requiere de conocimientos especializados. Así, se plantea el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde un punto de vista de retos. En efecto, las preguntas que se plantean son ¿en los últimos años, qué desafíos se presentan en los sistemas de responsabilidad penal? ¿Existe una teoría de responsabilidad penal de las personas? ¿Se requiere la sola existencia de la ley para atribuir responsabilidad y castigar, sancionar idóneamente, no arbitrariamente y de manera certera a las personas jurídicas? Estas interrogantes serán resueltas siguiendo una estructura de cinco retos que son de indudable valor para el tratamiento de este tema tan espinoso y complejo. Todo ello con el fin de llegar a acuerdos sostenidos.

Indudablemente, la dificultad más importante para llegar a un consenso en este tema radica en los diferentes conceptos utilizados por los especialistas. Dicho de otro modo, los puntos de partida sobre la teoría del delito son distintos en los diferentes autores, lo que significa que no es lo mismo el planteamiento desde el funcionalismo que el planteamiento desde un derecho penal, por ejemplo, que parte de los derechos humanos; el planteamiento desde el punto de vista de la dogmática de Roxin que otorga a la política criminal un valor importante; o se plantea desde el punto de vista Jackobsiano de la desobediencia a la norma, actuar que fácilmente puede ser llevado a cabo por una persona jurídica.

El debate para alcanzar un acuerdo va más allá de las diferencias lingüísticas. En España, pese a que desde el año 2010 se declaró y promulgó la responsabilidad penal de las personas jurídicas, todavía existen autores que niegan esta responsabilidad penal desde planteamientos dogmáticos (Gracia Martín, Mir, Demetrio, Díaz y García Conlledo los más significativos). Ello es así porque parten de conceptos clásicos de culpabilidad de la persona física que supone un reproche por haber actuado de otro modo, o del libre albedrío, siendo la culpabilidad el elemento básico del concepto de responsabilidad penal. Por tanto, bajo esta premisa las personas jurídicas no podrían ser castigadas con pena, en virtud de que a una persona jurídica no se le puede reprochar el actuar de otra manera conforme a su libertad y determinación como persona. Ese es un aspecto inicial de fondo que impide acuerdos, puesto que, estos autores se niegan a denominar penal a la responsabilidad que no tenga estas características.

De ahí que el primer reto consista en cómo enfrentar, desde un punto de vista dogmático, la criminalidad económica protagonizada por personas jurídicas, pues la discusión gira en torno a la incapacidad de acción y culpabilidad de las personas jurídicas. Se trataría de un círculo vicioso del que es difícil salir. Por eso, los estudios que se realizan a partir de una realidad criminológica y de la política criminal en los que muestran la dañosidad social de estas nuevas formas de criminalidad económica protagonizadas por personas jurídicas suelen llegar a otra conclusión: la necesidad de disciplinar los comportamientos que suceden desde las personas jurídicas penalizando y castigando a la propia corporación. Se trata, ciertamente, de una criminalidad novedosa que se presenta con características muy distintas a las del siglo XVIII, momento en el cual se empieza a desarrollar la teoría del delito.

La tradicional teoría del delito se construye a partir de comportamientos simples, normalmente homicidios, asesinatos, violaciones o robos, empero desde los años noventa se introdujeron en los códigos penales los delitos socioeconómicos y la responsabilidad en las personas jurídicas. El desarrollo del libre comercio, especialmente a partir del año 2000, conocida como la etapa neoconservadora, liberal, propiciada por Margaret Thatcher y Ronald Reagan que abren las fronteras y permiten un intercambio económico tras la caída del muro de Berlín, da lugar a un protagonismo inusitado de las empresas, las personas jurídicas, las fundaciones, los partidos políticos, los sindicatos, es decir, organismos colectivos que representan a sujetos e incluso acarrear conductas delictivas desde su seno. La criminalidad de las corporaciones o corporate crime fue especialmente reconocida por los Estados Unidos de América por su función utilitarista frente a casos como los de Exxon Valdez referente a daños medio ambientales y petroleros. Estos daños han sido ocasionados por empresas como personas jurídicas, las cuales como responsables debían ser castigadas y sancionadas.

Existe una cuestión práctica que implica la necesidad de la existencia de consecuencias jurídicas en el ámbito económico para que se pueda atajar y prevenir este tipo de delitos. Se trata de la necesidad político criminal que, como lo ha señalado el profesor Zugaldía, se encamina en la necesidad de castigar a las personas jurídicas. Sin embargo, nos encontrábamos con una imposibilidad dogmática, puesto que, la teoría del delito era construida desde la persona individual, es decir, había una demanda político-criminal para castigarla, pero no se materializaba por impedimentos establecidos por el sistema jurídico-penal.

Es importante mencionar que el anterior sistema fue demoliéndose y a partir de los setentas y ochentas toma protagonismo. En los noventa con Roxin y el sistema funcionalista del derecho penal se abren las puertas a las necesidades político-criminales. Al respecto, Ihering en 1868 presenta una lección inaugural en la cátedra de Viena y cuestiona si el derecho es una ciencia y, en caso de serlo, debe contar con un componente teórico y práctico. Además, requiere necesariamente de un diálogo entre las demandas reales de la sociedad, de la criminalidad y una construcción que es la teoría. El autor señala que el jurista práctico es el que impulsa el derecho, mientras que el teórico se debe limitar a clasificar los resultados del primero, poniendo en relieve que el derecho no puede estar reducido a conceptos jurídicos, abstractos, sino que debe acoger una realidad criminológica y demandas político-criminales.

Ejemplo de aquello son los casos de catástrofes medioambientales, tales como el caso de la empresa química Sandoz y Chernóbil en el año 86; caso Prestige en España en el año 2002 en el que un barco petrolero se hundió en las costas gallegas; casos de corrupción financiera como el caso Enron; en Italia el caso Parmalat por la venta de sus activos o estafa masiva a consumidores; casos Lederspray de responsabilidad por el producto en Alemania; caso de la colza en España sobre un aceite adulterado que vendían algunas empresas. En definitiva, casos que se han venido dando y ante los cuales el sistema se encontraba inerte.

Sin embargo, desde el planteamiento de Roxin se plasma una combinación del pensamiento problema –con la práctica de la realidad y demandas político criminales– y el pensamiento sistema como una construcción dogmática. En consecuencia, una de las soluciones que se plantea es la renovación de los códigos penales, introduciendo primero los delitos socioeconómicos y las llamadas consecuencias accesorias, sanciones o medidas de seguridad para las personas jurídicas. Aquí surge el segundo reto, ¿es suficiente contar con la ley para responsabilizar a las personas jurídicas?

De primera instancia, la respuesta no es afirmativa. En los últimos tiempos muchas legislaciones se han modernizado, entre ellas, la ecuatoriana y española, de forma que reconocen la responsabilidad de las personas jurídicas, no obstante, su solo reconocimiento no basta y se necesita una base crítica, conceptos, construcciones jurídicas para alcanzar una respuesta homogénea, caso contrario, la diversa jurisprudencia conlleva a los jueces a incurrir en error y duda. De ahí la importancia en avanzar en la construcción de un sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas, en el cual todavía no se consigue un acuerdo total. En los últimos tiempos, el derecho comparado ha tenido a los legisladores por delante de los académicos, por ser estos últimos quienes han reflexionado de manera más conservadora con principios clásicos, contruidos desde la responsabilidad individual y que, por tanto, muchas veces no han entendido que el legislador introduzca nuevas figuras como la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Es importante recalcar que hasta la actualidad no existe una claridad en cuanto a la naturaleza de este tipo de responsabilidad, siendo para algunos autores responsabilidad en materia administrativa y para otros cuasi penal. Hace ya más de treinta años el profesor Tiedemann escribía que el futuro del derecho penal económico pasa por las relaciones entre ilícito civil, ilícito penal e ilícito administrativo, en donde el fondo de toda esta discusión son los cambios que se ha protagonizado en los últimos tiempos. Así, a través de las demandas por castigar a una persona jurídica se pretende reparar en función a la capacidad económica de una persona jurídica que tiene más capacidad que una persona individual para satisfacer el daño causado a las víctimas.

A su vez, en este ámbito se persigue que responda tanto el sujeto que actúa en nombre de la persona jurídica, como ella en sí misma: doble imputación.

Desde el punto de vista de las relaciones entre derecho administrativo sancionador y derecho penal, existen grandes sinergias en el sentido de que, en ocasiones, las infracciones administrativas pasan a ser delitos y estos se convierten en infracciones administrativas. Lo mismo sucede con la responsabilidad de la persona jurídica. Tal es el caso de la normativa italiana que en el año 2001 introdujo una responsabilidad denominada "administrativa de los entes", la cual ha inspirado a las diferentes legislaciones a nivel de América Latina y Europa, pero que realmente no puede adscribirse al campo administrativo. En realidad, en el fondo lo que se busca es una consecuencia jurídica por la actuación antijurídica del ente que ocasiona perjuicios, así como se pretende evitar que existan comportamientos que vulneren bienes jurídicos importantes.

El debate entre infracción penal y administrativa es permanente, porque hace algún tiempo se señaló que el derecho administrativo sancionador también requería de los mismos principios que el derecho penal. Es así que, tanto el Tribunal Constitucional alemán como el italiano y el español establecen que el *ius puniendi* del Estado se expresa no solo en el derecho penal, sino también en el derecho administrativo sancionador y que, por tanto, se rigen por los mismos principios, incluso para las personas jurídicas bajo ciertas condiciones por su propia naturaleza.

Por ejemplo, la sentencia 246/1991 del Tribunal Constitucional Español que en su contenido reconoce los principios señalados, y expresa que "la persona jurídica no tendrá voluntad", es decir, desde el punto de vista del dolo, el conocimiento y voluntad. Las personas jurídicas no poseen estas características, pero si cuentan con el conocimiento y capacidad de actuar, pues pueden resolver temas y actuar conforme a sus decisiones. Aquello implica la capacidad infractora de la norma, premisa que bastaría para castigarlas conforme al principio de culpabilidad.

Dentro de un Estado de derecho se debe desechar la responsabilidad objetiva que se encamina solo a castigar la conducta cuando se infringe la norma. Más bien, se debe tener ese plus del principio de culpabilidad que rige tanto para el derecho penal como para el derecho administrativo sancionador. Pero claro, aquí surge la pregunta ¿existe un injusto penal que sea sustancialmente penal y se distinga del injusto administrativo?

En primer plano, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aplica los mismos principios del debido proceso, pero con diferentes garantías que servirán de fundamento para castigar y sancionar a las personas jurídicas. Incluso, en ocasiones, se ha conseguido una homogeneización, de tal forma que existen sanciones administrativas graves y el Tribunal Europeo recalca que no importa el *nomen iuris*, pues lo que se debe tomar en cuenta es la gravedad de la sanción, a quién se la impone, bajo qué finalidades –porque en el fondo son muy similares, con la característica que la norma penal es aplicable en los casos más graves con dolo o imprudencia grave– y en dónde se aplica el principio de fragmentariedad del derecho penal.

En consecuencia, las imprudencias leves estarían regidas por el derecho civil o el derecho administrativo sancionador. Por tanto, los autores reconocen que no existe un rostro definido y sustancial de lo penal. Es decir, como sostenía Welzel, no existe un concepto natural de delito, sino que más bien abarca consideraciones político criminales que obliga a los legisladores a adecuar conductas en el ámbito penal o administrativo sancionador según la gravedad. Como afirmaba Ihering, el jurista dentro de su estudio debe recoger esa realidad práctica que permitirá a los fiscales, jueces y operadores de justicia resolver los problemas concretos, con los criterios y garantías adecuados.

Las garantías están vinculadas a las categorías dogmáticas dentro del derecho penal, contruidas a partir de la premisa que considera a la pena como el castigo más grave, por tanto, el mayor nivel de garantía es el *in dubio pro reo* que comprende la capacidad probatoria de los fiscales de todas las categorías y elementos para poder castigar a un sujeto, cuya consecuencia es la duda razonable. Se debe precisar, dentro del ámbito del derecho penal económico, cuándo

se considera un injusto administrativo y/o un injusto penal económico por los que ha de responder la persona jurídica. Esto, a diferencia de lo que sucede en Estados Unidos o Inglaterra donde se plantea incluso la posibilidad de un delito de homicidio cometido por personas jurídicas.

Como tercer reto, las preguntas obvias que se plantean son ¿qué se debe alumbrar como jurista? y ¿existe la posibilidad de construir una responsabilidad penal de las personas jurídicas con las estructuras clásicas?

La respuesta con toda certeza es negativa, es decir, si se cuenta con un concepto fundamentalmente ortodoxo de lo que es la culpabilidad, construida desde una persona humana, difícilmente se podrá trasladar este concepto a una persona jurídica que es un ente incorpóreo. Por tanto, como decía Ihering, el razonamiento debe ser producto de la realidad, de las demandas político-criminales. Además, debe responder mediante castigos y sanciones desarrollados con coherencia y univocidad. Esas demandas político-criminales y los sistemas de la responsabilidad individual no resultan idóneos para castigar a estructuras complejas donde los sujetos no actúan individualmente, sino dentro de una estructura con división de funciones de manera horizontal y representantes de manera vertical.

Por lo tanto, la existencia de una estructura, un sistema o una organización diferencia el sistema de responsabilidad individual de la responsabilidad de personas jurídicas. El primero de ellos persigue a un culpable que asuma toda la responsabilidad, como en los procesos abiertos en contra del representante legal, abogado o directivo, pero con la peculiaridad de dirigirlo a una sola persona que actúa como chivo expiatorio de todas las responsabilidades.

Esto a diferencia de lo que sucede con la persona jurídica en la que, como ha defendido Schönemann, puede existir una "actitud criminal del grupo" que se mantiene si se castiga a un sujeto concreto como cabeza de turco. De este modo, se pueden seguir manteniendo las políticas defectuosas y actividades negativas que son normalmente producto de varios años de comportamientos antijurídicos.

Con relación a lo señalado, los delitos económicos son delitos complejos que suelen producirse a lo largo de varios años, por varias personas y normalmente estructurados. Por ejemplo, el blanqueo de capitales que, normalmente, cuenta con un asesor de diferentes ramas o abogados que son los encargados de estructurar el entramado societario para eludir la responsabilidad. Todo ello motiva la necesidad de la construcción de la responsabilidad de las personas jurídicas a fin de evitar que únicamente se castigue a alguien en concreto.

En muchos casos se acostumbra a cargar toda la responsabilidad en un solo sujeto o, en otros, los procesos se abocan a la impunidad. Se puede señalar el estudio del caso sucedido en Barranquilla (Colombia) sobre una empresa AAA que, en los años noventa, estaba eludiendo las normas de residuos y contaminando zonas cercanas al mar. En este caso no existió sanción por la dificultad de probar los hechos sucedidos, puesto que, suponía la existencia de un tipo objetivo y subjetivo en una sola persona.

Dicho de otra manera, el sujeto debe realizar con conciencia y voluntad o con imprudencia grave el comportamiento y, además, debe conocer, saber el porqué de su actuar. Es así que, dentro de una estructura el desvío de los verdaderos responsables, como en el caso de un representante o gerente que suelen ser remplazados durante toda la gestión, difícilmente puede hacerse responsable. Lo cierto es que en una estructura el comportamiento es parcializado, por lo que, en muchos casos puede acarrear una impunidad, incluso en el ámbito civil.

Además del ejemplo expuesto, en el caso Chevron fue casi imposible castigar a una persona en concreto, porque la persona jurídica es un ente cerrado y privado. A nivel de las sociedades liberales las personas jurídicas, sean estas empresas, fundaciones u ONG, tienen capacidad interna para la realización de acciones sin que agentes externos o incluso el Estado se vean involucrados. Pero en el corporate crime, si unas pequeñas infracciones no se atajan van creciendo

las infracciones internas y, en muchas de las veces, los delitos se producen por una serie de pequeñas infracciones o políticas de grupo que producen el delito final. Por lo cual, es importante la prevención y la utilización de la sanción penal.

En nuestra sociedad y en el ámbito económico en general se maneja el presupuesto de lo que no se castiga está permitido. De este modo, si un delincuente conoce que su actuar no acarrea una consecuencia sigue delinquiriendo. El delincuente económico debe saber que su conducta antijurídica tiene costes, pues ellos actúan con un cálculo de costo-beneficio. Esto implica que tanto el coste de la sanción así como la multa deben ser importantes. Es preciso tomar en cuenta que, en ocasiones, ellos cuentan con el coste económico e incluso lo trasladan al consumidor, por consiguiente, lo que se pretende es dar a conocer al delincuente económico que existen consecuencias graves cuando se produce una vulneración a bienes jurídicos.

A modo de ejemplo de lo señalado, se presenta el caso de corrupción Odebrecht que involucra a varios países de América Latina, entre ellos Perú, Colombia, Brasil, Ecuador, República Dominicana y muchos más. Es el caso de una empresa que estuvo corrompiendo 14 años y lo hizo a todo nivel, dirigiendo su actuar a empresas, candidatos presidenciales, presidentes y vicepresidentes. El caso representa la impunidad con la que han actuado las personas jurídicas que conociendo el coste del soborno lo asumían. A consecuencia de la inaplicación de esta figura de responsabilidad, Odebrecht no está inhabilitada e incluso, en el caso de Perú, ha solicitado una indemnización por resolución de contrato. Si se imputara penalmente exclusivamente a la persona jurídica se inhabilitaría absolutamente.

Con lo expuesto se plantean varias interrogantes a debatir, entre ellas ¿qué retos se plantean en el sistema de infracciones? ¿Qué infracciones serían aplicables para las personas jurídicas? La primera se refiere al fondo de lo que sería la responsabilidad y el injusto que, en base al principio de legalidad, no provocaría confusión sobre a qué delitos responde. En este sentido, el problema que se presenta suele referirse al numerus clausus muy limitado y restringido en las diversas legislaciones penales latinoamericanas. En el caso español se evidencia una gran cantidad de delitos destinados a perseguir a la persona jurídica. Uno de los más importantes es la financiación de los partidos políticos. Este fue incluido en el Código Penal en 2015, a raíz del Caso Gürtel. Hasta ese entonces no era considerado delito y, por lo tanto, no fue castigado.

Con este antecedente es necesario considerar dentro de este numerus clausus todos los delitos socioeconómicos, como por ejemplo, estafa, defraudaciones, fraude de mercado, hacienda pública, medio ambiente y delitos contra los trabajadores, principalmente. Una vez definido el catálogo de delitos el siguiente paso es establecer a qué personas jurídicas irán dirigidos. Fundamentalmente se suelen enfocar a las empresas, pero además, a los partidos políticos, ONG y fundaciones. Como consecuencia de ello, se comienza a considerar si las personas jurídicas de derecho público deberían estar incluidas, tomando en cuenta que se planteó que el Estado no puede perseguir al Estado, pero si son empresas públicas y tienen una finalidad económica debería existir esta persecución.

En el ámbito de la responsabilidad penal todavía no existe un acuerdo sobre culpabilidad de la persona jurídica, no obstante, la teoría más aplicada es la del defecto de organización ideada por el profesor Tiedemann. Esta teoría consiste en que la persona jurídica es castigada por la falta de una organización adecuada y por no prever el riesgo que su actividad genera, lo cual, en resumidas cuentas, está asociado con los programas de *compliance*. Ahora bien, hay que decir que la regulación y desarrollo de los *compliance* tiene una dinámica propia y no están condicionados los unos a otros.

Con respecto a lo mencionado, en Estados Unidos surge la regulación del *Foreign Corrupt Practices Act* que se estructuró desde 1977 para prevenir la corrupción de las empresas, especialmente en sus relaciones comerciales internacionales. Poco a poco se fue imponiendo por la *lex mercatoria* la necesidad de autorregulación, prevención de los riesgos, debida diligencia organizacional, necesidad de los *compliance*. En razón de estas normas anticorrupción,

pero también de antilavado de activos (GAFI) y otros sectores la persona jurídica o la empresa se compromete a su autorregulación y el Estado cumple el rol de garante de una adecuada autorregulación. Sin embargo, no puede existir una vinculación directa de la existencia de compliance y la exención de responsabilidad.

Ante lo señalado, el 29 de febrero de 2016 el Tribunal Supremo Español emitió la primera sentencia estableciendo que el compliance o los programas de cumplimiento son elementos del tipo y están sujetos a comprobación por parte del agente fiscal que, en ocasiones, es una cuestión insostenible. Primero porque el compliance se constituye más propiamente como una cuestión de culpabilidad (graduación de la pena), no de injusto. Además, todo lo referente a culpabilidad debe ser actuada por la defensa. Segundo, porque como es lógico, la persona jurídica deberá informar qué sucede en su organización interna, es decir, si tiene libertades debe tener también responsabilidades, como lo señaló, en su día, el profesor Vogel.

Por último, el quinto reto se refiere al sistema de penas y su modo de aplicación para prevenir las conductas corruptas que favorecen la criminalidad organizada, la corrupción u otros delitos que puedan ser protagonizados por las personas jurídicas. De tal forma, la multa siempre ha sido aplicada en primer lugar, a pesar de que existen otras sanciones que se consideran las más idóneas. Por ejemplo, la reparación como sanción –esto es, cumpliendo la función de reparación a las víctimas por el daño ocasionado a la actuación indebida de la persona jurídica– y la interdicción de la persona jurídica salvaguardando los derechos de los trabajadores y de los acreedores, o terceros que sufran pérdida con la multa o la sanción. Si existe una interdicción se contaría con una autoridad pública similar al síndico de quiebra encargado de ejecutar una distribución de riesgos o distribución de pérdidas.

Esta es una panorámica de los retos más importantes en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la actualidad, frente al que, en mi opinión, se mantiene en proceso de construcción en el sentido de alcanzar acuerdos, consensos y categorías para poder castigar de manera certera a las personas jurídicas y, por ende, exista una masa crítica suficiente para que los jueces, fiscales, policías y agentes especializados sancionen de manera idónea a las personas jurídicas.

Responsabilidad penal de personas jurídicas en el Ecuador



Javier Fernández Teruelo

Catedrático de Derecho penal y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo. Becario del DAAD (Deutscher Akademischer Austauschdienst) en el Institut für Kriminologie und Wirtschaftstrafrecht de Freiburg im Br. (2002). Abogado con amplia experiencia en el desarrollo e implantación de Programas de prevención de delitos (Compliance Penal). Consultor internacional de United States Agency for International Development (USAID), Tetra Tech y Checchi Consulting en materias vinculadas a mecanismos de control de la corrupción, violencia de género y criminalidad económica. Abogado penalista, experto en la elaboración de Programas de prevención de delitos (compliance penal corporativo para las empresas: Acorde Technologies (208), Industrial OLMAR (2018), SRP, Sociedad Regional de Promoción del Principado de Asturias (2019), AUTOSA (2020), TORMES MOTOR (2020), EXMAIN (2020), TRANSINSA, Grupo HERDOIZA (Ecuador) (2020), SEMAICA (Ecuador); y FUENSANTA.

El tema a tratar se relaciona con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que se lo puede catalogar como relativamente nuevo, aunque ya han pasado varios años desde su implantación en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) de Ecuador. Por lo tanto, se tratará de hacer una disección del significado y la aplicación: cómo se puede y se debe aplicar el modelo de responsabilidad contenido en la normativa ecuatoriana.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano acoge en el Código Orgánico Integral Penal, en sus artículos 49 y 50, el mismo modelo de responsabilidad implantado en España, lo que permite aprovechar la experiencia española tras su aprobación en 2010. Sin embargo, en 2015 España incluye expresamente una regulación del *compliance* (de los programas de prevención de delitos a los que luego aludiremos), cosa que Ecuador todavía no ha hecho. Ahí se presenta algún intento de reforma por incluir la regulación del *compliance*.

En este sentido, el *compliance* o el programa de prevención de delitos es el criterio o el elemento que permite a una empresa eludir su responsabilidad penal a partir de la idea de que, si en una empresa se comete un delito, pero se acredita que esa empresa había hecho los esfuerzos necesarios para evitar la condena penal, no debería ser considerada penalmente responsable. A esto nos referimos cuando hablamos de *compliance* o cumplimiento, es decir, cumplir una serie de obligaciones que permitan a la empresa eludir su responsabilidad penal cuando un directivo o un trabajador cometa un delito, mediante actos que acrediten que se tomaron las medidas dentro de lo razonable, en definitiva, que tenía un *compliance* eficaz.

En España, a partir de 2015 se aplica una regulación expresa que establece parámetros sobre los criterios que conforman un programa de prevención de delitos. Frente a esto, el Ecuador al no tener regulado el *compliance* ¿significa que no tiene eficacia y, en consecuencia, no cumple el efecto de excluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en aquellas empresas que tengan un programa? No. Evidentemente, el *compliance* es una cuestión que va incluida en el propio concepto de responsabilidad penal de las personas jurídicas, independientemente, de que no exista una regulación específica que detalle cómo hacerlo. Ecuador tendría que acostumbrarse, mientras no tenga una regulación al respecto, a tomar una serie de modelos basados en la regulación estándar que se viene utilizando a nivel mundial para exigir a una empresa que tenga este elemento de exclusión de responsabilidad.

Por lo tanto, el hecho de que aún no estén regulados los programas de cumplimiento no significa que no se apliquen. Al respecto hay muchos libros y teorías sobre que el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se basa en la idea de defecto de organización, donde la empresa responde por no adoptar un sistema adecuado de prevención del cometimiento de delitos. Esa es una cuestión clave que permite estudiar la compatibilidad entre la responsabilidad penal del directivo o empleado que comete el delito y la responsabilidad de la empresa. Aquí el fundamento es completamente distinto. Se deja de lado un poco la parte teórica de los modelos de autorresponsabilidad o hetero-responsabilidad y se intenta buscar cierto punto en común. Esto porque incluso los modelos de hetero-responsabilidad no objetivizan completamente esta responsabilidad.

En el modelo de responsabilidad puede haber un doble castigo. Por un lado, el trabajador o directivo que comete un delito y, por otro, también la empresa por no tener un sistema adecuado para evitar que ese delito se cometa. Esto evidencia la existencia de dos responsabilidades compatibles, independientes y compatibles. Independientes porque cada una puede funcionar al margen de la del otro. En efecto, puede responder la empresa y no el directivo o viceversa y también pueden responder los dos. La primera parte es la independencia, la segunda la compatibilidad. ¿Por qué son compatibles? Esencialmente, porque el fundamento es distinto.

A nivel teórico, quienes defienden el modelo de hetero-responsabilidad o responsabilidad vicaria consideran que la empresa responde por el mero hecho de que un directivo ha cometido un delito. En sistemas como el español y ecuatoriano en que los principios penales tienen un amplio reconocimiento y, en particular, un reconocimiento constitucional sería muy difícil aceptar

el modelo en que la persona jurídica responde sin que se le haga ningún reproche concreto, más allá de la transferencia del actuar de la persona física. En ese caso se produciría una colisión de principios esenciales y, sobre todo, supondría un sistema claro de responsabilidad objetiva, prohibida en nuestros modelos penales.

En efecto, admitir que la persona jurídica responde solo por el hecho de que un directivo haya cometido un delito plantea graves problemas de constitucionalidad y, sobre todo, es una fórmula extrema de responsabilidad subjetiva más propia del derecho civil y difícilmente admisible en el ámbito penal.

Se debe destacar que dentro del modelo de responsabilidad adoptado en los artículos 49 y 50 del COIP (31 bis y siguientes del Código Penal Español) se establecen unos requisitos para que la persona jurídica responda penalmente. Dentro del texto del artículo 49 del COIP se evidencia que es un modelo equivalente al español con muy pocos matices. Primero, no se establece de manera textual que las personas jurídicas "cometan delitos". En este modelo, las personas jurídicas son responsables por un delito que ellas no han cometido. La persona jurídica responde por un delito que cometen una serie de personas que son: órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios. Así, se enlaza la idea de que no castigamos a la persona jurídica por cometer un delito, sino más bien por no haber estado en condiciones de evitar que otro (persona física en el seno de la empresa) cometa el delito.

Este modelo implica muchos matices frente a discusiones incluso sobre las penas que se imponen a la persona jurídica y, sobre todo, por una responsabilidad penal de prevención de la comisión de un delito. Por lo tanto, la primera idea se fundamenta en que la empresa responde por los delitos cometidos por un tercero. ¿Quiénes son esos terceros? En el fondo, principalmente, son órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados (este uso del género es propio de la legislación ecuatoriana, también de la Constitución y de otras normas), 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.

Frente a esto el legislador ha intentado hacer una enumeración tan extensa que refleja una preocupación por evitar la exclusión de personas, lo que, en mi opinión, es un error. No debería haberse utilizado la designación de cargos y nombres, pues la idea esencial es que cualquier persona que tiene capacidades directivas, capacidades para obligar o capacidad de actuar en nombre de la persona jurídica puede vincularla con su comportamiento en caso de que cometa un delito ligado a su actividad profesional, sea como gestor, directivo o apoderado de la persona jurídica.

Otra característica del modelo ecuatoriano (semejante al español) es el establecimiento de un segundo nivel de responsabilidad que también podrán propiciar la responsabilidad de la entidad: "en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas". Así, en una empresa en la que los directivos o, en sentido amplio, toda persona que tiene capacidad de gestión, en definitiva, de obligar a la sociedad en algún ámbito, lo que hace es desatender el control de personas subordinadas que no son directivas y que cometen un delito. Por ejemplo, el responsable del control medioambiental que si bien es un trabajador de la empresa, no ostenta esa capacidad para obligar a la persona jurídica para actuar en su nombre.

A partir de este ejemplo conviene profundizar en ese segundo nivel de responsabilidad, es decir, que no solo responde la sociedad cuando el directivo cometa un delito, sino que también lo hace cuando lo cometan las personas que dependen de esos directivos. ¿Por qué? Por no haber sido adecuadamente controladas. De manera tal, que se establece ese doble nivel de activación de la responsabilidad de la empresa: el directivo comete un delito o el directivo no controló adecuadamente a su subordinado que no ostenta esa condición directiva y que llevó a cabo un comportamiento delictivo. Este modelo es expansivo, puesto que, muchas legislaciones hacen

responsable a la persona jurídica únicamente cuando cometen el delito quienes ostentan la dirección de la sociedad. Por ello, teóricamente se amplían las posibilidades de que una persona jurídica sea condenada.

Un ejemplo real en España es el caso de presunto lavado de activos realizado en una entidad bancaria en la que existen ocho niveles jerárquicos: un consejo de administración de la entidad, directores territoriales, directores de zona y directores de oficina, todos ellos con capacidad directiva incluso en el último nivel. Dicho modelo puede dar lugar a la responsabilidad del director de la oficina bancaria, director de zona, director territorial, el consejo de administración, múltiples posiciones jerárquicas con obligaciones de control que, a la vez, al tener esa condición (poder de obligar a la compañía) podrían determinar la responsabilidad de la persona jurídica y el último que es un empleado, un trabajador que simplemente realiza la transferencia. Por lo tanto, se castiga a la persona jurídica por no haber establecido un control de los directivos intermedios y próximos.

Así, con este esquema se llega a un proceso o modelo hiper-expansivo de responsabilidad penal que, si se aplicara correctamente, serían muchas las empresas penalmente sancionadas. Sin embargo, esto es algo que, hasta la fecha, no se ha producido en Ecuador. El modelo tal y como está configurado implica que la persona jurídica tenga que acreditar con frecuencia, si tiene o no los medios adecuados para evitar ese tipo de responsabilidad (*compliance* penal corporativo).

Para determinar la responsabilidad de la persona jurídica, además de la comisión del hecho delictivo por la persona física, son necesarios varios requisitos. El primero es que la persona física que cometa el delito actúe en nombre y ejerciendo funciones propias de la persona jurídica y que, además, el delito se cometa "para beneficio propio o de sus asociados". Esta es una de las características claves de este modelo: la persona jurídica responde, primero, porque alguien que ejerce funciones directivas ha cometido un delito o no ha controlado adecuadamente sus subordinados y ese delito tiene la capacidad de beneficiar o producir un beneficio en la persona jurídica.

Ejemplo de ello es cuando un delito fiscal lo comete un directivo, incluso por interés personal, a fin de aumentar su porcentaje salarial. Puede no hacerlo para beneficiar a la empresa, en razón de que en un delito fiscal al final se habla de un impuesto que paga la sociedad, pero, independientemente de su objetivo, una minoración de la carga fiscal tiende a beneficiar a la persona jurídica, con lo que se habría cumplido el requisito. O lo mismo en un delito medioambiental por el ahorro del coste de los medios que implican una garantía que evita riesgos de contaminación. Se evita un gasto, lo que se constituye como un beneficio indirecto. Sin embargo, nunca habría un delito cuando aquellos comportamientos delictivos de la persona física perjudican a la propia persona jurídica o, incluso, es la víctima del delito.

La expresión que en el COIP es "para beneficio propio o de sus asociados", en España es "delito realizado en beneficio directo o indirecto" que, en mi opinión significan básicamente lo mismo. El problema es que en Ecuador no se especifica si el beneficio puede ser indirecto, aunque parece lógica su inclusión por vía interpretativa.

Se pueden plantear algunas dudas interpretativas referentes a este elemento "para beneficio" en el caso de Ecuador, o "en beneficio" en el caso de España. Por ejemplo, si tiene un carácter objetivo o subjetivo y, en el caso de ser objetivo, ¿requiere un beneficio objetivo o basta la posibilidad de que se produzca? ¿A qué me refiero? Hay quien dice (opinión muy minoritaria) que este elemento se colma de suficiente en aquellos casos en los que el sujeto busca beneficiar a la persona jurídica (sentido subjetivo). Lo considero un error, primero, porque esto no es nada habitual debido a que, generalmente, la mayoría de los delitos se cometen por un interés personal (indirecto) del propio directivo, pero, en todo caso, en España se ha determinado por varias razones, una de ellas es que en el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, esa interpretación subjetiva no admitiría delitos culposos o imprudentes ¿Por qué? Porque si yo actúo con la voluntad de beneficiar a la persona jurídica eso es incompatible con la negligencia propia

de un delito culposo o imprudente.

Por lo tanto, pareciese que el legislador se inclina claramente por un sentido objetivo-tendencial que castiga el delito porque el mismo tiende a beneficiar a la persona jurídica. Ese delito fiscal o tributario de nuestro ejemplo al final le va a beneficiar o simplemente le puede beneficiar, lo que es suficiente para considerar cumplido el requisito típico.

Volviendo al texto del artículo 49 del COIP, la gran novedad del mismo, respecto al modelo español, es la inclusión de "o de sus asociados". Entiendo que, probablemente, se esté pensando en asociados de la propia persona jurídica, es decir, existe una serie de grupos de empresas con intereses específicos en los que, cuando se comete un delito fiscal, se lo atribuye a una de las filiales y se incluye un beneficio propio.

Por otro lado, dentro del texto se establece "En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables". El apartado a del Código se refiere a los directivos, mientras que el apartado b se refiere a aquellas personas controladas y subordinadas de los directivos. De este modo, la persona jurídica responde por delitos cometidos por otro, en nombre o por cuenta de las mismas o en su beneficio directo. Este "nombre o por cuenta" en el caso de Ecuador no se señala expresamente, pero se sobreentiende que son personas que tienen capacidad de obligar a la persona jurídica. Con lo cual tienen que ser actuaciones referidas al objeto social de la persona jurídica y nunca actuaciones de la persona física absolutamente desconectadas de su actividad en la empresa.

Se necesita tener un conocimiento previo sobre la existencia del cometimiento de un delito, pero ¿qué delito? Bueno, en mi opinión ese es uno de los grandes problemas que tiene la legislación ecuatoriana porque, al contrario en España donde existen más de 60 categorías delictivas que pueden dar lugar a este tipo de responsabilidad, en el caso ecuatoriano el elenco es mucho menor. Esto es lo que se denomina el sistema de *numerus clausus* que, en este caso, es un sistema cerrado. Solo existe este tipo de responsabilidad en delitos que aparezcan específicamente dentro de la parte especial del COIP. Adicionalmente, dentro de la legislación ecuatoriana se recogen delitos como: trabajos forzados u otras formas de explotación laboral; ocupación, uso ilegal de suelo o tráfico de tierras; insolvencia fraudulenta; quiebra fraudulenta; engaño al comprador respecto a la identidad o calidad de los servicios, etc.

Aunque parezcan muchos supuestos en la práctica no lo son. Esto porque, además, se excluyen muchos de los delitos que, generalmente, tienen lugar en las grandes corporaciones, las grandes empresas que son frente a las que teóricamente se implanta este modelo de responsabilidad. Reitero que es de sorprender que delitos de gran impacto no se encuentren tipificados.

Por otra parte, está específicamente regulada la llamada independencia y compatibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la de las personas físicas. Es así que en la redacción se señala: "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". De este modo, es necesario acreditar que el delito fue cometido por una persona en beneficio, sin embargo, si por alguna razón no se pudiese castigar a esa persona física, por ejemplo, porque ha fallecido, la responsabilidad de la persona jurídica podría continuar porque el fundamento y la compatibilidad se basa en un reproche distinto. A la persona física se le reprocha utilizando el sistema clásico de culpabilidad por no haber actuado de otro modo (se cometió el delito pudiendo haberlo evitado o pudiendo no haberlo hecho). A la persona jurídica se le reprocha el no haber adoptado las medidas necesarias (*compliance* penal) para evitarlo.

Continuando con el ejemplo planteado, el reproche a la persona jurídica es absolutamente distinto. De hecho, dentro del artículo 50 se desarrolla más esta idea y se señala: "la responsabilidad penal de las personas jurídicas no extingue ni modifica si hay concurrencia de responsabilidades con personas naturales". Fijémonos que dice "si hay concurrencia", es decir, puede no haberla. Lo que sí es imprescindible es el hecho de conexión, en donde se encuentra a una persona que

ejerce funciones directivas y que lleva a cabo el hecho delictivo "en beneficio" de la persona jurídica, pero no se determina en quien (persona física) recae esa responsabilidad. Es más, puede que haya fallecido o huido. En este caso, puede no haber concurrencia de castigos, simplemente, es una posibilidad. "[...] con personas naturales en la realización de los hechos, así como de circunstancias que afecten o agraven la responsabilidad".

En resumen, la segunda idea recae en la independencia y compatibilidad. Independientes en razón de que, una vez cumplido el hecho de conexión, no es imprescindible la condena o presencia de la persona física al proceso. Son compatibles en razón de que se puede sancionar a los dos, debido a que el sujeto es distinto y el fundamento del reproche también. A partir de lo antes expuesto, aquí surge la idea del fundamento del castigo de la persona jurídica, llamado defecto de organización, que sanciona el no haber contado con las condiciones adecuadas para haber evitado la comisión del hecho delictivo.

Antes de entrar en la parte referida al *compliance*, se ahondará en la cláusula de no extinción de la responsabilidad penal que pretende evitar un fraude. Por ejemplo, una persona física que comete un delito no puede extinguirse en dos y no puede disolverse, pero una persona jurídica sí. Una persona jurídica, tras ser condenada por un hecho delictivo puede crear otra empresa con un nombre distinto, contratar nuevamente a sus trabajadores, contactar a los clientes y proveedores, por lo cual, podría intentar dejar a la otra persona jurídica con la sanción y sin actividad.

Evidentemente, este comportamiento fraudulento no se puede cometer como persona física. En el caso de las personas jurídicas, para evitarlo la ley, de manera expresa, señala: "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". En el caso de Ecuador el texto es confuso y está poco explicado. Se plantea la idea, pero no se matiza qué es lo que pasa. En un primer momento en el que se divide la sociedad, la pena que se ha impuesto se dividirá proporcionalmente en función al negocio que ejerza cada una de las partes; si se disuelve y crea una nueva, a esta última se aplicará la sanción. Esto, desde el punto de vista penal clásico supone una aparente vulneración de principios, como el de personalidad de la pena, en donde la pena se aplica a un ente distinto al que se lo impuso, pero, evidentemente, el nuevo modelo llega también con sus propios principios.

Precisamente, el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene que basarse parcialmente en principios distintos. De hecho, su propio fundamento, el reproche por defecto de organización, se basa en una culpabilidad distinta. En consecuencia, el principio de personalidad de la pena en el sentido clásico se vería vulnerado porque la pena la va a cumplir una entidad distinta a aquella a la que le fue impuesta en su momento. Evidentemente, se debe concebir que sea un modelo nuevo y, por ello, debe admitir nuevas fórmulas, no solamente a nivel de redacción de esos artículos, sino de principios generales del derecho penal.

Llegamos al análisis del *compliance*. Brevemente, se trata una parte que, como dijimos, no está regulada en el Ecuador, pero que es inherente al fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lo mismo que sucedía en España debido a que, a pesar de no haber estado regulado, también se exigía. La regulación aporta detalles de su contenido, pero no determina su exigencia para que la persona quede exenta de responsabilidad, lo cual es inherente al modelo.

Un *compliance* no es algo infalible, porque si se exigiera que lo fuera en cuanto habría delito, habría responsabilidad automática de la empresa. El *compliance* no exige que tenga la capacidad al cien por ciento de evitar un delito. Incluso un muy buen sistema de prevención por definición no puede evitar todos los delitos.

En España, el legislador utiliza la expresión "que reduzca significativamente las posibilidades de comisión del delito". Por lo tanto, existe el convencimiento de que como es algo inherente al modelo de responsabilidad, si una empresa ecuatoriana acredita que tenía un buen sistema de *compliance* que sea real, aplicable y comprometido quedará exenta de responsabilidad penal.

Un *compliance* no son "unos papeles", es más, los papeles son lo de menos. Un *compliance* es un comportamiento, una actitud, una mecánica de funcionamiento que hay que acreditar ante un juez o fiscal. Decirle mire "yo tenía un canal de denuncias, cada vez que me llegaba una denuncia, yo tomaba estas medidas", o "yo tenía un oficial de cumplimiento que era el encargado de hacer esto, esto y esto. Yo detecté que tenía x problemas, x riesgos y como tenía x riesgos yo hice esto, esto y esto". El *compliance* es lo que hizo la empresa, lo que está haciendo, no los papeles en los que se recoge determinado tipo de cosas que, muchas veces, como decimos en España, son "papel mojado".

Esa idea de *compliance* dentro de la legislación española es un modelo bastante internacional que establece cinco requisitos más uno, esto a causas de que el último requisito básicamente es una verificación formal. El primero de ellos y el más importante de todos es el llamado "mapa de riesgos", que consiste en identificar dónde está el riesgo, qué actividad realiza la empresa, cómo la realiza, qué posibilidad hay de que se cometa un delito, qué delitos cometen las empresas parecidas, similares o idénticas a esta y a partir de esa información adoptar una serie de medidas de corrección.

En ese caso, el *compliance* se basa en una matriz de riesgo. Cuando al elaborar un *compliance* examino una empresa, debo determinar cuál es riesgo inicial. Esta valoración se convierte en un número con decimales basado en una serie de análisis, de preguntas y de identificación de riesgos. Por ejemplo, ¿es la misma persona la que se relaciona con la administración siempre? Si me dicen que sí, eso tiene una determinada puntuación respecto al riesgo inicial de un delito de cohecho. Cuando se termina de examinar la empresa y se determina el riesgo inicial –que sobre 10 puede ser 3,4– empieza la fase dirigida a establecer medidas generales (para todos los delitos, por ejemplo, el canal de denuncias, que responde a todos los delitos) y medidas específicas para ese delito concreto. De tal manera que ese 3,4 empieza a verse minorado por cada una de las medidas que se van adoptando y alcanza una cifra menor, llamada "riesgo residual". Ese riesgo residual existe, nunca es cero.

En este sentido, lo importante es el esfuerzo, la capacidad de determinar el riesgo y el manejo a través de medidas enfocadas a su reducción que son acreditadas ante el juez. Si pese a todo el esfuerzo realizado, este se considera insuficiente, pero se acredita que hizo lo razonable dentro de las posibilidades con las que se contaba en ese momento, la responsabilidad de la empresa debe quedar excluida.

La segunda, se refiere al modo de tomar las decisiones en la sociedad. Se evidencia que las decisiones en la sociedad las suelen tomar una o dos personas, o más, pero de manera un tanto anárquica, haciendo valer el poder de quienes las toman. Un buen *compliance* debe tratar que las decisiones sean colectivas y basadas en una buena información. Se pretende que cada decisión que se pudiera aproximar a un delito esté avalada por un informe del oficial de cumplimiento respecto al riesgo de incurrir en comportamientos delictivos.

La adecuada gestión de los recursos financieros, como tercer requisito, es la inversión que tiene una empresa en prevención de delitos. Al igual que tenemos prevención de riesgos laborales, se debe tener una inversión en prevención de delitos. Eso implica muchas cosas, desde medidas específicas hasta la creación del canal de denuncias.

Precisamente, el canal de denuncias está en el punto cuatro e implica la obligación de informar los posibles riesgos e incumplimientos. Este puede estar a cargo de cualquier persona, en particular, de los miembros de la persona jurídica bajo condiciones anónimas que respeten las garantías de seguridad para que los trabajadores no sufran represalias. La llamada denuncia se encamina más a comunicar, puesto que, procesalmente no tiene ningún valor la denuncia anónima. El objetivo es que dentro de la empresa se inicien procesos de investigación dirigidos a comprobar la veracidad de su contenido.

El quinto elemento o circunstancia es el sistema disciplinario. Si se establecen obligaciones,

pero no fórmulas que obliguen a su cumplimiento, evidentemente, el sistema no va a funcionar. Lo que se exige es un sistema sancionador interno en la empresa que, una vez que se llevan a cabo determinados comportamientos que supongan un incumplimiento del *compliance* o de las obligaciones establecidas, permita sancionar a los intervinientes.

Y un último requisito adicional a los señalados es la verificación periódica. ¿Por qué? Porque un *compliance* tiene que ser dinámico, es un guante que se adapta a cada mano, a cada empresa. Por lo tanto, es imprescindible que si la empresa cambia, también cambien las previsiones recogidas en el programa de prevención de delitos. Eso, desde el punto de vista del abogado que elabora un *compliance*, evidentemente, es una buena noticia. En efecto, se realiza el trabajo y luego cuando existan novedades, alteraciones significativas o sustanciales, nuevas líneas de negocio, nuevas reformas penales, etc., este puede y debe ser actualizado. Por ejemplo, existe un *compliance* hecho ahora en Ecuador y dentro de x meses se introducen en el COIP nuevos delitos que dan lugar a responsabilidad penal de la persona jurídica, en ese caso, será inevitable actualizar el programa de prevención de delitos.

Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador



Rodolfo Félix Cárdenas

Abogado egresado de la Escuela Libre de Derecho con mención honorífica, con más de 25 años de práctica profesional en materia penal. Realizó estudios de especialidad en Ciencias Penales en la División de Estudios de Posgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México y realizó estudios de Derecho Penal Parte General y Parte Especial en la Universidad de Salamanca, España.

Doctorando en Derecho Penal por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, con sede en Madrid, España; bajo la tutoría del Prof. Dr. José Cerezo Mir.

Ha sido profesor en diversas instituciones académicas y Universidades del país, impartiendo clase a nivel licenciatura y maestría, tanto en la Maestría en Política Criminal, como en Derecho Penal y Procesal Penal. Además, es profesor en el Módulo de Delitos Fiscales de Sevilla 2021, en el Máster de Derecho Penal impartido por el Instituto de Criminología de la Universidad de Sevilla, España.

Socio fundador del Despacho Félix Cárdenas S.C. Dedicado al litigio en materia penal, misma que es parte de Roxin Alliance (Primer Alianza integrada por firmas penalistas prestigiadas de más de 20 países) siendo la firma Félix Cárdenas S.C., la seleccionada para México por su prestigio e integridad profesional, fue reconocida como firma penal líder en el año 2020. En el año 2021 el Maestro Rodolfo Félix Cárdenas ha sido reconocido como Abogado Líder en Derecho Penal.

Buenas tardes señores agentes fiscales de la Fiscalía General de Justicia del Estado de Ecuador. Mi nombre es Rodolfo Félix. Les mando un saludo desde la ciudad de México. Esperando que se encuentren bien en compañía de sus familiares. Dentro de este magno Congreso Internacional en un tema de gran trascendencia y actualidad, como lo es la responsabilidad penal de la persona jurídica, no me corresponde el análisis sustantivo, sino procesal. Así, se tratará de presentar algunos de los aspectos de orden procesal penal que son los más destacados cuando una persona jurídica es denunciada y, en su caso, llevada a un proceso penal.

Parto de la base, de la reflexión y el análisis del COIP en Ecuador, de su Código Orgánico Integral Penal, en lo que encuentro que sus normas, tanto sustantivas como procesales, que hacen referencia a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a mí entender tienen algunas carencias que conviene poner de presente. Esto permitirá servir como un elemento de reflexión y quizá de ayuda para pensar si en un futuro es necesario y conveniente que en el Ecuador ello sea atendido en su normativa procesal.

Observo del COIP, en la parte sustantiva, que existe efectivamente una regulación para responsabilizar penalmente a las personas jurídicas. En los artículos 49 y 50 queda claro que el modelo que han admitido es un modelo de tipo vicarial, en el cual la persecución penal de la persona jurídica se hace posible cuando se cometen infracciones –siguiendo el lenguaje que utiliza su legislación penal–. Infracciones que son en beneficio propio o de los asociados de la persona jurídica, por un cúmulo de personas que ocupan cierta posición de estatus dentro de la persona jurídica o, incluso, fuera de la persona jurídica, pero que, al fin y al cabo, se cometen para el beneficio de la misma o bien, para sus asociados. Además, se contempla que la responsabilidad penal pueda llegar a la persona jurídica por actos que cometen sus subalternos cuando lo que se infringe, respecto de sus conductas, son deberes de vigilancia, de control y de supervisión de aquellas personas respecto de las cuales dependen.

Llama mucho la atención que en la regulación penal del Ecuador no contemple un título de imputación como se hace regulaciones de otros países. Me refiero, al menos a lo que más se acepta, como el llamado defecto de organización. Tampoco existe una sola referencia, en las normas sustantivas, ni en las normas procesales, a los programas de cumplimiento, los compliance programs, especialmente, al *criminal compliance program*, el cual es un tema inexistente. Quizá pueda hacerse alguna referencia en cierta ley especial –como acontece en distintos países tratándose del lavado de activos–, pero ello no se haría extensivo al resto del ordenamiento penal, ni procesal penal y sí, ante la carencia de una acertada regulación procesal, podrían dar lugar a importantes vacíos que lo menos en que se traducen son en espacios de impunidad.

Esto ¿por qué lo destaco? porque los *criminal compliance programs* juegan un papel muy importante en el ámbito de responsabilidad penal de persona jurídica. Sobre los mismos, existe un amplio debate tanto en el ámbito sustantivo como procesal a los cuales no habré de referir precisamente porque en el Ecuador, ello no se contempla y me parece que basta simplemente que yo deje claro y puntualizado que los debates centrales en su aspecto procesal están relacionados con los temas relacionados con la carga de la prueba, con las denuncias o las delaciones anónimas en la actividad de los whistlerblowers, del secreto que debe guardarse dentro de la empresa, en fin.

Pero como esto no es motivo de regulación en el Ecuador, yo trataré de dedicar el tiempo para hacerlo más efectivo a aspectos que sí podemos poner de presente de acuerdo con la regulación aplicable en Ecuador y que quizá sirva de mayor reflexión para el análisis futuro de estos aspectos.

En el texto de la Constitución Política de la República de Ecuador, en los artículos 23 y 24 se encuentra una serie de derechos que se reconocen a las personas naturales, evidentemente, de la mano del debido proceso y las garantías mínimas que les son reconocidas para efectos de un proceso penal. Sucede, como acontece en muchos otros países, por ejemplo, en el caso de México, que la regulación que existe en su texto constitucional respecto de estos derechos y de las reglas

particulares del acusatorio están dirigidas a las personas físicas, a las personas naturales. No se tiene ninguna disposición constitucional que se refiere expresamente a las personas jurídicas. Sin embargo, está claro que muchos de estos derechos que se consideran fundamentales y de los cuales ha de gozar una persona en condición de imputada o acusada para efectos de un proceso penal como también lo es la persona jurídica, deben de serle reconocidos en tanto le sean compatibles como parte esencial del debido proceso.

La persona jurídica debe gozar de estos derechos como sujeto pasivo del proceso penal. Esto no podría ser de otra manera, es decir, no se le podría llevar a un juicio penal –tampoco dejarla sin reconocerle los mismos en momentos procesales previos– sin unas garantías mínimas y sin el reconocimiento de derechos fundamentales que son inherentes a su naturaleza. Hay que decir que, en el derecho comparado, de mayor o de menor forma, esos derechos le son reconocidos. Se entiende que esto se ha aplicado en el Ecuador y en la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, es decir, se ha reconocido que asisten a la persona jurídica para efectos de un proceso penal.

¿Cuáles son los temas fundamentales o centrales en la discusión que se presentan con relación al estatuto procesal de la persona jurídica? Por supuesto, lo primero a ser considerado es el derecho de defensa que le asiste en un proceso penal. Como pasivo del proceso penal, la persona jurídica tiene derecho a ser asistida por una defensa legal. Aquí surgen una serie de aspectos que se deberán empezar a cuestionar, en primer lugar, de una defensa privada. Esto, ¿por qué se recalca? Porque el debate que existe aquí es si acaso la persona jurídica –dado que estamos hablando de corporaciones, de empresas, de la industria en general y que entonces esto lo asociamos a la idea de una actividad lucrativa, pues se encuentra en el centro del debate– puede gozar o no de una defensa pública o de una defensa de oficio como en algunos Estados se plantea.

En consecuencia, por la naturaleza de esta, hay espacios, Estados y países en los cuales esto se ha negado. Por ejemplo, en el derecho anglosajón, en los Estados Unidos, la persona jurídica no tiene derecho a una defensa pública. No es el caso, normalmente, en la revisión que hago de los países en Latinoamérica, por ejemplo, de México. Sin embargo, sí es un motivo de discusión el hecho de que nos detengamos a pensar si cualquier persona jurídica puede acceder al servicio de la Defensoría Pública. La Defensoría Pública está esencialmente pensada, creada y diseñada para la atención de las personas físicas, de las personas naturales. Detrás de la idea de la defensa pública está previsto justamente el prestar un servicio de gratuidad a personas que no están en la capacidad económica para afrontar el pago de honorarios profesionales de abogados de defensa privada. Se evidencia claramente que en el texto constitucional del Ecuador existen previsiones muy claras y específicas respecto de a quienes se les debe de otorgar y reconocerles una defensa pública.

En el mismo texto constitucional se aprecia que existe la parte correspondiente en la cual se soslaya que a esa defensa se puede acudir también cuando no existan los recursos para pagar una defensa privada. Esa es la idea en el texto constitucional ecuatoriano. En mi opinión, considero que en ello se engloba la posibilidad de que consideremos ese derecho de acceder a la defensa pública también en el ámbito de la persona jurídica. No de cualquiera, sino en el ámbito de la persona jurídica que demuestre no tener las capacidades para poder acceder a una defensa penal bajo la contratación de servicios profesionales privados. Esto nos llevaría entonces a que se tendría que acreditar, de alguna manera, el que esa persona jurídica se encuentre en tales circunstancias para poder tener acceso a ese derecho a la defensa pública. Esto quiere decir que no cualquier persona jurídica puede tener acceso a la defensa pública y que si alguna persona jurídica lo pretende tendrá que ser bajo la acreditación ante la autoridad competente.

Lo anterior implica, por ejemplo, que en el inicio de la investigación penal –pensando en la estructura de su código en que ya permiten el acceso a la investigación penal por parte de la persona jurídica– se tenga que acreditar que, efectivamente, se trata de un ente que no tiene las capacidades para asumir el pago de una defensa privada. Recordemos el contexto latinoamericano,

en donde mayormente el sustento en nuestro entorno está cargado en los hombros de las pequeñas y medianas empresas. Entonces, esta realidad latina conduce a considerar también esta posibilidad. En ese contexto, igualmente en el derecho español –aunque hay divergencia en algunas opiniones–, parece válida la posibilidad de permitir la defensa pública a ciertas personas jurídicas bajo una acreditación de estas condiciones de carácter económico.

El otro aspecto que se debe destacar es el relacionado con la calidad de la defensa que se provee a la persona jurídica cuando es acusada. ¿A qué me refiero? Me refiero a una defensa penal que tenga un mínimo suficiente de capacidad acreditada para el ejercicio profesional. Así, en el ejercicio de la profesión, quien asume la representación legal de una persona jurídica debe tener conocimiento y un manejo adecuado de una serie de conceptos con los que estamos ahora conviviendo y que están en desarrollo. En otras palabras, tiene que gozar de una preparación mínima suficiente para poder llevar a cabo la argumentación respecto los mismos.

Entonces, no basta simplemente que la persona que comparezca como abogado –licenciado en derecho, letrado o cualquiera que sea la denominación que le otorga la patente respectiva en la República del Ecuador– por gozar de esa patente pueda llevar adelante esa representación legal. Debe exigirse un mínimo de capacidades acreditadas para que se permita a la persona hacer la representación legal en defensa.

Así, por ejemplo, dado que según el artículo 49 del COIP de Ecuador no se prevé atribuir a la persona jurídica la responsabilidad penal siempre que ello derive de un defecto de organización, si la Fiscalía lleva una acusación a una persona jurídica y se presenta un abogado argumentando que, como no está acreditado que existe un defecto de organización, no puede ser perseguida penalmente, lo primero que se va a pensar es que el abogado no se ha dado cuenta que esto no es parte de la regulación del código penal, del COIP, de las normas sustantivas penales del Ecuador.

Entonces, habrá que preguntarse si el abogado que está ejerciendo la representación de la persona jurídica cuenta con el conocimiento suficiente de acuerdo a la ley aplicable del Ecuador y un mínimo suficiente de capacidades para poder llevar a cabo la representación legal. En algunos países es común que cuando los abogados no demuestran esa suficiencia mínima de conocimientos para poder ejercer una defensa adecuada –incluso de personas naturales–, la fiscalía solicita a los jueces que lo releven del cargo y que se nombre a otro abogado defensor que garantice un ejercicio efectivo de defensa. De esta manera, el derecho de defensa no se vulnera y no existen consecuencias ulteriores como la reposición del procedimiento en tanto su nulidad por ausencia de una defensa. Considero que es un tema que debe ser reflexionado y en el cual, la fiscalía debe estar muy atenta. De este modo, se puede solicitar al juez, al menos, un llamado de atención al defensor para que haga el trabajo que mínima y profesionalmente es exigido en defensa de la persona.

Por otro lado, una preocupación global y uno de los aspectos que más debate ha dado cuando se han tocado los temas procesales en torno a la persona jurídica lo constituye la representación procesal de la misma para efectos del proceso penal. Cuando hablamos de representación procesal no estamos hablando de la defensa penal de la persona jurídica, estamos hablando de quién va a ser la cara y la voz de la persona jurídica en el proceso penal, es decir, quién va a hablar por ella, quién la va a representar y quién va a ejercer los derechos de la persona jurídica en el proceso penal.

En este sentido, se habla de una figura que bien se puede denominar el representante procesal cuya función es, justamente, subrogarse en los derechos que se reconoce en favor de la persona jurídica. Es decir, es la voz y la cara de la persona jurídica. Esto se antoja simple, sencillo de comprender cuando solamente se expresa así y pareciera que no tuviera mayor trascendencia, no obstante, esto no es así. Los problemas que derivan de esto son importantes y tienen trascendencia en el ámbito del proceso. Esto tiene que ver con el denominado llamamiento de la persona jurídica al proceso penal, es decir, cuando la persona jurídica va a ser llamada al proceso

penal en condición de sujeto pasivo, porque va a ser imputada y acusada. Entonces, esa persona jurídica tiene que acudir ante las autoridades debiendo ser representada por alguien, por una persona física, una persona natural que hable por la misma.

Sin embargo, se revelan las siguientes interrogantes ¿quién va a ser ese alguien? ¿Quién debe ir? o ¿quién puede ir al proceso penal para representar a la persona jurídica?, ¿pueden los fiscales como autoridad, imponer a la persona jurídica quien va a ser la persona encargada de acudir y representarla en los actos de investigación y en un ejercicio de defensa? ¿se le puede imponer a la persona jurídica quien puede representarla o hay que pensar quién puede representarla? Así, no son temas que, en el mundo real de los casos, no presenten problemas.

Si se determina que quien debe representar a la persona jurídica y quien debe acudir por ella es el representante legal, con seguridad, lo que en primera instancia se pensaría es ¿por qué? Ello, porque se asocia de manera natural, a la persona jurídica con las disposiciones del derecho civil, con las disposiciones del derecho mercantil y, entonces, lo que tenemos en mente es, antes que nada, que lo que hay que hacer es llamar a quien ejerce su representación legal. Pero quien ejerce la representación legal no es la persona que está imputada, no es la persona que está acusada o a quién se va a imputar o acusar, es simplemente un representante legal ¿Cuál de entre ellos es el que tiene que venir? Si ese representante legal no desea asistir, ¿por qué tiene que ir? ¿Por qué se le tiene que obligar? ¿Cuál es el sustento para que los fiscales hagan comparecer a esta persona? Es más, si la persona llega ante la cita de los fiscales y acude en representación de la persona jurídica ¿qué impide que esa persona, posteriormente, ya no se vuelva a presentar?

Conecta esto con temas serios, puesto que, lo que primero hay que asegurar es el llamamiento a la persona jurídica al proceso y asegurar que ese llamamiento, cuando menos, tenga la consistencia de su representación para efectos del proceso. Si aquello no sucede las consecuencias son otras.

Por ejemplo, un representante legal es llamado por la fiscalía a que acuda en representación de la persona jurídica. Ese representante legal se sabe que es el señor Ricardo Sánchez ¿Por qué? porque a lo mejor es una empresa muy conocida y se sabe públicamente que esta es la persona que ocupa una posición importante, esto es, la presidencia del Consejo de Administración. Ricardo Sánchez va, pero puede ser que él resulte, a la postre, una persona que en su condición de persona física o natural sea involucrada en el caso penal. Entonces, involucrarlo como representante de la persona jurídica implica, de alguna forma, poner una red protectora alrededor del mismo para buscar evitar que después sea llamado a enfrentar los cargos responsablemente como persona física. Así, si este representante asume la representación legal de la persona jurídica y, a la postre, resulta que es relacionado con los hechos, evidentemente, no podrá continuar con la representación procesal que ejerce de la persona jurídica. En ese punto, deberá abandonar la representación procesal y, entonces, se volvería al punto de partida, es decir, en donde se necesita un representante procesal de la persona jurídica.

El representante procesal tampoco puede ser un testigo, pese a que la doctrina lo ha venido aceptando. ¿Por qué? porque el testigo va ser llamado a juicio, va a ser interrogado y dará información. Así, si ese testigo fuera un representante de la persona jurídica se le estaría conminando a revelar, a lo mejor, secretos que tendría que resguardar en tanto ha sido designado representante de la persona jurídica. Entonces, esto que parece un tema simple presenta problemas, problemas que se presentan de manera muy clara cuando no tenemos una regulación que permita atenderlos de una manera adecuada.

Además, respecto de la representación nos tenemos que detener a pensar si esa representación, necesariamente, debe recaer intramuros, es decir, si esa representación procesal puede llevarse a cabo, solamente, por personas que trabajan dentro de la persona jurídica o, en contraste, es factible hablar de una representación procesal a través de externos, de personas que no trabajan dentro de la persona jurídica. Los modelos en el derecho comparado están compartidos. En efecto, hay quien se inclina por el camino de exigir que la representación sea desarrollada por personas que formen parte de la estructura de la persona jurídica, y hay quien dice que puede ser realizada por

externos. ¿Qué riesgo o qué problemas se observan? Normalmente, los representantes internos de la persona jurídica elegidos como representantes procesales de la misma son personas con ciertas posiciones importantes –rangos de dirección, control, administración, toma de decisiones–, así, se corre el riesgo de que estas personas pudieran verse involucradas en los hechos.

Por otro lado, si se habla de la posibilidad de admitir una representación procesal a través de externos, existe la posibilidad que este funja como la cara y voz de la persona jurídica, pero quizá, sin estar mínimamente enterado del funcionamiento, la operación y los aspectos centrales de que implica la vida de esa empresa. Sin embargo, esto no necesariamente tiene que ser así. Por ejemplo, una persona externa, alguien que desde su despacho presta servicios profesionales a la misma, bien puede conocer lo suficiente de la persona jurídica e, incluso, revelar una posición importante. En países donde esto se hace, quienes fungen como representantes procesales de la persona jurídica, normalmente, suelen ser asesores contables, asesores jurídicos, asesores fiscales, asesores financieros de la persona jurídica, es decir, personas que tienen contacto con la persona jurídica o que conocen bien a la persona jurídica. Además, aunque esto no sea así, son profesionales que tienen la capacidad para conocer el ámbito del problema. Tal es el caso, en un ámbito de defraudación fiscal, en donde a lo mejor la representación es asumida por un abogado especialista en derecho tributario. Es perfectamente plausible que esto se haga.

Así, cualquiera de las posiciones que se adopte, interna o externa, lo que sí resulta necesario es que esto debe ser establecido en la ley. Es importante regular el camino de esta representación procesal, así como aquellos supuestos en los cuales se vea por las necesidades del propio proceso, como por ejemplo, cuando ese representante es después responsabilizado también en las infracciones, esto es, el mecanismo para su sustitución. De este modo, se puede garantizar que la persona jurídica esté siempre representada en el proceso penal y, por tanto, pueda, en estas condiciones, participar en el mismo ¿Por qué? porque si la persona jurídica no tiene representación procesal en el proceso penal, así tenga un abogado de defensa, está ausente del proceso penal. Si no se tiene ninguna normativa que regule la ausencia de la persona jurídica en el proceso penal, entonces será imposible, material y jurídicamente, seguir el proceso penal hasta su juzgamiento.

Ahora, la persona jurídica es llamada al procedimiento, pero esta persona jurídica no acude. No acude porque, simplemente, toma la decisión de no acudir. Vamos a pensar que así lo ha decidido el consejo de administración. ¿Cómo se puede obligar a que la persona jurídica vaya? ¿Cómo se puede obligar a que el representante legal y, aún más, que alguien en específico sea el que vaya y se mantenga con la representación legal de esa persona jurídica en todo el proceso? No hay una regulación establecida. No la tiene el Ecuador. Así, es conveniente normar estos temas, debido a que la persona jurídica bien podría ser contumaz y en un ejercicio extremo de defensa, tomar la vía de no comparecer al proceso penal para nunca ser llevada al final de un juicio. O bien, si ha sido llevada al proceso penal porque ha tenido una representación procesal, que esa representación procesal ya no vuelva y si ya no vuelve, como en el Ecuador no existe ninguna regulación que refiera al proceso penal en ausencia de la persona jurídica, no habrá posibilidad de seguir ese proceso en su ausencia.

Hay países, por ejemplo, España, en donde existe la posibilidad de seguir el proceso penal en ausencia de la persona jurídica. Si ha habido el representante que ha acudido y a quien se la han hecho de su conocimiento los derechos de la persona jurídica, existe la figura del abogado defensor y la figura del procurador. Así, si resulta que ese representante procesal de la persona jurídica decide ya no asistir y no se presenta alguna otra persona que haga esa función –sucede entonces que no hay representación procesal de la persona jurídica– el proceso penal continúa, pero lo hace con el ejercicio del abogado de la defensa y la figura del procurador.

Así, se prevé la posibilidad de un proceso penal en ausencia si es que acaso la persona jurídica, en este contexto, frente a la ausencia de un representante procesal decide no ir más al proceso. Por ejemplo, en Chile hay una figura también de un curador que hace funciones que podrían servir, en esta similitud, para suplir esa ausencia del proceso. En el caso de México, esto no está

previsto, se tiene ese problema. En muchos países los procesos penales por personas jurídicas son escasos, están apenas en desarrollo y no se han presentado los supuestos en los cuales exista ausencia del representante procesal de la persona jurídica, pero ciertamente se van a presentar y no hay solución en la ley.

Entonces, son temas en los cuales se debe poner especial importancia para poder suplir estos vacíos y no tener que enfrentar esa ausencia y quedarse simplemente con una investigación iniciada o un proceso a la mitad, sin la posibilidad de tener culminación porque no va a ser posible enjuiciar a la persona jurídica ante la falta de su representación procesal. A criterio personal, parece que esa es un área importante de oportunidad en la que se puede detener a pensar en Ecuador, esto es, la importancia de regular esta representación procesal y su ausencia para efectos del proceso penal.

En otro aspecto, que también es materia de discusión cuando se exige responsabilidad penal a personas jurídicas, se pone en el centro del debate el derecho a la no autoincriminación. Un derecho a la no autoincriminación –self incrimination– que, por ejemplo, en los Estados Unidos de Norteamérica, la quinta enmienda de su texto constitucional no lo reconoce en favor de las personas jurídicas. En Estados Unidos, la Corte Suprema ha dicho que la persona jurídica tiene, prácticamente, un deber de colaboración. Así, si a la persona jurídica se le solicita la entrega de información para efectos de una investigación penal, dado que en Estados Unidos se entiende por su naturaleza jurídica distinta a la persona natural, está obligada a hacer la entrega de la información y no puede negarse a hacerlo protegida invocando la garantía de la quinta enmienda en contra de la no autoincriminación.

Este no es el caso de países como México o España. Aunque no conozco si la interpretación ya existe en el Ecuador, sí que se puede derivar a partir del texto constitucional de su país. Aquello, puesto que, el derecho a la no autoincriminación es factible extenderlo a la persona jurídica y, sobre todo, puesto que, también está el derecho a guardar silencio. Así, no se le puede obligar a autoincriminarse y tampoco se le puede obligar a romper el silencio. En muchos países, el derecho a guardar silencio es absoluto. En México así lo es y no se puede afectar en lo más mínimo. Incluso, se permite –así se ha interpretado en México y en España– el derecho que tienen las personas de mentir. En el caso de las personas jurídicas me parece que el derecho a no autoincriminarse o a guardar silencio debe también hacerse patente y reconocerse. Esto, porque los derechos de defensa son absolutos.

Por tanto, no puede desconocerse un derecho de esta naturaleza sin una merma importante hacia la persona jurídica que es pasiva en el proceso penal. Esto conecta, además, con otro derivado, que es el derecho a no colaborar con la autoridad para autoincriminarse, el derecho a la no colaboración. En una persona natural o física, si en la investigación, los señores fiscales solicitan a una persona la entrega del objeto robado, la persona no está obligada a hacer la entrega del objeto robado. Así, si se pide que acuda y, para de una vez terminar este proceso, se pide que declare confeso, la persona no está obligada a hacerlo. El derecho a la no colaboración es absoluto. En efecto, yo no estoy obligado tampoco a colaborar con la autoridad en tanto condición de acusado.

No obstante, cuando se trata de personas jurídicas, se debe pensar desde otro aspecto y punto de vista. Aquello porque es claro que tratándose del derecho penal que engloba a la empresa existen una serie de delitos que se engloban en el denominado derecho penal económico y en los cuales, en muchos casos, se tendrá una intervención de la autoridad administrativa. Esto es muy fácil verlo en los delitos fiscales, en donde esa gestión por parte de dicha autoridad –de mera fiscalización, es decir, es una actividad sustentada siempre en base constitucional y que tiene por objeto la verificación del cumplimiento de obligaciones tributarias a cargo del contribuyente obligado como lo es una persona jurídica– genera siempre el inicio y la tramitación de una actividad administrativa, precisamente, para verificar el cumplimiento de obligaciones tributarias.

Pero resulta que en el camino o en el curso de ello, surge que la autoridad conoce de la comisión de un delito y, especialmente, delitos de naturaleza tributaria (defraudaciones fiscales de la índole más variada), entonces, dependiendo del modelo que se adopte en el país –por ejemplo, en España cuando la autoridad fiscalizadora desde el ámbito del derecho administrativo está actuando para verificar el cumplimiento de obligaciones tributarias y encuentra que se ha cometido un hecho que sea delictivo, que constituye algún tipo penal digámoslo de defraudación fiscal, si este rebasa la cantidad de 120 000 €– se activa la vía penal y se detiene la vía administrativa. Entonces, se sigue y culmina el proceso penal. En este punto, se exigirá en condena la reparación del daño. Si en el caso penal hay una absolución, pues se vuelve a reactivar la vía administrativa. Entiendo que en el caso de Ecuador tampoco coinciden, al mismo tiempo, la vía administrativa y la vía penal. En México sí coinciden las dos.

En México esto genera discusión. La Suprema Corte de Justicia no solo ha señalado que no es un problema, sino que lo ha avalado sosteniendo que no existe ninguna violación a la garantía *non bis in idem*. A pesar de que exista el mismo hecho, se trate del mismo sujeto y el mismo fundamento, la Corte en México ha avalado que es posible que el procedimiento por vía administrativa fiscal siga y esto sea, incluso, a la par de la propia investigación y posterior proceso penal por delitos fiscales.

¿Cuál es la importancia de ello con respecto a la persona jurídica? Pues, precisamente, si la persona jurídica tiene o no el deber de colaborar con este tipo de autoridades administrativas, si tiene el derecho de colaborar con la misma entregando a esta información que pueda incriminarle al constituirse como prueba de un delito, por ejemplo, como lo mencionado, en el caso fiscal.

Es decir, la autoridad administrativa en sus facultades de verificación le solicita al contribuyente la entrega de ciertos documentos y ese contribuyente –persona jurídica– conoce perfectamente bien que esos documentos que entrega van a acreditar por sí mismos o, de una manera relevante, que ha habido una omisión fraudulenta en el pago de contribuciones, o que ha habido el uso de documentación falsa alterada que no soportan las operaciones que refleja su contabilidad y que, por tanto, lo que se está acreditando con esos documentos es, justamente, una defraudación fiscal.

Entonces, se habla del deber de colaborar o de no colaborar. Si la persona física tiene el deber de no colaborar, la pregunta es si también lo tiene la persona jurídica. Desde este ámbito del derecho administrativo sancionador, así como de la fiscalización, existe un deber –normalmente con base constitucional– de colaborar con la autoridad entregando la información que es requerida para verificar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contribuyente. De eso no hay duda. Es más, si el deber no se cumple, existen mecanismos coercitivos para lograr que ese deber se cumpla. De tal manera que, de la entrega de esa información habrá que cuestionar si ello vulnera el derecho a la no autoincriminación. Así, esto debe cuestionarse, estrictamente, desde el punto de vista de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Lo que se ha sostenido en la doctrina, por ejemplo, en la Suprema Corte de Justicia de México, es que cumplir con esos deberes a cargo del contribuyente entregando esa información por muy autoincriminatoria que sea a la autoridad fiscalizadora, en sí mismo, no vulnera el derecho a la no autoincriminación, aun cuando esa información tenga contenido penal. Entonces, realmente un derecho a colaborar, en estricto sentido, es debatible en la extensión que se quisiera dar desde el ámbito penal, es decir, si se puede traducir en que la persona jurídica no está obligada a entregar nada. No obstante, en estos casos, en donde conviven este tipo de actividades de gestión previa administrativa, la Corte lo ha determinado como un ámbito en que no se viole el derecho a la no autoincriminación.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene una línea jurisprudencial muy interesante en distintos casos, especialmente derivados de materia tributaria. Así, lo que ha destacado es que sí puede existir violación al derecho a la no autoincriminación y que ello surge no en la entrega que el contribuyente hace a la autoridad fiscalizadora de la información que le requiere para comprobar

el cumplimiento de sus obligaciones tributarias que contenga información incriminatoria. Esto debido a que se sostiene que la información solo se puede utilizar para efectos de liquidar, a fin de cuentas, el tributo, si es que se debe decir cuánto debe en recargos, multas, etc.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala, precisamente, que cuando la autoridad fiscalizadora –la autoridad administrativa– utiliza esa información con fines distintos –fines penales–, es decir, cuando la autoridad administrativa hace entrega de esta información al investigador penal, a la Fiscalía o al Ministerio Público, es en ese momento en donde se detona la violación al derecho a la no autoincriminación. No es en el hecho de que el contribuyente cumpla con ese deber de información administrativa para que se le liquide, por ejemplo, el impuesto que debe, sino cuando la autoridad fiscalizadora que ha recibido esa información que le incrimina la entrega para efectos penales al Ministerio Público o a la Fiscalía, y esta la utiliza para imputar el delito de defraudación fiscal en contra de ese contribuyente. Así, de acuerdo a la doctrina que sostiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es en ese momento que se comete violación al derecho a la no autoincriminación. Por lo tanto, son temas en los cuales se deberá meditar la discusión de los derechos fundamentales y las garantías procesales de la persona jurídica.

Otro aspecto en el que conviene hacer algún comentario es el relacionado con el secreto profesional y el secreto corporativo. ¿Por qué? porque en la estructura de las personas jurídicas conviven muchas personas que ocupan ciertas posiciones estratégicas asociadas al manejo de información delicada, sensible y comprometedoras de la persona jurídica. Entonces, si estas personas son llamadas a rendir su declaración en condición de testigo ante la fiscalía para efectos de un caso penal, surge la interrogante sobre si es que estas personas están o no obligadas a guardar un secreto que, si bien no es profesional, se configura como un secreto corporativo. En este sentido, se piensa que si existiera un real y efectivo secreto corporativo que abarque a todo aquel que cuenta con información sensible, delicada y comprometedoras de la persona jurídica, entonces no existiría la posibilidad de llamar a declarar ni exigir declaración a estos sujetos, puesto que, ello vulneraría el derecho a ese secreto. Así, esto se convertiría en una barrera, en un impedimento importante en la investigación penal.

Entonces, desde el ámbito de la discusión del secreto corporativo, lo que acá se ha puesto en el centro de la discusión es, precisamente, si ese secreto debe o no ser guardado por aquella persona que funge realizando funciones de naturaleza jurídica al interior de una persona jurídica, es decir, los llamados abogados de empresa (abogados de empresa internos, no precisamente el abogado que presta servicios externos a la empresa). Aquí, existe también un enorme debate. Se puede observar el desarrollo importante que sobre esto existe en el derecho anglosajón de los Estados Unidos, el cual llega a la consideración de que existe –no solo por su condición de abogado interno de la empresa– una protección basada en el secreto, pero solamente bajo el alcance de aquello que el abogado interno haya sido consultado por los órganos de la empresa. En otras palabras, solo sobre aquello que tenga relación directa con aspectos jurídicos vinculados con el objeto social de la empresa.

Si el abogado interno de la empresa es consultado para los aspectos jurídicos relacionados con la persona jurídica que guardan vínculo con el hecho particular en los que podría relacionarse la imputación a la persona jurídica, ahí sí estaría protegido por el secreto corporativo y no habría posibilidad de que el mismo lo revelara. Podría predicarse algo similar con los abogados externos, pero por vía del secreto profesional cuya protección es, como ustedes ven, más amplia dada su condición de profesionales que prestan este servicio hacia la persona jurídica y en razón del cual toman conocimiento de aquello que se obligan a resguardar.

Otro aspecto que también resulta de interés es aquel que tiene que ver con la inviolabilidad del domicilio, así como de las comunicaciones privadas. En el texto constitucional de la República del Ecuador observo una previsión de esta naturaleza. Así, de acuerdo al texto constitucional, se deja el tema de la posibilidad de la irrupción de las comunicaciones a aquellos casos previstos en la ley. El tema es muy importante, puesto que, evidentemente, debe existir el cumplimiento de ciertas condiciones para poder irrumpir en un domicilio y, sobre todo, debe haber el mandato

judicial previo que lo autorice. Eso se entiende y se regula en cualquier lugar como extensión de ese mandato.

Ello invita a reflexionar acerca de lo que se ha de tener o entender como domicilio para efectos de la persona jurídica, es decir ¿cómo se determina el domicilio de la persona jurídica? ¿el domicilio es allá en aquel almacén en donde se guarda la materia prima para realizar sus productos?, o ¿el domicilio es la bodega en donde tiene los productos ya elaborados o donde están las máquinas. En definitiva, ¿qué es domicilio para efectos de la tutela de los derechos de la persona jurídica? La doctrina prácticamente coincide en sostener que, para efectos de las personas jurídicas, se debe entender como domicilio a aquel en el cual la misma ejerce su actividad principal, su función o su actividad, esto es, las oficinas corporativas en donde se resguarda la documentación financiera contable o de contenido jurídico.

Entonces, oficinas corporativas como las matrices y sucursales que tienen estas características son las que podrían quedar protegidas bajo esta idea del domicilio y para cuya intromisión entonces, se requiere satisfacer los requisitos que la Constitución y la ley prevea para poder ingresar, en su caso, al mismo. Lo anterior es similar para el caso de la intervención de comunicaciones. Siempre lo que está en el centro es el control judicial previo para proteger el derecho a la privacidad de las comunicaciones de las personas jurídicas. Algunos sistemas jurídicos nacionales, como el Estado mexicano, prohíben terminantemente –en el texto constitucional– la intervención de comunicaciones de cualquier tipo que tengan que ver con ciertos aspectos, por ejemplo, el aspecto fiscal, civil, las comunicaciones entre el abogado defensor y el detenido, entre otras. De este modo, no se permite que ese tipo de intromisiones se lleven a cabo. Esto está dirigido a cualquier tipo de comunicación, desde escuchas telefónicas, obtención de datos de redes, en fin.

Otro problema actual e importante –el cual, seguramente, la Fiscalía en Ecuador ha evidenciado–, que se da no solo en el ámbito del derecho penal económico, es que se suele limitar los delitos para esa persecución bajo un *numerus clausus* y, en la República de Ecuador, el mismo es bastante amplio (alrededor de sesenta y nueve tipos penales, más todas las modalidades que se desprendan de ellos).

En el ámbito de la delincuencia económica, un papel muy importante para la integración de investigaciones y para el éxito de los casos penales es contar con información bancaria, puesto que, este tipo de delitos se reflejan en recursos económicos que se mueven de un lado a otro, no solo en los temas de defraudaciones, sino también en los temas de lavado de activos. Así, es muy importante el poder contar con la información bancaria necesaria que sirva de evidencia para después llevarla al juicio y producirla como prueba y poder acreditar entonces extremos que nos exigen estos delitos. ¿Cuál es el tema aquí? El tema es la manera en que se obtiene esa información bancaria en el caso de las personas jurídicas. Es decir, tratándose de la información bancaria existe normalmente (no sé si en Ecuador lo haya, en la mayoría de los países existe) lo que se conoce como secreto bancario. Si hay secreto bancario, hay una protección al derecho a la privacidad de las personas jurídicas, también de las personas físicas, pero nos referimos al caso de personas jurídicas.

Cuando se habla de una protección a la privacidad de personas jurídicas –no es el derecho a la intimidad de las personas jurídicas–, se debe considerar si basta simplemente que con el ejercicio propio de los actos de investigación que realizan las fiscalías, estas puedan hacerse de esa información. Es decir, si basta con que la Fiscalía haga una solicitud directa a las instituciones bancarias o crediticias, o si tiene que ser a través de un órgano intermedio que realice ese control –en México existe un órgano que se llama la Comisión Nacional Bancaria y de Valores–, o si lo que realmente debe existir es un deber de las autoridades de acudir a un previo control judicial para que sea, a través del mandato judicial, que se permita la obtención de esa información so pena de considerar que lo contrario conllevaría a una violación del secreto bancario y, por tanto, de la privacidad de las personas. Lo anterior determina, además, la exclusión de la prueba dada su ilícita obtención.

En México la Suprema Corte de Justicia ya se ha expresado en sentido favorable a exigir el control judicial previo. Hay planteamientos recientes en sentido contrario, esto es, que sostiene la inconstitucionalidad de normas que autorizan a la fiscalía obtener esta información bancaria sin control judicial previo. Todos estos elementos, seguramente, serán debatidos en el pleno del máximo tribunal del país.

Al fin y al cabo, en el fondo lo que hay que detenerse a pensar es si efectivamente la Fiscalía, dada su función investigadora, pueda por el hecho de investigar delitos evitar en estos casos el control judicial previo, pasando de esa manera por sobre el secreto bancario y el derecho a privacidad, o bien, si ha de necesitar de ese control judicial previo para tales efectos. La Constitución de Ecuador tiene una previsión muy clara –tanto como la Constitución mexicana– en el sentido de declarar nulas las pruebas que se obtienen violando derechos fundamentales. Estas se refieren no solo a las que violentan la Constitución de su país, sino también en violación a la ley. Es decir, lo que la Constitución Política está recogiendo en su artículo 24, en el apartado 14 es, prácticamente, lo que se conoce como prueba ilícita. Esta es la consecuencia, justamente, de la obtención de información bancaria sin mandato judicial previo, si es que así se llega a entender en el Ecuador.

Lo que importa aquí es dejar presente todos estos aspectos específicos que vinculan a la persona jurídica en cuanto a lo que se puede enfrentar desde el punto de vista del derecho procesal. Con respecto a lo señalado en el COIP, en el artículo 50, segundo párrafo, esto es, no se extinguirá la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando esta se ha fusionado, transformado, extinguido, disuelto, liquidado, aplicado cualquier otra modalidad de modificación prevista en la ley, hay que mencionar que es una norma muy común cuando se regula la responsabilidad penal de personas jurídicas. Esta obedece a una lógica elemental que intenta detener estas actividades que, en ocasiones, se traducen en actos que, justamente, se realizan en el ámbito corporativo para buscar diluir o esconder a la persona jurídica relacionada con la comisión de alguna infracción, al grado tal de buscar evitar su persecución penal.

Por eso, estas reglas son muy claras al exigir la responsabilidad penal de la persona jurídica en cualquier sistema con mayor o menor extensión. Así, permiten la persecución de la nueva persona jurídica para imputarle la responsabilidad penal arrastrada desde la anterior persona jurídica. De esta manera, resulta que cuando la persona jurídica es fusionada o transformada, tenemos una nueva persona jurídica a la cual le vamos a trasladar a partir de esa nueva realidad, esa responsabilidad. Esto, a menos que se trate de una disolución real absoluta, en cuyo caso me parece que debe extinguirse la acción penal. Sin embargo, debemos detenernos a pensar en qué momento acontece esto para efectos del proceso penal.

Imaginemos que hemos contado en el primer momento con una persecución penal a una persona jurídica que ha tenido una defensa marcadamente deficiente y que nosotros hemos observado que frente a la ausencia de esa defensa es altamente probable que lo que suceda es que tenga que declararse nulo el proceso por ausencia defensa técnica. Ahora nos encontramos con que hay una nueva realidad, con una nueva persona jurídica, que en estas condiciones asume la continuación del proceso, pero que, seguramente, no es nada difícil que su representación legal esté a cargo de abogados de confianza que tomen la defensa privada de la persona jurídica. Esta defensa va a apreciar las tremendas violaciones heredadas con el nacimiento del nuevo ente jurídico. Así, argumentando, por ejemplo, la ausencia de defensa técnica se buscará la nulidad del juicio, o si la ley procesal de Ecuador lo permite, se buscará el momento en que empezó un ejercicio claramente deficiente por parte de la defensa –que es todo, menos técnica–.

A través de este ejercicio de la defensa, se busca alcanzar una decisión de los tribunales en el sentido justamente de tutelar el derecho a la defensa técnica y, con ello, anular el procedimiento que se ha adelantado a partir del momento en el cual la defensa técnica o ausencia de defensa técnica se ha hecho patente. Entonces, habrá que considerar también para la persona jurídica nacida todo este tipo de situaciones que involucran al nuevo ente jurídico con respecto a su estatus procesal.

En pocas palabras, la discusión sobre los derechos fundamentales y las garantías procesales de las personas jurídicas que fueron atendidos en un segundo plano después del debate del aspecto meramente sustantivo de la responsabilidad penal de la persona jurídica, todavía tienen mucho que exigir, corregir, revisar y atender en las legislaciones procesales de muchos países. Todo ello permitirá caminar en un sendero seguro y no encontrarse con problemáticas como las que aquí se han soslayado. Esto con la clara pretensión de que los legisladores se detengan un poco a pensar sobre ello y sobre la conveniencia o necesidad de que en la parte procesal del COIP ecuatoriano se pueda hacer algún ajuste que permita crear un mejor ambiente procesal y una mayor seguridad jurídica cuando traten de llevar adelante procesos penales en contra de personas jurídicas. Que no se convierta la ausencia de las normas en la mejor defensa de una persona jurídica que verdaderamente ha estado implicada en la comisión de infracciones.

La responsabilidad penal de la persona jurídica y su tratamiento legislativo brasileño



Antonio Diego da Costa

Abogado especialista en delitos económicos. Doctorando en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca-España (USAL-ESP). Master en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca-España (USAL-ESP). Grado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Paraná (PUC-PR). Profesor. Miembro de la Comisión de la Abogacía Criminal del Colegio de Abogados de Brasil (OAB/PR). Autor de diversos artículos en publicaciones nacionales e internacionales".

1. Introducción

El ambiente proporcionado por la globalización resulta favorable para el nacimiento y crecimiento de la criminalidad socioeconómica, siendo actualmente la empresa el principal actor global responsable por lesionar a bienes jurídicos colectivos. Lo que justifica la necesidad de incidencia del derecho penal para protección de esa clase de bienes jurídicos.

No obstante lo anterior, los delitos en que las personas jurídicas están involucradas no sensibilizan a la sociedad de la misma manera como pasa con los delitos cometidos por las personas naturales¹. Pues, entre otras razones apuntadas por la doctrina, la imagen del empresario no corresponde a las características del criminal tradicional².

Por otra parte, aunque existan doctrinados que no acepten la responsabilidad de las personas jurídicas como solución³, es innegable la necesidad de encontrar mecanismos limitadores a la actividad empresarial lesiva. Pues no es raro que empresarios se oculten por detrás de las personas jurídicas para justificar acciones lesivas a bienes jurídicos colectivos; siendo que la inexistencia de una verdadera responsabilidad de las personas jurídicas representa una verdadera autorización para dañar a esos bienes jurídicos.

En Brasil, aunque la Constitución brasileña de 1988 tenga contemplado la responsabilidad penal de las personas jurídicas en su texto, todavía existen problemas para su aplicación. Estos deben ser corregidos con gran rapidez, puesto que, el país ocupa una posición destacada en la economía mundial y, también, en razón de poseer la mayor selva tropical del mundo en su territorio.

Llegados a ese punto, el presente artículo tiene como objeto general el análisis de la necesidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas en Brasil ante una perspectiva de que el sistema adoptado no es lo adecuado. Así, se ha dividido este artículo en tres partes.

En la primera parte será demostrado que el surgimiento de la globalización fue de esencial importancia para el desarrollo de esa nueva modalidad delictiva. De este modo, quedará claro que existe un nuevo agente capaz de ocasionar daños a bienes jurídicos y justificaría la discusión para sancionarlo penalmente.

En la segunda parte, se presentarán dos de las principales teorías de la autorresponsabilidad empresarial. Así, aunque en Brasil se adopta el sistema vicarial de responsabilidad, se ha optado por presentar otras soluciones para el problema.

Por ende, en la tercera parte de este artículo se presentará la actual situación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Brasil. Para ello, inicialmente se explicará la previsión legislativa sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, posteriormente, se presentará la perspectiva de la jurisprudencia brasileña con respecto al tema.

2. Globalización: nuevos agentes, nuevos problemas

En la era de la globalización⁴, las personas jurídicas surgen como los principales agentes

1 Walter Claudius Rothenburg, *A pessoa jurídica criminoso* (Curitiba: Editora Juruá, 2007), 42.

2 Walter Claudius Rothenburg, *A pessoa jurídica criminoso*, 43.

3 Luis Gracia Martín, *Crítica de las Modernas Construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica*, em: RECPC n.º 18 (2016), https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20160808_04.pdf.

4 De una forma general, Beck entiende que "la globalización significa los procesos en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios". Ulrich Beck, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la*

productores de lesiones a bienes jurídicos en materia de criminalidad socioeconómica⁵. Pues, de las actividades empresariales también pueden resultar lesiones a bienes jurídicos, en especial, a los colectivos.

Sobre el tema, Laura Zúñiga Rodríguez apunta que la empresa se constituye como el principal agente productor de lesiones a bienes jurídicos. Aquello, puesto que, existe la convergencia entre varios factores, como sociedad de riesgo, nuevo modelo organizativo empresa-red y redes entre la criminalidad organizada y las empresas lícitas⁶. En ese sentido, apunta Nieto Martín que la delincuencia que involucra a la persona jurídica "constituye uno de los temas estrella de la política criminal de comienzos del siglo XXI"⁷.

El surgimiento de la persona jurídica como uno de los principales agentes productores de lesiones a bienes jurídicos revela una tendencia, presente en la actualidad, de que los delitos socioeconómicos sustituyan a las conductas violentas⁸. Lo que resulta en la necesidad de adecuación de las normas penales a esta nueva realidad social en que las personas jurídicas desarrollan un papel fundamental en la producción de lesiones a bienes jurídicos⁹. Más aún, esa mayor importancia de los delitos socioeconómicos sería una de las razones por la cual en la actualidad hay la expansión del derecho penal, del que habla Silva Sánchez¹⁰.

En ese sentido, aunque exista esa necesidad de limitar los poderes de las personas jurídicas, existe una grande dificultad para encontrar mecanismos punitivos eficaces para las personas jurídicas. Es decir, las sanciones penales actualmente existentes han sido desarrolladas para las

globalización (Barcelona: Paidós, 1998), 29.

5 "En la doctrina se subraya el papel de las empresas en la vida económica actual, la dificultad para descubrir al autor del delito dentro de la empresa, lo que ha permitido trasladar al ámbito de la criminalidad de las empresas la idea de que la organización de las mismas es una expresión de la irresponsabilidad organizada. También se argumenta con la dimensión de los daños que una sociedad puede llegar a producir. Ciertamente se trata de problemas que pueden tener una respuesta en el ámbito de las reparaciones previstas por el derecho privado y en el del derecho penal de las personas físicas. Pero, los penalistas que defienden la tesis que admite una responsabilidad de las personas jurídicas parten, en realidad, de la insuficiencia de la reparación civil y de la responsabilidad penal individual". Enrique Bacigalupom, *Compliance y Derecho penal* (Pamplona: Aranzadi, 2011), 63.

6 Laura Zúñiga Rodríguez, *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídica* (Pamplona: Aranzadi, 2003), 83.

7 En ese sentido, el mismo Adán Nieto Martín apunta cuatro razones que justifican la imputación de la responsabilidad penal a la persona jurídica. 1) La primera razón sería por el hecho de que la propia existencia de la empresa ya representaría un riesgo social. Así, esa estructura empresarial compleja sería responsable por direccionar las puniciones hacia los niveles más inferiores de su estructura, lo que resultaría en el surgimiento de chivos expiatorios y, también, en problemas para identificar a las personas físicas infractoras. Además, el ambiente empresarial influiría en el ánimo de los empleados de la empresa, de modo que las personas físicas pasarían a actuar de manera distinta a la que acostumbran actuar. También, los socios ejercerían una presión en los ejecutivos medios por resultados, resultando en la posibilidad de que los ejecutivos medios pasasen a actuar en contradicción con la Ley. Junto a los tres rasgos anteriores, habría problemas de circulación de flujo en el interior de la empresa; pues habría el intento de borrar las huellas del delito. 2) Con la responsabilidad, los socios y dirigentes se sentirían compelidos a adoptar mecanismos para la prevención de los delitos. En otras palabras, con el modelo de responsabilidad individual, el socio raramente es afectado por las sanciones penales impuestas, razón por la cual habría la necesidad de sancionar penalmente a las empresas para que los socios también pudiesen ser afectados. 3) De la imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas también resultaría beneficio en el Derecho Procesal, pues habría mayor facilidad para la aplicación de la ley. E ese sentido, es fácilmente constatable que un Derecho Penal que se utiliza de la responsabilidad colectiva e individual es más eficaz que la utilización de apenas la responsabilidad individual. En efecto, con la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas se busca que la empresa también cree mecanismos internos para evitar la producción de lesiones a bienes jurídicos. 4) Adán Nieto Martín también afirma que la globalización y el nacimiento de la sociedad del riesgo contribuyen para la imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas Adán Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, (Madrid: Iustel, 2008), 37 y ss.

8 Luiz Regis Prado, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: Fundamentos e implicações*, en *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva* (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011), 129.

9 En ese sentido, Busato afirma que "não se trata de abrir mão de princípios de contenção do poder punitivo herdados da Filosofia da Ilustração e do direito penal das luzes. Não. Até porque estes princípios foram criados para um direito penal voltado a seres humanos. Nos dias de hoje, trata-se de adaptar os princípios herdados daquele momento histórico para um novo destinatário: o ente coletivo". Paulo César Busato y Fábio André Guaragni, *Responsabilidade Penal Da Pessoa Jurídica* (São Paulo: Juruá Editora, 2013), 9.

10 "El paradigma del Derecho penal de la globalización es el delito económico organizado tanto en su modalidad empresarial convencional, como en las modalidades de la llamada macrocriminalidad: terrorismo, narcotráfico o criminalidad organizada (tráfico de armas, mujeres o niños)". Jesús María Silva Sánchez, *La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, 3era ed., (Buenos Aires: BdeF, 2011), 106.

personas naturales, las cuales eran consideradas como los únicos agentes capaces de realizar un delito. Ese hecho¹¹ –que solamente las personas físicas podrían cometer delitos– ha resultado en una gran discusión doctrinaria con vistas a las personas jurídicas orientada a crear teorías capaces de justificar la imputación de responsabilidad a las personas jurídicas.

Entre aquella doctrina, podemos concordar en parte con Silvina Bacigalupo que afirma que el principal problema que impide la imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas se encuentra en la idea del sujeto destinatario de las normas penales¹².

Encontrado el principal problema que impide la imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas, se plantean los mejores caminos para que se les impute responsabilidad: intentar imputar la responsabilidad penal a las personas jurídicas dentro del actual sistema penal vigente; o desarrollar un nuevo sistema exclusivo para las personas jurídicas¹³.

Presentados estos dos caminos, la inclusión de las personas jurídicas como sujetos activos de los delitos del actual sistema jurídico penal no sería la mejor elección, puesto que, podría haber una colisión entre los principios constitucionales desarrollados directamente para las personas físicas¹⁴. Por esta razón, la mejor elección sería desarrollar un sistema de responsabilidad penal propio para las personas jurídicas, lo que evitaría, aparentemente, eventuales problemas de incompatibilidad con los principios constitucionales formulados para las personas físicas.

Con lo anteriormente expuesto se percibe que la globalización es una de las principales responsables por el desarrollo de la delincuencia en que las personas jurídicas están presentes, resultando necesario que el derecho penal pase a regular sus actividades. Junto a ello, la manera como se desarrolló el derecho penal contribuye para la dificultad en responsabilizar penalmente a las personas jurídicas. Es decir, su desarrollo se dio en torno a las personas naturales.

Así, la solución para imputar la responsabilidad penal a las personas jurídicas pasaría, necesariamente, por el replanteamiento de los sujetos destinatarios de la norma penal. A razón de ello, en los próximos párrafos serán presentadas dos de las principales teorías que intentan solucionar el problema de la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

¹¹ Rodrigo Sánchez Ríos, "Indagações sobre a possibilidade da imputação penal à pessoa jurídica no âmbito dos delitos económicos", en *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*, (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011), 129.

¹² La observación "en parte" es debida a que Silvina Bacigalupo es favorable a la creación de una tercera vía para imputar la responsabilidad penal a las personas jurídicas; en cuanto que creo que el mejor camino es elaborar un sistema dirigido exclusivamente a las personas jurídicas. Silvina Bacigalupo, *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas* (Barcelona: Bosch, 1998), 31.

¹³ "El replantear las categorías dogmáticas también tiene sus límites, cual son los principios fundamentales del Derecho penal delineados a lo largo de estos últimos siglos para sustentar la imposición de una pena. Esto es, el 'flexibilizar' las categorías puede tener un coste muy grande –que ya lo está teniendo– para las garantías de nuestro sistema de imputación. Las soluciones sancionatorias por fuera del sistema dogmático de responsabilidad individual, pueden enrumbar por dos caminos: idear un sistema paralelo de responsabilidad penal colectiva (al igual que ya existe para los menores y los inimputables), o sancionar con el sistema contravencional o sancionatorio administrativo". Laura Zúñiga Rodríguez, *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*, 25.

¹⁴ "En primer lugar, conviene recordar que al hablar del principio de culpabilidad no se está tomando postura sobre la categoría dogmática de la culpabilidad, sino que se está aludiendo a las garantías o subprincipios que se han sedimentado a lo largo de toda la discusión sobre la culpabilidad: principio de dolo o culpa, principio de responsabilidad personal, principio de atribubilidad y principio de responsabilidad por el hecho". Laura Zúñiga Rodríguez, *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*, 33.

3. Culpabilidad de empresa: las teorías propuestas para imputar la responsabilidad penal directamente a las personas jurídicas

Entre otras razones, se puede decir que el intento de responsabilizar penalmente a la propia persona jurídica se da debido a la existencia de un verdadero espíritu criminal de grupo presente en las personas jurídicas¹⁵. Siendo que, como bien advierte Zúñiga Rodríguez, el derecho penal actual fue desarrollado en una época en que las conductas poseían una estructura más sencilla, razón por la cual la persona jurídica no sería capaz de realizar conductas ilícitas. En otras palabras, la estructura del delito fue construida en función de "la observación de comportamientos más simples: 'A mata B'"¹⁶.

Dicho lo anterior, en los próximos párrafos se presentarán las teorías de Heine y Lampe, que intentan justificar la responsabilidad penal de la propia persona jurídica. Así, la principal intención de las próximas líneas es demostrar, de forma racional, que la persona jurídica puede ser considerada como un sujeto destinatario de normas penales sin que la persona natural sea responsabilizada conjuntamente.

3.1. La teoría del dominio de organización funcional sistemática

Esa teoría fue propuesta por Heine que creía que debería ser elaborado un sistema de "responsabilidad originaria de la organización, independiente de la culpabilidad de las personas individuales"¹⁷. Así, en el desarrollo de su teoría, Heine se fijó en tres puntos esenciales: objetivos que se busca lograr con la imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas; su adecuación con los principios del Estado democrático de derecho; y, por ende, su adecuación con los mecanismos del derecho procesal¹⁸.

De este modo, el objetivo de la imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas tendría respaldo en la falta de mecanismos preventivos asociados a la existencia de delitos económicos¹⁹. Por lo tanto, Heine tenía el objetivo de solucionar los siguientes problemas: irresponsabilidad individual organizada; irresponsabilidad individual estructurada; y los nuevos cometidos del derecho en la sociedad moderna industrializada²⁰. A razón de lo anterior, Heine fundamenta su teoría en el hecho de que la empresa podría ser considerada como un garante de protección y, también, como un garante de supervisión²¹.

Entre los beneficios que la empresa podría obtener, con la implementación de esos mecanismos para evitar lesiones a bienes jurídicos, estaría que la imagen de la empresa mejoraría a lo largo plazo. También, la implementación de esos mecanismos de organización auxiliaría en la individualización de las conductas por los magistrados²². Así, la responsabilidad penal de las

¹⁵ Adán Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, (Madrid: Iustel, 2008), 127.

¹⁶ Laura Zúñiga Rodríguez, "Responsabilidad penal de las empresas, experiencias adquiridas y desafíos futuros", en: *Droit pénal et diversités culturelles, Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo*, (Géneve – Zurich – Bâle: Schulthess, 2012), 542.

¹⁷ Günter Heine, "La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales", en: *Anuario Derecho Penal de 1996*, (1996): 19-45, 39, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_04.pdf.

¹⁸ Günter Heine, "Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originario de la empresa", en: *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial, propuestas globales contemporáneas* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008), 19.

¹⁹ Günter Heine, "Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originario de la empresa", 19.

²⁰ Günter Heine, "Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originario de la empresa", 20.

²¹ Günter Heine, "Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originario de la empresa", 28.

²² Günter Heine, "Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originario de la empresa", 37-38.

personas jurídicas se basaría en un manejo defectuoso de riesgos y en un daño social grave²³.

La teoría de Heine sustituye el dominio del hecho, que existe en la responsabilidad individual, por el dominio de la organización²⁴. Además, afirma que la acción empresarial se configuraría con "el resultado de la acumulación de procesos empresariales de unos mandos medios que han surgido con el tiempo"²⁵. Los elementos subjetivos del tipo serían más sencillos de ser demostrados, puesto que, de acuerdo con Heine son una representación social²⁶. Con relación a la culpabilidad, ella existiría en razón de la conducción de la actividad empresarial²⁷.

En las sanciones, Heine afirma que se debería utilizar las sanciones ya existentes en el derecho administrativo. De este modo, se tiene como blanco principal la prevención de lesiones y la consecuente mejora de los mecanismos de organización interno²⁸.

Por fin, cabe señalar que la propuesta de Heine es direccionada a las empresas de tecnología, siendo posible su ampliación a otras empresas, en la medida en que que se mantuviese un *numerus clausus* de delitos a los que la persona jurídica pudiera ser responsabilizada²⁹.

3.2. La teoría del injusto del sistema

Esa teoría fue desarrollada por Lampe con base en la teoría de los sistemas de Luhmann. De acuerdo con este autor, la sociedad funcionaria basada en la comunicación, de este modo, cada parte integrante de la sociedad sería considerado como un sistema autónomo³⁰. Teniendo en mente ese presupuesto, Lampe afirma que hay un elemento subjetivo común en los delitos en que varias personas actúan buscando alcanzar un único fin. En las palabras de Lampe, se notaría "el hecho individual también como un hecho del sistema, es decir, como un 'injusto del sistema'"³¹.

De ello, el injusto del sistema es formado por los llamados sistemas del injusto, los cuales se podría considerar como "las relaciones entre individuos organizados hacia fines injustos"³². Así, de acuerdo con Lampe, los sistemas del injusto se dividirían en simples³³ y constituidos. Los primeros son los injustos en que los individuos se organizarían hacia un fin, debido a una voluntad individual en ellos existente (como ocurre en la coautoría); los injustos constituidos se darían debido a la existencia de un estatuto, Constitución o algo equivalente (como ocurre en las empresas o Estados)³⁴.

²³ Günter Heine, "Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originario de la empresa", 39-40.

²⁴ Günter Heine, "Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originario de la empresa", 40.

²⁵ Günter Heine, "Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originario de la empresa", 42.

²⁶ Günter Heine, "Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originario de la empresa", 42.

²⁷ Günter Heine, "La responsabilidad penal de las empresas: evolucion internacional y consecuencias nacionales" 42.

²⁸ Günter Heine, "La responsabilidad penal de las empresas: evolucion internacional y consecuencias nacionales", 44.

²⁹ Günter Heine, "La responsabilidad penal de las empresas: evolucion internacional y consecuencias nacionales", 50-51.

³⁰ "En general, se puede hablar de sistema cuando se tiene ante los ojos características tales que, si se suprimieran, podrían en cuestión el carácter de objeto de dicho sistema". Niklas Luhmann, *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. Silvia Pappé (Barcelona: Anthropos, 1998), 27.

³¹ Ernst Joachim Lampe, "Injusto del sistema y sistemas de injusto", en *El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial*, 58.

³² Ernst Joachim Lampe, "Injusto del sistema y sistemas de injusto", 61.

³³ De acuerdo con Lampe, habría la presencia de un elemento objetivo y un subjetivo en ese sistema de injusto. El punto objetivo dice respecto a relación que existe entre el mundo interno, de los coautores, y externo, es decir, su comprensión sólo se da cuando se analiza el conjunto de actitudes internas y externas; en que la coautoría sería un injusto funcionalmente organizado. Ya el punto subjetivo sería constituido por la voluntad supraindividual que involucra la acción de sus integrantes. Ernst Joachim Lampe, "Injusto del sistema y sistemas de injusto", 62- 66

³⁴ Ernst Joachim Lampe, "Injusto del sistema y sistemas de injusto", 61-68.

Los injustos constituidos serían independientes de sus partes, de modo que poseen un mayor nivel de complejidad en comparación con los injustos simples³⁵. Dentro del injusto constituido estarían las empresas económicas con tendencia criminal, las cuales tendrían esa tendencia criminal en razón de tres factores: su organización interna; su finalidad perseguida; y, el entorno social en que la actividad se desarrolla³⁶. Así, de acuerdo con LAMPE, serían cuatro los motivos que justificarían un injusto del sistema:

1. El peligro potencial de la empresa que se utiliza mecánica o lógicamente para la producción de la prestación;
2. La estructura deficitaria de la organización, la cual neutraliza sólo parcialmente la peligrosidad de este potencial;
3. La filosofía empresarial criminógena, la cual ofrece a los miembros de la organización la tentación de llevar a cabo acciones criminales;
4. La erosión del concepto de la responsabilidad por la acción individual, lo cual conduce, a nivel regulativo, a la evitación de la responsabilidad por hechos concretos, y, a nivel de la acción, conduce a una evitación de la responsabilidad derivada de las consecuencias de la obediencia a las reglas³⁷.

Con relación a la pena, ella sería justificada debido a la necesidad de protección resultante de la constante amenaza a la paz jurídica que proporciona el injusto del sistema. En cuanto las personas individuales, estas se justificarían por "la lesión o puesta en peligro del bien jurídico"³⁸.

Los hechos hasta aquí demostrados revelan que la intención de LAMPE era desarrollar una teoría unificadora que posibilite que tanto las personas naturales como las personas jurídicas puedan ser imputadas por el mismo sistema de responsabilidad penal³⁹.

4. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Brasil

4.1. La previsión legislativa

La Constitución brasileña de 1988 contempló la responsabilidad penal de las personas jurídicas en dos artículos: art. 173 § 5.º y el art. 225 § 3.º. Así, en libre traducción, el contenido de los artículos sería el siguiente:

Art. 173 § 5.º. La ley, sin perjuicio de la responsabilidad individual de los dirigentes de la persona jurídica, establecerá la responsabilidad de esta, sujetándola a las sanciones compatibles con su naturaleza, en los actos practicados contra el orden económico y financiero y en contra la economía popular.

³⁵ Ernst Joachim Lampe, "Injusto del sistema y sistemas de injusto", 67-68.

³⁶ Cabe señalar que los objetivos económicos de la empresa pueden se dar autoritariamente o en razón de una negociación. De modo que siempre se buscará que los fines de la empresa ocurran de forma abierta, el que permitiría la integración de actitudes criminales; así: "Dichas actitudes se desarrollan mejor cuando más se le aisle a la empresa de las influencias normativas externas a través de una moral interna". Ernst Joachim Lampe, "Injusto del sistema y sistemas de injusto", 71-72.

³⁷ Ernst Joachim Lampe, "Injusto del sistema y sistemas de injusto", 71-72.

³⁸ Ernst Joachim Lampe, "Injusto del sistema y sistemas de injusto", 100.

³⁹ Ernst Joachim Lampe, "Injusto del sistema y sistemas de injusto", 118.

Art. 225 § 3.º. Las conductas y actividades, consideradas lesivas al medio ambiente, sujetarán los infractores, personas físicas o jurídicas, a las sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar los daños causados.⁴⁰

Con la lectura de estos artículos, queda claro que la intención del legislador brasileño fue de contemplar una responsabilidad independiente entre las personas físicas y jurídicas. Así, aunque existan interpretaciones diversas en la doctrina⁴¹, no se puede negar que un análisis más minucioso revele que la intención del legislador brasileño fue crear un nuevo sujeto activo del delito⁴². Luego, la inclusión de ese nuevo sujeto destinatario de normas penales tuvo la intención de "reducir la creciente criminalidad practicada por medio de las personas jurídicas, el reconocimiento de la nocividad creciente a ciertos bienes jurídicos y la ineficacia de los superados sistemas de prevención y punición"⁴³.

Esa contemplación constitucional resultó en la elaboración de la Ley n.º 9.605/98, que imputa la responsabilidad penal a las personas jurídicas por delitos ambientales. Dicha responsabilidad está prevista en su art. 3.º, lo cual, en libre traducción, posee la siguiente redacción:

Art. 3.º. Las personas jurídicas serán responsabilizadas administrativa, civil y penalmente de acuerdo con lo dispuesto en la Ley, en los casos en que la infracción sea cometida por decisión de su representante legal o contractual, o de su órgano colegiado, en el interés o beneficio de su entidad.

Así, la responsabilidad de las personas jurídicas no excluye la responsabilidad de las personas físicas, autoras, coautoras o partícipes del mismo hecho⁴⁴. En efecto, de acuerdo con la redacción de ese artículo –en una de las interpretaciones posibles–, la imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica también estaría vinculada a la imputación de la responsabilidad penal de una persona natural. Es decir, aunque el párrafo único afirme que hay independencia entre las responsabilidades de las personas naturales y jurídicas, queda claro que la responsabilidad de la persona jurídica está vinculada a la constatación de que hubo una decisión de una persona natural vinculada a la empresa.

Así, el sistema vicarial de responsabilidad, utilizado en el art. 3.º de la Ley 9.605/98, no podría ser considerado como el de una auténtica responsabilidad autónoma de la persona jurídica. Aquello, puesto que, la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas necesitaría de la comprobación de que hubo una acción de una persona natural. Además, la forma como el sistema vicarial fue desarrollado es motivo de crítica en la doctrina, toda vez que no revela una

40 Traducción mía del original: "Art. 173 § 5º. A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Art. 225 § 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

41 Juarez Cirino Dos Santos, A responsabilidade penal da pessoa jurídica, Conferência proferida na inauguração do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC, em 6 de março de 2001, Curitiba, PR, http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/responsabilidade_penal_juridica.pdf.

42 Walter Claudius Rothenburg, A pessoa jurídica criminosa, 27.

43 Traducción mía del original "reduzir a crescente criminalidade praticada por meio de pessoas coletivas, o reconhecimento da nocividade exponencial de ofensa a certos bens jurídicos e a ineficácia dos superados sistemas de prevenção e punição". Damásio De Jesus, "Meio ambiente e capacidade penal ativa da pessoa jurídica", en Revista IOB de Direito penal e processual penal 1, n.º 1 (2010): 35.

44 Traducción mía del original: "Art. 3.º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato".

solución para los casos en que no haya la identificación de la persona natural que produjo la infracción⁴⁵.

Por esta razón, quedaría perjudicada la imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas cuando no fuese posible identificar que el daño derivaría de una decisión de una persona natural. Es decir, la descripción de "acción" presente en la teoría del delito adoptada por el Código Penal brasileño fue desarrollada en razón de las personas naturales, lo que imposibilitaría su aplicación a las personas jurídicas.

De ello queda claro que el derecho penal brasileño no está preparado para imputar la responsabilidad penal autónoma a las personas jurídicas, pues sigue preso a la teoría finalista del delito. En otras palabras, aunque existan doctrinadores que afirmen lo contrario⁴⁶, no sería posible imputar la responsabilidad penal a las personas jurídicas utilizando la teoría finalista del delito, la cual fue desarrollada para imputar la responsabilidad penal a las personas naturales.

4.2. Perspectiva de la jurisprudencia brasileña

Hasta el año de 2013 los tribunales brasileños seguían la idea de que la imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas estaba vinculada a la imputación de la responsabilidad penal de las personas naturales. Esas decisiones son fácilmente encontradas en las sentencias del STJ (Supremo Tribunal de Justicia)⁴⁷ y del STF (Supremo Tribunal Federal)⁴⁸. En ambos Tribunales la argumentación seguía la idea de que la imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas estaba vinculada a la responsabilidad de las personas naturales. De ello, han sido varios los casos en que no se prosiguió con la acción penal debido a la ausencia de la persona física como parte pasiva del proceso⁴⁹.

Sin embargo, en juzgamiento del STF en 06 de agosto del año de 2013, la ministra relatora de la primera sala, Rosa Weber, profirió decisión, en el Recurso Especial 548.181/PR, en el sentido de que es posible la responsabilidad penal de la persona jurídica, aunque las personas naturales ocupantes de cargos de presidencia o de dirección de la empresa hayan sido absueltas⁵⁰.

45 Laura Zúñiga Rodríguez, "Responsabilidad penal de las empresas", 554.

46 Sostiene Hirsch que habría posibilidad de la persona jurídica realizar una acción, tener culpabilidad y, además, la sanción impuesta cumplir con los fines de la pena. Hans Joachim Hirsch, Derecho penal, (Santa Fé: Rubinzal-Culzoni. 2007), 116 y ss.

47 Ese Tribunal posee, entre otras, la competencia relacionada con la interpretación de Leyes Federales (art. 104 y ss. De la Constitución Brasileña de 1988)

48 Este Tribunal posee, entre otras, la competencia relacionada con la interpretación de la Constitución (art. 101 y ss. De la Constitución Brasileña de 1988).

49 "Recurso ordinário em habeas corpus. crime contra o meio ambiente. inépcia da denúncia. ausência de descrição mínima da relação da recorrente com o fato delituoso. inadmissibilidade. pessoa jurídica. responsabilização simultânea da pessoa física. necessidade. 1. Nos crimes que envolvem empresas cuja autoria nem sempre se mostra nitida e bem definida, exige-se que o órgão acusatório estabeleça, ainda que minimamente, ligação entre o denunciado e a empreitada criminosa a ele imputada. O simples fato de ser sócio, gerente ou administrador não autoriza a instauração de processo criminal por crimes praticados no âmbito da sociedade, se não for comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da ação penal, a relação de causa e efeito entre as imputações e a sua função na empresa, sob pena de se reconhecer a responsabilidade penal objetiva. 2. No caso, não cuidou o Ministério Público de apontar circunstância alguma que servisse de vínculo entre a conduta da recorrente, na condição de proprietária da empresa, e a ação poluidora. Compulsando os autos, verifica-se, também, que há procuração pública (fl. 88), lavrada em 27.1.00, pela qual se conferiam amplos poderes de gestão da empresa a outra pessoa. 3. Excluindo-se da denúncia a pessoa física, torna-se inviável o prosseguimento da ação penal, tão somente, contra a pessoa jurídica. Não é possível que haja a responsabilização penal da pessoa jurídica dissociada da pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio. 4. Recurso ao qual se dá provimento para reconhecer a inépcia da denúncia". (STJ, RHC 24239 / ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, DJe 01/07/2010).

50 Dejaremos aquí la decisión publicada en el informativo del STF: "Crime ambiental: absolvição de pessoa física e responsabilidade penal de pessoa jurídica – 1 É admissível a condenação de pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, ainda que absolvidas as pessoas físicas ocupantes de cargo de presidência ou de direção do órgão responsável pela prática criminosa. Com base nesse entendimento, a 1ª Turma, por maioria, conheceu, em parte, de recurso extraordinário e, nessa parte, deu-lhe provimento para cassar o acórdão recorrido. Neste, a imputação aos dirigentes responsáveis pelas condutas incriminadas (Lei 9.605/98, art. 54) teria sido excluída e, por isso, trancada a ação penal relativamente à pessoa jurídica. Em preliminar, a Turma, por maioria, decidiu não apreciar a prescrição da ação penal, porquanto ausentes elementos para sua aferição. Pontuou-se que o presente recurso originara-se de mandado de segurança impetrado para trancar ação penal em face de responsabilização, por crime ambiental, de

En la decisión, la ministra Rosa Weber argumentó que el art. 225 § 3.º de la Constitución brasileña no conlleva la exigencia de que las responsabilidades de las personas naturales y jurídicas están vinculadas. Así, con su decisión, se abrió un nuevo precedente dentro del derecho brasileño en el sentido de pasar a admitir la responsabilidad penal independiente de las personas jurídicas. Sin embargo, ese cambio en la visión del Supremo Tribunal Federal ocasiona consecuencias directas en la forma como el delito es entendido. Dicho de otra forma, la teoría finalista del delito fue construida debido a los comportamientos realizados por las personas naturales, lo que resulta que ella no está preparada para solucionar los casos en que las personas jurídicas están involucradas.

Así, nace la necesidad de desarrollar una nueva teoría del delito direccionada exclusivamente a las personas jurídicas. Esto resultaría en una mayor seguridad en la aplicación de la ley penal y, también, evitaría una eventual relativización de los principios constitucionales que protegen a las personas naturales.

5. Conclusión

Es innegable que la globalización ha traído muchos beneficios a la sociedad. La facilidad para el cambio de mercaderías y servicios es una de las principales consecuencias positivas que percibimos con su advenimiento. Sin embargo, de su desarrollo también resulta el apareamiento de nuevas formas de criminalidad. Así, las personas jurídicas pasan a estar en el centro del debate debido a su potencial lesivo a los bienes jurídicos colectivos.

La constatación de la existencia de ese nuevo agente generador de lesiones a bienes jurídicos ocasiona el necesario replanteamiento de los mecanismos punitivos estatales. Los cuales no se muestran adecuados para el enfrentamiento de ese nuevo agente. Luego, para el enfrentamiento de la moderna criminalidad con la persona jurídica como principal agente, hay que elegir entre el actual modelo jurídico penal vigente de responsabilidad. O crear un nuevo modelo direccionado exclusivamente a las personas jurídicas.

La doctrina argumenta que la utilización del actual sistema penal podría ocasionar una relativización de las garantías constitucionales. Es decir, el actual sistema fue desarrollado para las personas naturales, razón por la cual, su utilización para la punición de las personas jurídicas no sería lo más adecuado. Debido a lo anterior, la doctrina ha desarrollado algunas teorías que podrían auxiliar en la solución del problema, entre ellas, las teorías de Heine y Lampe.

En Brasil, la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas todavía

permanece embrionaria. En otras palabras, la discusión gira alrededor de la posibilidad o no de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas. Aquello, puesto que, gran parte de la doctrina entiende que hay la contemplación constitucional de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas.

En ese sentido, se cree que en el actual panorama jurídico penal brasileño no es posible responsabilizar penalmente a las personas jurídicas. La teoría del delito utilizada por el Código penal brasileño fue desarrollada para explicar a las conductas desarrolladas por las personas naturales, razón por la cual no es posible utilizarla con las personas jurídicas, pues son agentes con estructura distinta a las personas naturales.

En definitiva, la responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas en Brasil depende del desarrollo de una nueva teoría del delito que explique, de manera coherente, la posibilidad de que la persona jurídica puede realizar conductas ilícitas.

peessoa jurídica. Enfatizou-se que a problemática da prescrição não estaria em debate, e apenas fora aventada em razão da demora no julgamento. Assinalou-se que caberia ao magistrado, nos autos da ação penal, pronunciar-se sobre essa questão. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux, que reconheciam a prescrição. O Min. Marco Aurélio considerava a data do recebimento da denúncia como fator interruptivo da prescrição. Destacava que não poderia interpretar a norma de modo a prejudicar aquele a quem visaria beneficiar. Consignava que a lei não exigiria a publicação da denúncia, apenas o seu recebimento e, quer considerada a data de seu recebimento ou de sua devolução ao cartório, a prescrição já teria incidido. RE 548181/PR, rel. Min. Rosa Weber, 6.8.2013. (RE-548181) Crime ambiental: absolvição de pessoa física e responsabilidade penal de pessoa jurídica – 2 No mérito, anotou-se que a tese do STJ, no sentido de que a persecução penal dos entes morais somente se poderia ocorrer se houvesse, concomitantemente, a descrição e imputação de uma ação humana individual, sem o que não seria admissível a responsabilização da pessoa jurídica, afrontaria o art. 225, § 3º, da CF. Sublinhou-se que, ao se condicionar a imputabilidade da pessoa jurídica à da pessoa humana, estar-se-ia quase que a subordinar a responsabilização jurídico-criminal do ente moral à efetiva condenação da pessoa física. Ressaltou-se que, ainda que se concluisse que o legislador ordinário não estabeleceu por completo os critérios de imputação da pessoa jurídica por crimes ambientais, não haveria como pretender transpor o paradigma de imputação das pessoas físicas aos entes coletivos. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux, que negavam provimento ao extraordinário. Afirmavam que o art. 225, § 3º, da CF não teria criado a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Para o Min. Luiz Fux, a mencionada regra constitucional, ao afirmar que os ilícitos ambientais sujeitariam "os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas", teria apenas imposto sanções administrativas às pessoas jurídicas. Discorria, ainda, que o art. 5º, XLV, da CF teria trazido o princípio da pessoalidade da pena, o que vedaria qualquer exegese a implicar a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Por fim, reputava que a pena visaria à ressocialização, o que tornaria impossível o seu alcance em relação às pessoas jurídicas. RE 548181/PR, rel. Min. Rosa Weber, 6.8.2013. (RE-548181)", <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo714.htm>.

Referencias

- Bacigalupo, Enrique. Compliance y Derecho penal. Pamplona: Aranzadi, 2011.
- Bacigalupo, Silvina. La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Barcelona: Bosch, 1998.
- Beck, Ulrich. ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Barcelona: Paidós, 1998.
- Busato, Paulo César y Guaragni, Fábio André. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. Fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal. Curitiba: Juruá, 2012. 1ª reimpressão, 2013.
- Cirino Dos Santos, Juarez. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. Conferência proferida na inauguração do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC, em 6 de março de 2001. Curitiba, PR. http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/responsabilidade_penal_juridica.pdf.
- De Jesus, Damásio. "Meio ambiente e capacidade penal ativa da pessoa jurídica". Revista IOB de Direito penal e processual penal, Porto Alegre: Magister. V. ° 1. n. ° 1, out/nov. (2010).
- Gómez-Jara Díez, Carlos, "El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial". En: Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial, propuestas globales contemporáneas, Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- Gracia Martín, Luis. Crítica de las Modernas Construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica. En: RECPC n.º 18. 2016. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20160808_04.pdf.
- Heine, Günter, "Modelos de responsabilidad jurídico-(penal) originario de la empresa". En: Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial, propuestas globales contemporáneas, Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- _____. "La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales". En: Anuario Derecho Penal de 1996. Coordinación de José Hurtado Pozo, pp. 19-45. Disponible en: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1996_04.pdf> Acceso en: 29 de julio de 2014.
- Hirsch, Hans Joachim, Derecho penal. Obras completas. Tomo III. Santa fé: Rubinzal-Culzoni, 2007.
- Lampe, Ernst Joachim. "Injusto del sistema y sistemas de injusto". En: Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial, propuestas globales contemporáneas. Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- Niklas Luhmann, Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general. Traducción de Silvia Pappé y Brunhilde Erker. Coordinación de Javier Torres Nafarrete. 2ª ed. - Barcelona: Anthropos, 1998.
- Nieto Martín, Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo. Iustel: Madrid, 2008.
- RHC 24239 / ES. Rel. Ministro Og Fernandes. DJe 01/07/2010. RE 548181/PR, rel. Min. Rosa Weber, 6.8.2013. (RE-548181)". Disponible en: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo714.htm>> Acceso en 05 de maio de 2020.
- Regis Prado, Luiz. "Responsabilidade penal da pessoa jurídica: Fundamentos e implicações" En: Responsabilidade penal da pessoa jurídica: Em defesa do principio da imputação penal subjetiva. Coordinación de Luiz Regis Prado, René Ariel Dotti, 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- Rothenburg, Walter Claudius. A pessoa jurídica criminosa, 3ª reimpressão. Curitiba: Editora Juruá, 2007.
- Sánchez Rios, Rodrigo. "Indagações sobre a possibilidade da imputação penal à pessoa jurídica no âmbito dos delitos econômicos". En: Responsabilidade penal da pessoa jurídica: Em defesa do principio da imputação penal subjetiva. Coordinación Luiz Regis Prado, René Ariel Dotti, 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- Silva Sánchez, Jesús María. La Expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales. 3era ed. Buenos Aires. BdeF, 2011.
- Zúñiga Rodríguez, Laura. Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas. 2ª ed. Pamplona: Aranzadi, 2003.
- _____. Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas. 3era ed. Pamplona: Aranzadi, 2009.
- _____. "Responsabilidad penal de las empresas, experiencias adquiridas y desafíos futuros". En: Droit pénal et diversités culturelles, Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo. Edición Nicolas Queloz, Marcel Niggli, Christof Riedo. Genève – Zurich – Bâle: Schulthess, 2012.

Medianas empresas criminales



André Scheller D'Angelo

Abogado de la Universidad Católica de Colombia. Especialista en instituciones jurídico penales de la universidad Nacional de Colombia. Magister en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás y de la Universidad de Salamanca. Doctor (cum laude) de la Universidad de Salamanca. Director del departamento de Derecho penal de la Universidad Sergio Arboleda. Conjuez de la Sala Penal del Tribunal del Magdalena. Investigador del Observatorio de Criminalidad Organizada Transnacional de la Universidad de Salamanca. Par académico del CNA e investigador y evaluador de Colciencias.

El término empresas criminales intermedias ha sido acuñado por los grupos de investigación a partir de la criminalidad organizada, en razón de que la criminalidad organizada transnacional tiene su base y punto de partida en el crimen organizado nacional. Para el desarrollo de estas empresas criminales se requiere de la preexistencia de una serie de empresas intermedias, es así que, el tráfico de drogas no es Pablo Escobar como cabeza de la organización criminal y unas personas sembrando cocaína o coca en un territorio, se habla de una gran cantidad de intermediarios que se presentan en todas estas actividades delictivas.

Es necesario partir definiendo los modelos empresariales criminales (MEC), sus características generales y comunes conforme cada tipo de MEC, los diferentes modelos empresariales criminales, caracterización de esos MEC y sus principales actividades según cada modelo. Aquello, puesto que, no todos los modelos empresariales que se va a exponer se dedican exactamente a lo mismo, mucho menos lo hacen de la misma forma. Finalmente, se va presentar dos casos concretos de cómo funcionan estas MEC, casualmente uno de ellos hace relación al manejo de las MEC en Colombia.

Para abordar este tema es necesario formular un interrogante, ¿qué se debe entender por una MEC? Una MEC es una persona o un conjunto de personas naturales o jurídicas constituidas en empresas y/o sociedades lícitas o ilícitas que coadyuvan a una organización criminal en la comisión fraccionada de delitos. Así, una sola persona puede cometer delitos fraccionados dentro de la organización criminal de manera independiente (una MEC), sin que por ello implique que esa MEC sea ilícita o pertenezca a un grupo ilícito. A modo de ejemplo, yo puedo tener un bar que es lícito, pero en ese bar ayudo, a lavar dinero porque estoy facturando más dinero del que estoy recibiendo a cuenta de mis clientes, es decir, estoy inflando el número de clientes de manera imaginaria, cuando en realidad yo no estoy teniendo un ingreso que lo justifique. Entonces, se habla de pequeñas empresas que coadyuvan a la organización criminal. En términos simples son una serie de grupos intermedios que se convierten en materia de estudio desde un punto de vista político criminal.

Dentro del proceso orientado a poder diferenciar y escindir los mecanismos de acción es importante la identificación unitaria y particular de esas diferentes unidades empresariales. Aquello, puesto que, se ha evidenciado que no son iguales y tienen serias diferencias. Desde el punto de vista metodológico, se parte de lo dispuesto por la teoría jurídica. Pese a que este es un concepto nuevo hay abundante teoría jurídica que ha venido aproximándose al tema. Además, coyunturalmente el derecho y los usos sociales van incorporando distintas especificaciones a determinadas actuaciones.

Dentro de la materia de estudio es necesario definir el grado de participación de las pequeñas empresas dentro del desarrollo de grandes empresas criminales. Como primera medida se establece la cantidad de personas que participan en las MEC, en consecuencia, resulta de gran importancia entender el fenómeno de la autoría y la participación dentro de este trabajo. Si se habla de coautoría y si se puede hablar de socios del narcotráfico, como una figura de complicidad en tráfico drogas, resulta extraño utilizar este concepto. No obstante, el tráfico de drogas está aunado a un criterio unitario de autor, por ende, todo el que tenga que ver con el tráfico de drogas es autor del delito. Entonces, buscar en una sociedad un *animus societatis* es muy complejo.

Por esta razón es importante establecer como primera variable de la caracterización de este tipo de empresas la cantidad de personas y el rol que cumplen esas personas dentro de la organización. Por un lado, están quienes figuran como trabajadores de la empresa y que son utilizadas como un mecanismo que, por ejemplo, permite el lavado de dinero. Por otro lado, están aquellas que no figuran como dependientes, el denominado empleo informal. Así, una persona que vende de manera informal mercancía, fácilmente podría estar lavando dinero.

Bien, otra particularidad de este tipo de actividad es que, en ocasiones, existen empresas inscritas y no inscritas o que, en su defecto, como en algunos casos colombianos, el objeto de las empresas es muy amplio. De este modo, se complica la persecución por la comisión de algún

delito, puesto que, resulta que la empresa sí tenía permiso para desarrollar alguna actividad económica.

Ahora bien, ¿cuál es la dificultad de encontrar este tipo de MEC? Este tipo de empresa que coadyuva al desarrollo de las grandes empresas criminales transnacionales requieren que se las delimite conforme el rango de sus participantes –sea individual o grupal– dentro de la esfera de lo público, privada, mixta, simple o por acciones.

Para poder definir cada una de estas pequeñas empresas es importante establecer lo que ha señalado la doctrina penal. Además, por ser un tema de modelos empresariales con fines criminales, su tratamiento debe ser convergente desde la perspectiva económica, contable y societaria. Por tanto, es indispensable entender el concepto de sociedad, forma de constitución, tipos y diferencias entre ellas. Todo ello, alineado a las interrogantes sobre la naturaleza de las MEC. ¿Son sólo empresas? ¿Son sociedades o son fábricas? ¿Cuál es la diferencia entre ellas? ¿Para constituir una fábrica es necesaria la preexistencia de una sociedad? ¿Las MEC son lícitas o ilícitas al momento del cometiendo de delitos? ¿El cometimiento de los delitos se enfoca en contra del Estado o en contra de bienes jurídicos de carácter colectivo?

Se propone un ejemplo para el análisis de lo mencionado. Se plantea la posibilidad de si una persona puede ser penalizada por pintar, reestructurar y renovar el espejo de un carro. Pues bien, si le dan el espejo para que lo lave y pinte para que su apariencia sea más presentable, ¿una persona puede ser penalizada por esa acción? En un principio no existiría razón evidente para hacerlo, pero resulta que ese objeto fue producto de un robo y para sustraerlo lo rompieron y, posteriormente, lo llevaron a una persona para su reconstrucción, empaquetado y venta. Es ahí donde surge la receptación y, por tanto, la interrogante: ¿tenía conocimiento la persona sobre que el espejo era robado y lo estaba arreglando para una reventa?

Antes de continuar, interesa abordar los temas societarios y empresariales y definir la diferencia que hay entre una empresa y una sociedad comercial. Al hablar de empresas se hace referencia a organizaciones que combinan factores de producción, maximizando su utilidad con ganancias económicas. La sociedad consiste en un contrato que genera un sujeto de derecho nuevo, que surge como una nueva persona jurídica para lograr los objetivos de esa organización. En este sentido, a nivel de los países de Latinoamérica, emerge la necesidad de replantear la actuación y la aplicación de la normativa referente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el compliance. Las normas de cumplimiento requieren la previa determinación de las empresas a ser penalizadas. Aquello permite, por un lado, estructurar los tipos penales conforme la normativa penal y, por otro, ser utilizado como elemento para mitigar la criminalidad organizada.

Como se había señalado, uno de los elementos de análisis imprescindible para el manejo de las MEC consiste en la diferenciación entre empresa y sociedad. Esto con el fin de distinguir la participación de la persona a la cual se le imputa la comisión de un delito como sujeto parte de una empresa, lo cual es un elemento de suma importancia en el caso, por ejemplo, del tráfico de drogas.

Un ejemplo de lo anterior se presenta en el caso en el cual una cuadrilla de campesinos son contratados para subir bultos a varios camiones. En determinado momento llegan las autoridades e interrogan al personal sobre los hechos cometidos con preguntas como ¿quién los contrató? o ¿por qué lo hizo? En este momento, pese al desconocimiento del contenido de lo cargado en el camión, ¿existe la posibilidad de concebirlas como una empresa criminal por el hecho de haber subido droga al camión y haberla enviado?, ¿se convierten en socios del narcotráfico o son parte de la banda criminal?

En razón de lo expuesto, el derecho penal debe analizar de forma puntual el hecho suscitado, pues el derecho mal utilizado conlleva a una política criminal que permita el incremento de los delitos. El tráfico de drogas es un ejemplo de ello. En efecto, a medida que se incrementan las penas también lo hacen los delitos de tráfico de drogas, por ende, también lo hacen las nuevas

bandas criminales y los costos del producto. En este orden de ideas, el derecho penal sin una política criminal eficiente no se establece como una herramienta de contención de las actividades criminales.

El crimen transnacional se compone de diversas empresas criminales intermediarias que responden a diferentes sectores y tipos, según la naturaleza de los recursos. De esta manera, es importante conocer si la empresa pertenece al sector primario, secundario o terciario. Lo mismo sucede con la naturaleza de los recursos. Por tanto, la diferenciación del sector permite establecer los bienes jurídicos empresariales que se afectan. Además, permite establecer los diferentes tipos penales.

En consecuencia, el Estado a través de definir y determinar las características de las MEC, busca mitigar el fenómeno de la criminalidad organizada transnacional. Aquello a la par con la formación jurídica y determinando cada una de las formas en las que se instituyen esas empresas, sean a título individual (obligadas a garantizar un capital determinado) o sociedad colectiva o en comandita (donde las obligaciones sociales son ilimitadas y solidarias). Entonces, esto es supremamente importante a la hora de determinar cuál fue el grado de colaboración de las empresas intermedias con la criminalidad organizada transnacional.

Como se señaló en un inicio, las MEC poseen características generales y específicas. En especial, se centra la atención en las siguientes:

- El efectivo en caja tiene promedios medianos;
 - El valor del activo en ejercicio está dentro del rango medio de las operaciones;
 - Los sueldos y los salarios siempre son iguales a cero.
- Una parte de la doctrina sostiene que, en este mismo punto, lo que se suele hacer es inflar los salarios de personas, a manera de testaferrato. Por lo tanto, hay empresas en las cuales en la nómina de trabajadores constan veinte personas, pero solo trabajan dos. Ahí están los testaferratos. No obstante, esta última característica entra en cuestionamientos por cuanto esto lo puede llevar a cabo un restaurante o una papelería.
- Tienen pérdidas por años consecutivos.
 - Realizan declaraciones exigidas por la ley según su constitución. Nunca pueden fallar porque de eso depende la estabilidad de la empresa grande. En otras palabras, se figura como legítima gracias a las declaraciones de la empresa pequeñas.

En la doctrina hay quienes defienden la idea de que estas empresas no siempre son estables o que, en ocasiones, generan pérdidas. Ahora bien, una de las características que se evidencia es la permanente emisión de comprobantes fiscales, es decir, facturación al 100%, tienen su contabilidad perfecta, su domicilio fiscal siempre es coincidente con otros contribuyentes.

Esto conlleva, a su vez, a la existencia de paraísos fiscales donde se realizan las actividades económicas, muy diferente del lugar de domicilio o viceversa. Ahora, el representante legal igualmente es coincidente con otros contribuyentes, es una persona del común, tiene un perfil medio y no realiza operaciones de comercio exterior. Esto, a pesar de que un sector de la doctrina determina la realización de algunas operaciones internacionales.

Al igual que dentro de los modelos empresariales existen las sociedades, las cooperativas y los consorcios, en los modelos criminales empresariales sucede lo mismo, aunque su función es colaborar con fines criminales. Por tanto, se trata de una secuencia y un proceso por el cual atraviesa el producto inicial (materia prima) hasta llegar a la venta. Así, la primera MEC es la persona natural. En España, al testaferrato se lo conoce como el hombre de paja. Aquel se establece como un intermediario que permite la integración de toda la consecución de actos. En el 95 % de los casos se enfoca en recibir dinero y lavarlo ¿Qué profesionales normalmente están involucrados allí? Dependiendo de la organización, pueden llegar a ser los abogados, contadores o personal de confianza quienes esconden los activos provenientes de actividades ilícitas.

Adicionalmente, hay otra figura que dentro del contexto europeo es conocido como el pitufo –en América Latina tradicionalmente se lo conoce como el vendedor de dulces–, esto es, quien compra y vende droga a pequeña escala. En el caso de Colombia, esas actividades económicas normalmente son informales y las llevan a cabo gente del campo, migrantes o, en algunos casos, desplazados. El *modus operandi* de oferta y demanda se lo realiza en lugares sórdidos, en barrios pobres o, incluso, en la mitad de la calle. Así, esta es otra MEC. Aunque estas ventas implican pequeñas cantidades se los ha catalogado como narcotraficantes. En realidad es un intermediario y requiere de una política criminal específica para poder perseguirlo, de tal forma que también se atrape a la cabeza de la organización.

Dentro de la misma problemática, se presenta otra figura, los denominados "del medio", cuya principal actividad es el lavado. Estos son medianas empresas intermedias que tienen un determinado control. Su *modus operandi* y su actividad criminal frente al lavado, expone un mayor número de clientes. Los componentes son trabajo formal, lícito, legal, contratos formalizados y pago de prestaciones.

Otra figura son las empresas fantasmas, presentes en todos los continentes y creadas solamente para aparentar solidez empresarial. Su constitución puede ser legal o no y son utilizadas por las empresas grandes para transportar dinero y no dejar rastro. Hay unas en Europa muy bien definidas y otras en Latinoamérica. En España son conocidas como sociedades "truchas" por la dificultad que representa el pescarla. El rol principal que ejerce es la adquisición intracomunitaria de bienes sin soportar IVA, comprar en un Estado en donde no grava IVA y revenderlo en otro. Aquello pese a que dentro del territorio europeo conforma un bloque comunitario, pero con sus diferencias financieras y empresariales. Por tanto, en algunos casos ciertos impuestos no son aplicados en unos países o no se pagan en otros países, dando como resultado una característica especial que es el contrabando.

Un típico caso europeo es el negocio tributario conocido como "el famoso sándwich holandés". Este consiste en la negociación directa con los agentes tributarios del Estado para la reducción y definición de los rubros por concepto de impuestos. Obviamente, la empresa va a repartir los dividendos entre los directivos. En Holanda esta es una práctica absolutamente legal y se figura como blanqueo de capitales, no obstante, es permitido por la forma en que se tributa en Holanda.

Las sociedades *off shore* se caracterizan por estar registradas en un país en el que no realizan ninguna actividad económica. Así, se constituye la sociedad en un paraíso fiscal donde no se cobra aranceles, tributos o impuestos y la actividad principal tiene domicilio en otro lugar. El problema con este tipo de sociedad radica en que el país en donde se realiza la actividad económica no cobra esas contribuciones públicas, lo que no sucede con el país usado para evadir este pago. Un ejemplo en América Latina constituye el caso de los *Panamá papers*.

En el caso de las importadoras, exportadoras y comercializadoras que son frecuentes en Latinoamérica en Colombia, al tener una gran cantidad de actividades dentro de su objeto social (importación, exportación y comercialización) pueden, en ocasiones, llegar a dedicarse al contrabando de vehículos y autopartes. Estas empresas tienen registros mercantiles temporales, se presentan con vitrinas de ventas, duplican registros, tienen personal reducido, cometen fraude y desaparecen rápidamente. Todo ello aprovechando el gigantesco objeto social que poseen para desarrollar sus actividades económicas.

Las empresas de servicios temporales, comunes en América Latina y en Centroamérica, se dedican a la captación de personas con falsos ofrecimientos en el campo laboral o educacional, a cambio de un estipendio. Una vez que la empresa lo cobra, desaparece. Aquello implica el lavado de dinero y su constitución como empresas criminales intermedias que coadyuvan a las grandes empresas criminales y al crimen organizado transnacional. Una peculiaridad es que, en ocasiones, incluso están inscritas en las Cámaras de Comercio, que es donde se inscriben las sociedades.

En Colombia, existen dos casos que son típicos. El primero de ellos tiene relación con la

receptación, muy común en el mercado. Así, se puede llegar a evidenciar una diferencia abrumadora en los precios de un mismo producto –aunque el estado no es el mismo, en efecto, este puede no ser original, de medio uso, falsificado o robado–. Entonces, por temas de economía, la población siempre escogerá el de menor costo que implique el mismo beneficio. Eso lo hace todo el mundo. Sin embargo, esta receptación es peligrosa, porque implica la existencia de una red impresionante de criminalidad, con varias empresas intermediarias que llevan a cabo todo el proceso. Indudablemente, existe personal para las reconstrucciones de espejos, los pintan, arreglan, empaquetan y entregan para la venta. En principio, no se constituye como una actividad lícita, pero si se pondera el grado de participación de esta persona resulta que es un elemento indispensable dentro de la cadena de la organización delictiva. En el delito de receptación participan el ladrón, los bodegueros, los primeros compradores, los reconstructores, el fantasma de la facturación, los vendedores y el comprador final. Esto la convierte en una empresa criminal que inclusive puede llegar a convertirse en una empresa criminal de alto nivel.

El segundo ejemplo hace referencia al siguiente caso de narcotráfico registrado en el Estado colombiano. Una empresa de teleoperadores otorgó un supuesto premio a un grupo de ciudadanos. De este modo, se hizo abordar a las personas un bus de servicio público en pésimas condiciones. El punto de salida fue desde Bucaramanga, pero en el transcurso del viaje se presentaron varios problemas mecánicos en el vehículo. Llegando a la frontera con el Ecuador, el bus se estrelló. Luego de auxiliar a todos los pasajeros, notaron la existencia de un gran cargamento de droga. Evidentemente, si el bus no sufría el accidente, la droga no hubiera sido encontrada nunca.

Finalmente, la caracterización de las diferentes MEC permite su identificación, control y persecución. El desconocimiento de la participación de una o varias MEC en la cadena delictual sin duda genera impunidad. Por ello, las acciones político criminales que desconocen la participación de las diferentes MEC en la cadena delictual redundan en inocuidad dado que su resultado siempre será parcial. El partícipe de menor rango es al que, con frecuencia, se identifica y sanciona, dejando impunes a los líderes de la organización criminal. En definitiva, identificar las MEC en la cadena delictual permite a las autoridades judiciales organizar la investigación criminal, lo que, consecuentemente, determina la obtención de resultados más eficaces.

La lucha contra la corrupción desde una visión holística: perspectiva iberoamericana



Julio Ballesteros

Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca (USAL) con Premio Extraordinario y Mención Internacional. Máster en Derecho Penal (USAL) y Máster en Cumplimiento Normativo Penal por la Universidad Castilla - La Mancha. Especialización en Compliance e Direito penal por el Instituto de Direito Penal Económico e Europeio / Universidade de Coimbra (Portugal). Asimismo, ha sido becario Fellow Mundus en Colombia bajo el auspicio de la Comisión Europea. Autor de diversos artículos y conferencista internacional.

El objeto de estudio del presente artículo es la lucha contra la corrupción desde una visión holística y desde una perspectiva iberoamericana. Así, se abordará el tema en cinco ejes principales; todo ello con la finalidad de entender ¿cómo es la delincuencia propia de este tipo?, ¿qué es la corrupción?, ¿cuáles son las causas y consecuencias de ella? y ¿qué es lo que puede realizar el *compliance* para mitigar esta corrupción? Por último, se presentarán unas breves consideraciones de propuestas que pueden tener sentido para el caso del Ecuador, en la medida que pueda extrapolarse desde la experiencia española.

En primer lugar y como eje de partida se plantea la interrogante: ¿cómo es la delincuencia en la actualidad? Pues bien, se trata de una delincuencia global, de carácter inminentemente transnacional, donde las sociedades tienen un componente organizacional muy fuerte. Esto quiere decir que las empresas han crecido en magnitud y dimensión. En los últimos 20 años el índice de empresas multinacionales ha aumentado y ese componente corporativo permitió una modificación de la actuación criminal en el seno corporativo.

Por otro lado, se ha evidenciado una disminución por parte de los Estados de políticas públicas sociales y de bienestar. Los Estados tienen capacidades reducidas o limitadas para atajar la criminalidad corporativa de carácter mundial o transnacional y, por tanto, eso supone también un desafío. Un desafío por reducir o atenuar este tipo de criminalidad tan importante, porque las empresas de hoy en día ocupan un papel central en nuestras sociedades que hace 10 o 20 años no lo ocupaba el pequeño comerciante o la empresa familiar.

En contraste, actualmente se habla de grandes *holdings*, es decir, grandes conglomerados que no se detienen en las fronteras, que tienen una actuación empresarial y jurídica global, que tienen filiales y matrices, que realizan ventas de bienes y servicios a terceros países, que cuentan con empleados desplegados por todo el mundo y, además, que se apoyan en asesores internacionales jurídicos, económicos y financieros de primer nivel con la finalidad de evadir la mayor responsabilidad posible.

Todo ello advierte de la complejidad del mundo económico y jurídico. Por tanto, la respuesta del derecho penal tradicional se encuentra con un difícil reto: poder atajar realmente este tipo de delincuencia global fuertemente organizada donde confluyen actuaciones lícitas e ilícitas. En efecto, se debe tener muy presente que confluyen tres factores: actuación profesional, dificultades para identificar a los responsables dentro de las corporaciones y, por último, dificultades a nivel penal-procesal y de persecución para las fuerzas y cuerpos de seguridad de los Estados. Todas ellas son dificultades que se debe tener presente.

Existen estudios que demuestran que de los 150 entes económicos más importantes del mundo el 59 % son empresas y, en consecuencia, el 41 % restante son Estados. Es decir, tenemos empresas que tienen más poder que los propios Estados. En efecto, las grandes multinacionales dominan el 66 % del comercio mundial internacional, lo que significa que las grandes empresas multinacionales son significativamente relevantes en las sociedades actuales. Desde un punto de vista del derecho penal esto implica un problema, puesto que, los códigos penales solo abarcan un carácter nacional de aplicación.

En este sentido, se evidencian, al menos, dos consecuentes problemas. El primero es que existen pocos organismos internacionales destinados a la represión de la delincuencia internacional. El segundo es que determinados organismos buscan perseguir únicamente a las personas físicas, rol que ya es ejercido por la Corte Penal Internacional, en los casos de persecución en delitos de lesa humanidad, genocidio, etc. Así, no existe una corte penal internacional de persecución de empresas. Además, existen pocas leyes extraterritoriales. Como experiencia están los casos de la FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*) de Estados Unidos de persecución de la corrupción, la *Bribery Act* de Reino Unido y la ley francesa 2017-399, de 27 de marzo de 2017, relativa al deber de vigilancia de las empresas matrices sobre sus filiales. Es decir, hay pequeñas normas con enfoques muy concretos que tienen carácter extraterritorial, pero no dejan de ser recursos escasos para perseguir la delincuencia corporativa de carácter transnacional.

Los delitos de esta naturaleza se cometen de manera difusa, saltando barreras, fronteras y muros, sin embargo, nuestras normas tienen una capacidad y alcance muy limitado. Esa es otra de las dificultades para reprimir la delincuencia corporativa. En efecto, la globalización no solo trae consigo el libre tránsito de las personas, mercancías y servicios, sino además, favorece que la delincuencia se globalice, como por ejemplo, los cibercrimes. Hoy una persona física o jurídica puede estar vulnerando el secreto empresarial de otra empresa a 8 000 kilómetros de distancia y afectar a la economía de un país de forma severa con impunidad. Aquello, puesto que, no hay manera de perseguir ese tipo de delincuencia de forma efectiva.

Por tanto, la globalización ha influido en la caracterización de esta nueva delincuencia provocando una tendencia a lo transnacional con identidades propias desde el punto de vista criminológico. Esa delincuencia global pone en peligro o lesiona los bienes jurídico-penales, o atenta contra los derechos humanos. Tal es el caso de la explotación de trabajo infantil en la industria del cacao en África, o casos de explotación a través de jornadas laborales eternas, salarios por debajo del mínimo permitido y, además, en condiciones de extrema precariedad, sin seguridad ni higiene en el trabajo. Esto se puede evidenciar en la industria textil en el sudeste asiático, en donde los beneficiarios son las marcas textiles del primer mundo (Norteamérica y Europa) que tienen deslocalizada su producción para conseguir mano de obra barata y condiciones mínimas o inexistentes de seguridad e higiene en el trabajo. Así, los trabajadores están expuestos permanentemente a productos tóxicos que provocan enfermedades graves o incendios como el de Rana Plaza en Bangladesh, donde perdieron la vida más de mil trabajadores. En consecuencia, los márgenes de beneficio para las empresas son mayores debido al ahorro de costes de producción.

El modelo económico global neoliberal incentiva la búsqueda por el beneficio a cualquier precio, aunque sea generando condiciones laborales extremas. Dos de los ejemplos más claros sobre esta cuestión lo ofrecen tanto la industria del cacao, como la industria textil. Podría haber otros, por ejemplo, la lesión a los derechos humanos en países de América Latina y el Caribe por parte de grandes constructoras que realizan obras faraónicas y que, sin el consentimiento libre, previo, e informado se está invadiendo espacios o regiones de comunidades indígenas a las que se les desplaza para construir, por ejemplo, una central eléctrica, una gran fábrica, autopistas, etc. Es decir, se modifica la forma de vida de comunidades vulnerables y se provocan daños irreversibles al medio ambiente. Aquello cuando el medio ambiente representa su única forma de vida: la caza, la pesca, etc. En efecto, a veces la contaminación de las aguas provoca graves daños en la salud de las comunidades locales. Así, se puede observar que con la delincuencia corporativa no solo están en conflicto los bienes jurídico-penales, sino también los derechos humanos.

Otro de los elementos que caracteriza a la delincuencia actual es el aprovechamiento de los paraísos fiscales. Estos permiten generar impunidad, puesto que, se utilizan números de cuentas cifradas. El dinero se blanquea a través de este sistema financiero que se caracteriza por la opacidad y la falta de colaboración con los organismos de persecución del delito. A través de paraísos fiscales radicados en exóticas islas –establecidas como entidades filiales de los bancos más poderosos de Londres, de Nueva York, Holanda, Francia o España– e incluso en países europeos como Luxemburgo, Suiza, Gibraltar, Andorra, etc., se blanquean las ganancias provenientes de actos de corrupción o del crimen organizado.

Por ello, es necesario actuar contra los paraísos fiscales de manera internacional. Si bien cada país tiene una lista de países que son paraísos fiscales, estas no se corresponden en manera genérica a todos los países, puesto que, no existe un concepto unívoco de paraíso fiscal. Aquello complica la creación de normas que regulen a los paraísos fiscales. Por tanto, el pilar principal es reconocer que la delincuencia corporativa es muy capacitada, técnica, profesional y utilizará estas capacidades para lavar sus ganancias y realizar pagos indebidos a funcionarios o a políticos utilizando la opacidad e impunidad que brindan los paraísos fiscales.

Siguiendo con esta caracterización de la delincuencia actual, se evidencia una pronunciada

presencia de la corrupción transnacional que sobrepasa a la corrupción del funcionario público a nivel local. Efectivamente, en el caso español ha causado mucho daño y es una de las mayores lacras de la España de los últimos diez a veinte años. Actualmente se detectan grandes casos de corrupción transnacional. En efecto, el mayor ejemplo de ello es el caso Odebrecht que ha tenido repercusión en todo el continente americano, derribando gobiernos y partidos de la oposición, puesto que, en muchos casos se estaba oficiando a unos y a otros. Este incidente evidencia como la corrupción nacional puede poner en jaque a lo más esencial de nuestras sociedades, las administraciones públicas, e incluso a la propia institucionalidad democrática. De este modo, se advierte una delincuencia con una capacidad corrosiva importante, que ha motivado protestas masivas en Brasil, Perú y otros países.

No obstante, si bien abarca una potencialidad lesiva muy importante, este tipo de problemática ha sido levemente sancionada. En efecto, hasta hace muy pocos años, países del primer mundo como Suiza, Holanda, Alemania y Francia permitían desgravar a las empresas las inversiones en el exterior. Con frecuencia, esas inversiones en el exterior provenían de la corrupción y el pago de coimas. Así, se llegaba al punto en que la corrupción desgravaba en el régimen fiscal local. Por su parte, en los Estados Unidos se evidenció que más de 300 empresas americanas corrompían en el extranjero. Todo ello generó una reacción normativa que derivó en la ley de prácticas corruptas (FCPA) que fue un revulsivo a los numerosos casos de corrupción que se habían detectado en el extranjero.

Frente a este panorama surge la interrogante ¿qué están haciendo los países al respecto? Si bien la respuesta es alentadora, esta resulta insuficiente. Los países están actuando poco para perseguir la corrupción transnacional. Un ejemplo de ellos lo constituye el caso español que solo cuenta con una condena emitida en 2017 a una persona física, no jurídica, por corrupción transnacional. Aquel es el caso de una empresa editorial que había corrompido al viceministro de Guinea y le había pagado 70 000 euros. Es decir, muchos años han pasado desde que los organismos internacionales habían advertido la importancia de la persecución de la corrupción transnacional, sin embargo, se han obtenido pocos resultados.

En el Ecuador no se persigue a las empresas ecuatorianas que corrompen en el extranjero, por lo que se debe realizar un mayor esfuerzo desde la Fiscalía y desde otras fuerzas de seguridad. En este sentido, se debe abandonar la consideración de que como generan negocios, empleo y riqueza para el país, estos negocios no son tan nocivos. Aquella consideración no toma en cuenta la gravedad de las lesiones a los bienes jurídicos de un tercer país.

La delincuencia actual se caracteriza por la confluencia de la delincuencia organizada con la delincuencia de la corrupción transnacional. Esta necesita a los bancos, a las aseguradoras y, en general, al sistema financiero para blanquear su dinero. Ejemplo de ello, es el caso del gran banco HSBC que blanqueaba a través del sistema financiero el dinero de los carteles en México y del narcotráfico colombiano. Dicho de otro modo, se generan sinergias entre distintos tipos de criminalidad. El crimen organizado conseguía blanquear sus ganancias y el banco estaba introduciendo dinero proveniente de actividades delictivas.

Además del ejemplo expuesto, el terrorismo internacional y la delincuencia corporativa también encuentran espacios de colaboración. Un caso reciente es la cementera francesa del grupo Lafarge acusada en Francia por financiar al terrorismo internacional del grupo Isis en Siria. Esto para mantener las operaciones y evitar acciones en su contra de estos grupos terroristas. A partir de esta experiencia se evidencia relaciones terrorismo-empresa, crimen organizado-empresa, corrupción-política-delincuencia de cuello blanco y corrupción de funcionarios por parte de las empresas. Por ejemplo, Odebrecht es una empresa que corrompe a funcionarios y políticos. De esta forma, existe una confluencia de la delincuencia que lo dota de una mayor peligrosidad y dificultad para perseguirla. Por lo tanto, se requieren instrumentos sólidos penales y procesales para hacer frente a este tipo de fenómeno.

Desde un punto de vista de metodología criminal, se debe resaltar la importancia de la

delincuencia corporativa y su similitud con el tradicional crimen organizado. En los últimos 30 o 40 años, la sociedad se ha familiarizado con leer mucho sobre la gran incidencia de estos delitos y cómo estos pueden derrotar los esfuerzos por consolidar Estados sólidos y prósperos, llegando incluso al punto de poner a nuestros países de rodillas, como el caso de Colombia o de México. En todo caso, hay que destacar que el patrón criminal, la etiología del delito en el crimen organizado se parece mucho a la etiología del delito de la delincuencia corporativa de la gran empresa. Esto a pesar de que su materialización es diferente (ausencia de violencia), pero el método y la capacidad lesiva son igualmente importantes.

Como consecuencia de lo señalado, no debe pasar desapercibida este tipo de delincuencia. Se debe optar por realizar serios esfuerzos desde las distintas agencias de persecución del delito para reprimir estas dos formas de delincuencia especialmente lesivas: el crimen organizado y la delincuencia de la gran empresa.

De entre los elementos que configuran el método criminal corporativo se debe enfatizar el factor organizacional. Este plasma la posibilidad de que la empresa se constituya como una estructura u organización con una división de funciones, jerarquía, tecnificación y con personal profesional. En el crimen organizado existe una organización ilícita con un reparto de tareas y roles, a saber: sicarios, contables que manipulan para blanquear las ganancias e introducirlas en el sistema financiero, vigilantes, lugartenientes y jefes. Esta estructura es semejante a la de una empresa y su directorio, en donde se designan tareas y roles, existe jerarquía, distribución del trabajo, profesionalización e identidad propia. Además, en ambas situaciones existe una tendencia a la transnacionalidad.

Además, al igual que los miembros de una organización empresarial se sienten amparados por la organización, lo mismo sucede cuando con la pertenencia a una organización criminal, un gran cartel o una gran mafia. Hay una identidad y unos valores compartidos. Lo que se afirma con certeza es que surge un sentimiento de irresponsabilidad e impunidad en su seno. Análogamente, se debe mencionar que ambos tipos de organizaciones tienden a la autoconservación, a perpetuarse en el tiempo (ultraestabilidad). Por tanto, con este análisis comparativo se revela que el crimen organizado y delincuencia de la gran empresa tienen muchos elementos en común. Así, a los elementos mencionados, se debe sumar las serias dificultades que tienen el Estado, sus fuerzas y cuerpos de seguridad para reprimir ambas formas de criminalidad.

Otro de los elementos a describirse es que dentro del crimen organizado es difícil conseguir información, debido a que impera la ley del silencio. Lo mismo que ocurre en las empresas por temor a represalias, persecuciones, ataques en la vía judicial o los daños económicos que provoquen. En definitiva, hay un secretismo. ¿Cómo hemos reaccionado ante ese secretismo? Desde el derecho penal tradicional, en la lucha contra el crimen organizado se cuenta con la figura de los arrepentidos, de los colaboradores, de los confidentes, en donde el propósito es conseguir información de las organizaciones criminales.

La delincuencia corporativa exige un estudio exhaustivo y se debe trabajar desde el entendimiento del secretismo que opera dentro de las corporaciones. Vencer ese secretismo de las organizaciones es muy importante en el seguimiento del crimen organizado y la delincuencia corporativa. Para vencerlo se pueden emplear los canales de denuncia. Como bien se conoce, el whistleblower es uno de los elementos fundamentales en la lucha contra la delincuencia de las organizaciones. En las organizaciones públicas se puede decir que es el elemento del marco de integridad, del *public compliance*, y en las organizaciones privadas es un elemento del programa de cumplimiento normativo.

Por tanto, si la delincuencia es global, la respuesta a ellas debe ser de la misma magnitud. Esto implica perseguir la delincuencia transnacionalmente, perseguir corrupción de funcionarios públicos extranjeros, buscar leyes con carácter extraterritorial como en el caso de Estados Unidos o Reino Unido para presionar, proponer y apoyar iniciativas legislativas orientadas a la creación de tribunales internacionales, llámese una Corte Penal de las multinacionales o modificar la Corte

Penal Internacional atribuyéndole competencias. Es decir, buscar tribunales que puedan perseguir la actuación criminal corporativa de carácter global. Aquello debido a que se está colocando a la ciudadanía en una posición débil, donde se incrementa la conflictividad social y se reduce la posibilidad de una convivencia pacífica. La ciudadanía requiere de unas condiciones mínimas de vida en plenitud, paz, estabilidad y en la que se tenga garantizado un entorno medioambiental saludable que les permita desarrollarse. Sin ello, es imposible el logro de los objetivos de desarrollo sostenible.

La persecución de la delincuencia transnacional y la protección de los derechos humanos con carácter extraterritorial son de vital importancia, debido a que permite fomentar la colaboración entre las policías. En el ámbito europeo, ese apoyo se refleja a través de la Europol, como instrumento de colaboración de todas las policías que integran la Unión Europea. En América Latina está la iniciativa de Ameripol, con la finalidad de facilitar la colaboración policial en el ámbito americano. De forma global está presente la Interpol. Así, se debe fortalecer aún más la colaboración policial internacional y judicial a nivel internacional. En el caso de Odebrecht se ha podido apreciar que los países de América Latina necesitaban llegar rápidamente a acuerdos para colaborar y facilitar la transferencia de información. Por tanto, en un mundo global los mecanismos de respuesta jurídica también tienen que ser globales y eficaces.

El segundo eje de estudio se orienta a los aspectos criminológicos y al entendimiento de lo que es el delincuente de cuello blanco. En 1933 de la mano del profesor Jiménez de Asúa se señalaba que había un tránsito del bandolero, que era la tradicional figura de un sujeto que iba con un trabuco o escopeta en su caballo y asaltaba a los viandantes que iban por la Sierra Morena, a otra bien distinta en las sociedades actuales. Hoy en día no se presencia a este bandolero, sino que nos enfrentamos a un delincuente corporativo. Este delincuente es una persona con traje, corbata y maletín, con un estatus elevado, estudios académicos significativos y que participa en empresas globales. Ese es el delincuente actual, alguien que ya no es poco técnico, sino que más bien posee conocimientos jurídicos y económicos para manipular balances, operaciones financieras complejas que dificultan la detección del delito cometido.

En este orden de ideas descubrir la gran delincuencia financiera, tributaria y económica resulta engorrosa y requiere de conocimientos sólidos de jueces y fiscales. Sucede que nos enfrentamos a un delincuente de cuello blanco, con un elevado estatus social y altos conocimientos formativos. Además, en ocasiones, no piensa que esté realizando nada malo, porque los negocios son negocios y la actuación criminal es parte de los negocios, lo que sin lugar a duda forma parte de una delincuencia cualificada.

Desde el punto de vista criminológico se evidencian dos condicionantes. Una de ellas es la delincuencia empresarial o de grupo, es decir, un sentimiento de falta de responsabilidad asociado al pequeño aporte al plan criminal o, en su defecto, la inconsciencia de que su actuar vulnera las leyes. Además, existen mecanismos de deslizamiento de riesgo entre los superiores hacia los inferiores que dificultan la persecución de los cuadros superiores de la organización. En efecto, en muchos casos los altos mandos no contribuyen físicamente al plan criminal, más bien son los que asignan tareas para ejecutar el plan criminal en sí. Por tanto, en el análisis de la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad de esa persona no concurren los elementos objetivos o subjetivos del delito. Igualmente, es difícil obtener pruebas contra ellos ya que intentan no participar en los actos ejecutivos y, además, intentan no dejar evidencias. Por todo ello, es posible su absolución.

Por otro lado, se debe mencionar que existe un condicionamiento de grupo que genera efectos sobre el secretismo empresarial. Por ejemplo, nadie quiere hablar hacia afuera, porque el bien de la empresa es el bien general. Si la empresa va bien implica un beneficio para los trabajadores. Por el contrario, si la empresa es una gran constructora, pero no gana concursos públicos, no hay obra pública y no trabaja, entonces, se despide personal y las compensaciones monetarias no son las adecuadas. De este modo, si para una estabilidad de la empresa se requiere cometer actuaciones criminales estas serán asumidas, por el sentimiento de responsabilidad y condicionamiento del entorno, tomando en consideración el actuar de otras empresas en el mismo sector de mercado.

Cuando los sujetos de un mismo sector admiten que los demás participan en acciones criminales, hay un condicionamiento del entorno. En ese caso, se asume que para poder ser competitivo en un determinado sector se debe delinquir, caso contrario, se excluye de la actividad económica, se pierden licitaciones públicas y las empresas se condenan a la desaparición por falta de actividad empresarial.

Así también, se condiciona el entorno del modelo económico actual, en donde se lleva lo económico al máximo exponente. Es así que deben conseguir dividendos de dos cifras y por tanto los que gestionan las empresas están presionados por la consecución de beneficios para repartir dichos dividendos y satisfacer a los propietarios de la empresa. Entonces, hay una presión para que las empresas consigan mayor beneficio, exigiendo a las empresas filiales materializar ese requerimiento bajo cualquier circunstancia. Deben conseguir los objetivos que se les ha marcado desde la empresa matriz. En ocasiones, es imposible conseguir esos resultados económicos sin delinquir.

Por tanto, los condicionamientos de la organización y del entorno, desde el punto de vista criminológico, otorgan señales de cuáles son los elementos que propician o facilitan delitos y, por tanto, desde el punto de vista del *compliance* a través de mecanismos de control y supervisión se buscará mitigar y reducir los riesgos que propiciaba el delito. Por tanto, es importante el valor de la criminología para elaborar programas de cumplimiento normativo que reduzcan los riesgos. Así, con la implementación de controles, con la elaboración de códigos éticos y de buen gobierno los riesgos emergentes de la actividad económico-empresarial van a poder ser atenuados. Para ello, se requerirá una intervención holística y multidisciplinar que atenúe esos riesgos detectados en todas las parcelas de la organización, a través de componentes propios o externos.

Por ejemplo, si la empresa contrata intermediarios en terceros países se debe analizar y supervisar la forma en la que se realizan negocios para evitar el pago de sobornos o la existencia de situaciones vinculadas al tráfico de influencias. Además, si los negocios se realizan en países donde la legalidad es escasa y la probabilidad de acontecimiento mayor se requiere, en consonancia, de mecanismos de control más severos en razón del riesgo país. Por tanto, al momento de elaborar y ejecutar un programa de cumplimiento se debe tomar en cuenta el entorno de la organización.

En el caso ecuatoriano, es menester señalar la incorporación en la ley de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el año 2014. De esta forma, se busca luchar contra la irresponsabilidad organizada señalada por el profesor Bernd Schünemann y, además, evitar que se produzca esa laguna de persecución de un tipo de delincuencia muy concreta, la empresarial.

Las causas y los efectos de la corrupción componen el tercer eje de estudio. Así, es necesario partir de la interrogante: ¿por qué es importante la corrupción y dimensionar el problema de la corrupción? Primero, se debe definir el concepto de corrupción que no es otra cosa que el abuso de poder de decisión. No obstante, dentro de esta figura se evidencia la corrupción pública como una desviación de poder del funcionario, quien debe cumplir una serie de funciones bajo criterios de objetividad e imparcialidad y que, en ocasiones, se desvía de lo que debería ser su función, a fin de obtener un beneficio propio.

Corrupción es un término cuya conceptualización ha sido definida por Transparencia Internacional como un desvío del poder en beneficio particular. El concepto de corrupción no es homogéneo, depende si se estudia desde el punto de vista de la ciencia política, del derecho penal, de la sociología o desde la criminología. Es decir, se tiene diferentes enfoques para perseguir la corrupción y, por lo tanto, se exige un tratamiento holístico por ser un fenómeno polisémico con distintas perspectivas. En consecuencia, diseñar una sólida política anticorrupción requiere de conocimientos interdisciplinarios.

Ciertamente, el enfoque será diferente dependiendo de la rama de estudio. Desde el punto de vista de la ciencia política se buscará definir su impacto en la transparencia, el gobierno abierto

y una democracia plena; desde el derecho administrativo se planteará como afecta a la buena gobernanza y administración; desde la auditoría se intentará determinar cuál es el impacto en el control de las cuentas y el dinero; desde la sociología, se abordará el entendimiento de cómo se perpetúa y qué consecuencias tiene en la sociedad, así, evitar que la ciudadanía se familiarice con ella.

Como consecuencia de lo mencionado, la lucha contra la corrupción parte indudablemente de un tratamiento holístico. Este fenómeno provoca desigualdad, desafección, crispación, deterioro del medio ambiente, condiciones estructurales de lesión a los derechos humanos y dificulta también la convivencia pacífica. Es decir, la corrupción genera externalidades negativas muy importantes como para pasarla por alto. De igual forma, genera una escasa confianza de los ciudadanos en el sector público y en los partidos políticos e, incluso, entre las empresas de un mismo sector.

Una de las características que se debe señalar es que la corrupción siempre acaba perjudicando más a los más débiles, a las personas que tienen menores capacidades para hacer valer sus derechos. Por tanto, genera todavía condiciones más necróticas, debido a que lo sufren las zonas rurales, personas con escasos recursos económicos que no van a tener condiciones jurídicas ni económicas para cubrir los costos de una defensa adecuada que proteja sus intereses. Ejemplo de aquello es el costo de la contratación pública española que bordea anualmente los 47 500 millones de euros, recursos que detraen las arcas públicas y que permitirían mejorar las políticas sociales, la sanidad pública, la justicia y la educación, es decir, mejorar el estado de bienestar.

No obstante, si se corrompe el estado de bienestar surge la interrogante: ¿cuál es el objetivo de la corrupción o por qué la corrupción también es tan necesaria para la delincuencia? El profesor Daniel Sansó-Rubert afirma que la corrupción cumple una triple función. La primera de ellas es impedir la vigilancia policial, lo que mejora la eficacia del grupo criminal o corporativo y consigue más rentabilidad con el delito; el segundo punto es facilitar la no persecución policial, es decir, comprar a policías para evitar ser vigilados; y el último punto se relaciona con la administración de justicia, comprar jueces y fiscales para que los delitos queden impunes, como resultado son menos perseguidos policialmente y, con mayor frecuencia, declarados inocentes en los tribunales.

Por tanto, la corrupción cumple esta función tripartida, aunque también puede ser extrapolable a la criminalidad corporativa, en virtud de la sinergia entre la corrupción y los sectores público y privado. Esto quiere decir que hay *lobbies* de presión y clientelismo. Así, las licitaciones públicas son ganadas siempre por los mismos, se corrompen políticos y estos últimos consiguen cargos en grandes empresas, además, se enriquecen con altos salarios.

Dentro de este panorama existe una élite política-económica que tiene capturado al Estado y a sus recursos. Así mismo, este modelo se perpetúa en el tiempo por su efectividad. Aprovechan el clientelismo, el lobby, la captura regulatoria, la corrupción o la financiación ilegal de campañas políticas. Estos políticos tienen que devolver los favores a aquellas empresas o aquellos grupos del crimen organizado que les han apoyado. De manera que el Estado ya no legisla en favor de la población o interés público, sino más bien lo hace a favor de grupos privados, empresas y mafiosos. De este modo, se produce una perversión del Estado.

En efecto, el Estado ya no responde a la pluralidad de los ciudadanos, sino tan solo a unos pocos. Por ello, se debe fomentar la transparencia material y no solo formal, debido a que si la ley no está bien elaborada o no tiene organismos de sanción para el que incumple la ley de transparencia, entonces no va a cumplir ninguna función. Esto requiere presionar a las Administraciones Públicas y a los partidos políticos hacia mayores niveles de diligencia, porque la falta de transparencia propicia mayor corrupción, es decir, donde hay opacidad hay mayor facilidad para que haya arbitrariedad y, por tanto, esta falta será aprovechada por el funcionario para corromper su labor y beneficiar a quien él quiera beneficiar. Por el contrario, las instituciones de cristal facilitan la rendición de cuentas, el control ciudadano y el seguimiento de los medios de comunicación.

Ahora bien, dentro de la corrupción en la Administración Pública y desde una visión de

public compliance se deben fortalecer mecanismos como los marcos de integridad para reducir la criminalidad. Por ejemplo, es habitual el fraccionamiento de contratos en los que se reciben comisiones indebidas y existe un control deficitario, también existen concesiones con sobrecostes o se otorgan licencias sin cumplir los requisitos. Así también se encuentra el caso de la contratación de familiares, amigos y personas quienes reciben un salario público, pero no tienen la capacitación suficiente o, en su defecto, no han sido seleccionados en un procedimiento que respete la objetividad y el mérito, sino que prima el amiguismo.

En la actualidad, existe un margen para mejorar la rendición de cuentas en la Administración Pública. Sin embargo, se encuentran situaciones en las que se está pervirtiendo el funcionamiento de la administración por falta de transparencia: empresas que ganan licitaciones públicas elaboradas a dedo o en las que no se cumplen los requisitos exigibles. En otras ocasiones, no cumplen los pliegos de condiciones y nadie exige una reparación en favor de la Administración Pública, por ejemplo, por incumplir plazos o calidades.

Por lo expuesto, se concluye que la contratación pública es uno de los nichos más importantes en los que deben centrarse las políticas en el ámbito de la prevención de delitos en el sector público. En este sentido, se deben despolitizar las Administraciones Públicas y, principalmente, la justicia. Además, desde el punto de vista de partidos políticos es necesario vigilar la financiación ilegal. Los partidos políticos, sus voceros y sus lobistas requieren de grandes sumas de dinero, por ello, es posible que acontezcan conductas ilegales para satisfacer sus necesidades económicas.

Desde el punto de vista judicial se busca la despolitización de la justicia, que no exista impunidad, indultos indebidos o demoras injustificadas del juicio, para que después se vean beneficiadas de algún atenuante como las dilaciones indebidas que tanta aplicación han tenido en el caso español, o que los fallos sean de absolución por presiones de las élites económico-políticas a los jueces. Es decir, la democracia tiene que estar al servicio de todos y no al servicio de unos pocos. Desde la perspectiva de *public compliance* se debe reducir la arbitrariedad, la politización y mejorar la transparencia, lo que permitirá la buena gobernanza, la buena administración tanto de los partidos políticos así como del Estado y las Administraciones Públicas en todos los niveles (nacional, regional o local).

Como cuarto eje se encuentra una serie de medidas y herramientas que, de forma sistematizada, se orientan a la prevención y reacción frente al delito de organizaciones privadas –*criminal compliance*– y de organizaciones públicas –*public compliance*–, aunque también están muy vinculadas con los marcos de integridad. Así, se debe actuar de manera metodológica para reducir el acontecimiento de hechos delictivos detectando irregularidades a través de los canales de denuncia anónimos o confidenciales. Estos, reducen la dimensión de los casos de criminalidad. No debemos olvidar que en países con sistemas de justicia débiles pelagra la vida e integridad física de los denunciantes.

A fin de garantizar la seguridad de los denunciantes, los Estados deben crear leyes que los protejan. En el caso de España, en sentido estricto, no se prevé una ley de protección de los denunciantes, sin embargo, existe la directiva de la Unión Europea de 2019 de protección de denunciantes y a nivel autonómico –como en el caso de Castilla y León– se cuenta con una ley de protección de los denunciantes de alcance limitado, pero que resulta un gran avance. Ecuador también debe avanzar en la creación de leyes sólidas de protección de los denunciantes. Esta es una medida necesaria teniendo en cuenta su rezagada posición (puesto 92) considerando índices como el de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional.

Por tanto, desde el punto de vista del *public compliance*, se debe tener presente y hacer un seguimiento de la información pública, acceso a la información, transparencia, rendición de cuentas y escrutinio público. En efecto, es necesario incentivar la participación de los ciudadanos en la vida pública y, sobre todo, garantizar su participación en el marco de una activa política de rendición de cuentas. Además, es preciso impulsar leyes de transparencia, pues estas permiten un mejor rendimiento del Estado. Análogamente, hay que establecer adecuados mecanismos de gobernanza e impulsar, decididamente, la despolitización de las administraciones, ejemplo de ello son los resultados que obtienen los países nórdicos en multitud de indicadores.

Desde el punto de vista del *criminal compliance*, se exige la elaboración de un mapa de riesgos penales, la contratación de un oficial de cumplimiento, la formación, la capacitación, la imposición de sanciones y la elaboración un código de ética y de buen gobierno. Es decir, se requiere dotar de eficacia a una serie de elementos concretos que forman parte del programa de cumplimiento. Este programa deberá reducir significativamente el riesgo de acontecimientos ilícitos y generar convencimiento en el juez de que la empresa está cumpliendo con sus deberes de diligencia y responsabilidad en la prevención de delitos y que, por tanto, es una organización que no admite el delito y que no se beneficia de este. Por ende, estará en condiciones de recibir la atenuante por tener el plan de cumplimiento o, incluso, una exención de la pena si tiene un programa de cumplimiento eficaz implementado con anterioridad a los hechos criminales en cuestión.

Del mismo modo, es esencial que los fiscales y los jueces sean capacitados sobre derecho penal económico y de la empresa. Así, podrán distinguir cuando están ante un paper compliance o fake compliance. Los programas de cumplimiento en el ámbito del derecho penal y los programas de vigilancia desde la perspectiva de derechos humanos son cuestiones de presente y futuro que deben conocer las instituciones encargadas de la persecución de la delincuencia, incluidas las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. De este modo, podrán evidenciar el defecto organizacional de las personas jurídicas a la hora de acreditar la culpabilidad corporativa.

Por ejemplo, la ley francesa de 2017 de protección de los derechos humanos establece los elementos que debe contener un plan de vigilancia. Estos elementos son simétricos a los elementos de un plan de cumplimiento. Con esta ley se busca proteger los derechos humanos frente a las afectaciones que provocan las empresas en países en vías de desarrollo, o en comunidades vulnerables, de indígenas o aborígenes. La actuación criminal corporativa genera desplazamientos forzados por la contaminación de sus aguas o el deterioro a la salud. Ejemplo de cómo la actuación criminal lesiona gravemente al medio ambiente lo constituye el caso Chevron-Texaco en Ecuador. Las empresas deben ser sostenibles y relacionarse de forma responsable con su entorno, por tanto, hay que impulsar la aplicación de la responsabilidad de las personas jurídicas para evitar casos criminales como el mencionado.

En los últimos años, dentro del sector privado se promueve el término *compliance* tanto en grandes multinacionales como en las grandes y medianas empresas nacionales. Las empresas ecuatorianas también deben sumarse a este corriente que impulsa la implementación de programas de cumplimiento. Por ejemplo, la industria del café o del marisco requiere de leyes estrictas y de estos mecanismos de control, puesto que, las empresas ecuatorianas pueden exportar a los Estados Unidos y ser perseguidas corporativamente por el Departamento de Justicia de tal país. Lo mismo ocurre con el Reino Unido a través de la *Bribery Act*. Es decir, hay que concienciar al empresario sobre el hecho de que la delincuencia corporativa y la existencia de planes de cumplimiento tienen consecuencias que rebasan el propio Estado ecuatoriano y pueden tener consecuencias en terceros países.

Por esta razón, la implementación de políticas, programas anticorrupción, de ISO anticorrupción y mecanismos de prevención de la corrupción pueden reducir un 50 % los incidentes de corrupción de la empresa, es decir, invertir en prevención situacional tendiendo a esa etiología del delito es rentable y permite reducir el número de casos. Ciertamente, el *compliance* es beneficioso desde lo jurídico a través de exenciones, y en el ámbito económico, puesto que, reduce los daños reputacionales derivados de los casos de corrupción.

Por otra parte, se debe cuestionar la escasa aplicación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador pese a que se implementó en el año 2014. Así, existe la necesidad de capacitar y formar a los jueces, operadores de justicia, policías y fiscales sobre la aplicación de esta responsabilidad. Esta responsabilidad se consagra en el Código Orgánico Integral Penal y, por tanto, debe ser cumplida. Además, es una responsabilidad complementaria e independiente a la responsabilidad de las personas físicas.

Por último, con relación al reciente caso de delincuencia pesquera de los buques chinos que

invadieron territorio marítimo a través de estrategias planificadas para saquear los mares, se puede concluir que se trata de un asunto de delincuencia corporativa y pone en duda los mecanismos de respuesta que tienen Perú, Colombia y Ecuador. Estos casos no deben ser valorados únicamente desde la perspectiva penal, sino incluso, se los puede vincular con la afectación a la seguridad humana.

Por otro lado, resulta un reto intelectual profundizar la responsabilidad penal de las personas jurídicas atendiendo a un modelo vicarial o de autorresponsabilidad, por lo que se debe definir en la legislación y tribunales ecuatorianos el modelo aplicable para que exista seguridad jurídica. Ello debe ir de la mano de una sólida y clara regulación procesal. En breves términos, se busca un procedimiento garantista y justo para que las personas jurídicas puedan defenderse en igualdad de armas. No deben ser condenadas al amparo de mecanismos de responsabilidad objetiva o cuasi objetiva. Igualmente, tampoco se pretende que los jueces, por ignorancia o corrupción, consideren eficaces todos los programas de cumplimiento sobre los que se cuestione su idoneidad. En ese caso, se vaciaría de contenido el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas.

Finalmente, se debe deducir que la lucha contra la corrupción es muy compleja, requiere de apoyo presupuestario y de medidas interdisciplinarias de manera persistente en el tiempo. Una robusta política criminal contra la delincuencia empresarial y la corrupción incrementará la confianza de la ciudadanía, atraerá inversiones y mejorará el sistema de justicia. Todo ello, mejorará la calidad de las instituciones del Ecuador, su posicionamiento en distintos rankings y el grado de satisfacción con la democracia.

Criminalidad organizada y sistema empresarial: oportunidades para la actividad delictiva



**Daniel Sansó-
Rubert Pascual**

Director del Departamento de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Facultad de Ciencias Sociales y de la Comunicación de la Universidad Europea de Madrid; Profesor de Derecho y Criminología. Profesor invitado de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO)-sede Ecuador. Director del Grupo de Investigación sobre Políticas Públicas, Seguridad Internacional y Gobernanza Global de la Universidad Europea. Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración y Grado en Criminología por la Universidad de Santiago de Compostela. Máster en Seguridad Pública por la Universidad de Salamanca. Postgrado en Gestión de Seguridad e Investigación Universidad de VIC (Barcelona). Diploma en Altos Estudios de la Defensa Nacional por el Estado Mayor de la Defensa (Ministerio de Defensa de España). Ha completado sus estudios de especialización en criminalidad organizada e inteligencia en el Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN) del Ministerio de Defensa de España y en el William J. Perry Center for Hemispheric Defense Studies de la Washington Defense University, así como en diversas Universidades nacionales e internacionales a través de programas de formación de posgrado.

1. Breve aproximación criminológica a la faceta empresarial de la criminalidad organizada

La temática objeto de este capítulo destaca por su interés y relevancia de cara a la articulación de respuesta estatal ante los desafíos empresariales planteados por la criminalidad organizada. Centra su enfoque en abordar los diversos tipos de relaciones o vínculos que se establecen entre esta y el sistema empresarial y, a su vez, las oportunidades que de dicha relación se derivan para la actividad delictiva.

Así, se revela un escenario y una ventana de oportunidad trascendentes para el futuro económico-financiero de un país. Su identificación temprana posibilita la anticipación de las iniciativas dirigidas a su neutralización preventiva, evitando su aprovechamiento por parte de la delincuencia organizada.

De este modo, el objetivo es impedir no solo el enriquecimiento económico (afán de lucro), sino también el consiguiente empoderamiento político y social derivado del acceso al poder económico, cuyo coste se traduce en la desmantelación del tejido industrial de un país. Empresas que, con el fin de preservar su integridad en relación con la capacidad de penetración y extorsiva del crimen organizado, abandonan un determinado territorio provocando la consiguiente fuga de capitales, la descapitalización de sectores productivos, pérdida de empleo y de capacidad recaudatoria (impuestos).

Partimos de una realidad poco halagüeña. El empuje del neoliberalismo a partir especialmente de la década de los ochenta, así como las dificultades económico-financieras de los Estados en los últimos decenios han ocasionado serias dificultades para los Estados, que se ven impotentes para limitar el poder económico. En la actual era de la globalización, los poderes económicos y financieros se han desplazado fuera de las fronteras nacionales, sustrayéndose a los límites jurídicos y a los controles políticos estatales¹. A su vez, estos poderes económicos y financieros globales, a falta de límites y controles que se encuentren a la altura de las circunstancias, están destinados a concentrarse y acumularse bajo formas absolutas² e, incluso, cierta propensión a asociarse con la economía criminal. Todo ello con el fin compartido de someter a los poderes públicos a sus intereses, moldeando las reglas jurídicas sobre la base de las dinámicas del libre mercado. El orden del derecho es sustituido por el orden del mercado, en el que la criminalidad organizada ha aprendido a desenvolverse con holgura.

La progresiva instauración de este escenario donde impera la confusión entre la esfera pública y la esfera privada, es decir, entre los poderes políticos y los poderes económicos, que se está imponiendo en nuestras democracias³, desemboca irremisiblemente en la quiebra del principio de separación de los poderes. El sistema de relaciones se altera, primando el nexo de dependencia que existe entre el dinero y la política, ya que el primero es el mecanismo de financiamiento del segundo y, consecuentemente, hoy en día la política se encuentra condicionada por la economía⁴.

El proceso de esta confusión de poderes y de intereses se inicia al postular la primacía del mercado sobre la esfera pública y social, a lo que sigue como consecuencia la subordinación de los poderes del gobierno a los grandes poderes e intereses económicos privados⁵. Estos, potenciados por su carácter global –dotados de mayor autonomía y guiados por los intereses

personales de sus titulares– acaban por prevalecer de forma inevitable sobre los poderes públicos, sirviéndose de ellos, como efectivamente hace la criminalidad organizada, para interferir en otros ámbitos como el político o el social. Ya no es la política la que gobierna la economía y el capital financiero, sino que son estos los que regulan la política, plegándola a la defensa de sus intereses.

En este contexto de desregulación, de capitalismo sin responsabilidades, de Estados que no son capaces de cubrir las necesidades de sus ciudadanos, una de las víctimas principales de la criminalidad organizada es el orden socioeconómico⁶.

La criminalidad organizada actúa en función de metas económicas, al tiempo que aspira a ganar en última instancia, el control político (y económico) sobre el Estado. Para alcanzar este objetivo se basa en la premisa de que la fortaleza económica constituye un requisito previo para la obtención del poder político. Así, el poder político, posteriormente, sostiene tanto la vida de la organización, como sus actividades⁷. Para Delgado Martín, el propio poder económico, por sí mismo, proporciona a las organizaciones criminales una gran capacidad de influencia sobre la vida política, económica y social de un Estado, con la consiguiente relativización de la aplicación de las reglas de funcionamiento de un Estado de derecho⁸. El Estado no puede competir –o lo hace con dificultades– contra el potencial económico y político de procedencia criminal⁹, orientado al impulso de una agenda política propia diseñada para reforzar y consolidar la ganancia del delito.

A pesar de lo expresado, no hay que caer en un equívoco reduccionismo economicista que convierta a la criminalidad organizada en una mera especie de empresa comercial. Para evitar esta apreciación errónea del verdadero peligro que encierra la criminalidad organizada es preciso recuperar una distinción muy útil formulada por Max Weber¹⁰, perfectamente aplicable a esta situación. Consiste en diferenciar entre actividad económica (la empresa comercial) y actividad de orientación económica (actividad criminal). Por oposición a la primera, Weber define como actividad de orientación económica a todo ejercicio que reúna los siguientes requisitos: que en principio esté orientada a otros fines más allá de los netamente económicos, a pesar de la máxima relevancia de estos y que utilice medios violentos para conseguir sus fines. Expresado de otra forma, alude a toda actividad cuya orientación no sea esencial y pacíficamente económica, pero que en su determinación entren factores económicos. La práctica económica trasluce al respecto, como la criminalidad organizada ha desarrollado simultáneamente la adquisición de un número creciente de empresas legales, al tiempo que gestiona sus actividades criminales con métodos empresariales. Esta dualidad constituye una originalidad económica e histórica de las organizaciones criminales: el intercambio de modos de gestión y de activos entre ambos universos, el de la economía lícita y el de la economía criminal¹¹, hasta hacerlas prácticamente indiferenciables.

La ideología neoliberal ha relegado a un segundo plano a la razón política fundada en el interés y la preocupación por el cuidado del bienestar general, en pro de la consecución prioritaria de beneficios¹². *More market, less State*, representa hoy una falacia que solo permite, en términos

6 J. K. Gibson-Graham, *The End of Capitalism (As We Knew It): A Feminist Critique of Political Economy*, (Minnesota: University of Minnesota, 2006), 143.

7 Mariano Bartolomé, "Más Allá del crimen organizado: la reformulación del concepto de insurgencia y su impacto en el entorno estratégico sudamericano", *Austral: Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais*, núm. 3, vol. 2, (2013), 47-77.

8 Joaquín Delgado Martín, *Criminalidad organizada*, (Barcelona: Ed. J. M. Bosch, 2001), 27.

9 Mario Centorrino, "Criminalidad transnacional y procesos de globalización", *Mafia, 'Ndrangheta, Camorra*. En los entresijos del poder paralelo, (Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial de la Universidad de Valladolid, 2005), 188.

10 Max Weber, *Economía y sociedad*, (México D.F.: Fondo de Cultura Económica, (reedición) 2014).

11 Moisés Naim, *Ilícito*. Como traficantes, contrabandistas y piratas están cambiando el mundo, (Barcelona: Debate, 2006); Bruce Bagley, "Drug Trafficking and Organized Crime in the Americas: Major Trends in the Twenty-First Century", (Woodrow Wilson Center Update on the Americas, 2012).

12 Nicolás María López Calera, *Yo, el Estado*. Bases para una teoría sustancializadora (no sustancialista) del Estado. (Madrid,

1 Wendy Brown, *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*, (Cambridge: Mass, MIT Press, 2015).

2 Amin, Samir, *El capitalismo en la era de la globalización*, (Barcelona: Paidós, 1999), 19.

3 Luigi Ferrajoli, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, (Madrid: Trotta, 2014); Boaventura de Sousa Santos, *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado*, (Madrid: Sequitur, 1999), 10.

4 Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris, Teoría del Derecho y de la Democracia*, (Madrid: Trotta, 2011).

5 Paolo Flores D'Arcais, *Democracia*, (Barcelona: Galaxia Gutenberg/Círculo de Lectores, 2013), 1.

económicos, que "el hombre sea un lobo para el hombre"¹³, es decir, la representación de una política y economías deshumanizadas al servicio de intereses privados que ven a los seres humanos desde una óptica meramente productiva y economicista (mercantilista). El fomento de un capitalismo guiado única y exclusivamente por la búsqueda del beneficio y liberado de las trabas que podían constituir los organismos y normativas reguladoras, la exigencia de responsabilidad a largo plazo y el cumplimiento de las obligaciones para con los ciudadanos.

Innovación que ha auspiciado el que la criminalidad organizada se haya transformado en un soberano difuso. En definitiva, en apariencia estamos gobernados por quien manda políticamente, pero en último término, son los consorcios de intereses económicos privados¹⁴ los que, a su vez, ejercen el control directo sobre el estamento político. La división entre los ámbitos legales e ilegales y la división entre las esferas económica y política tienden a difuminarse en un alarde de puertas giratorias que posibilita que los políticos pasen de las instituciones políticas al desempeño de altos cargos empresariales y viceversa, con solución de continuidad. A su vez, los flujos de capitales han desvelado una economía criminal que discurre soterradamente, emparentada con la economía legal¹⁵. Los dictados de la razón económica sobre la razón moral y política han sabido imponer, como una realidad cruel, el mundo del crimen organizado y de la gran criminalidad económica¹⁶. Son, sin duda, las amenazas actuales a la seguridad mundial y, por tanto, a las actuales democracias¹⁷.

Sorprendentemente, a pesar de todo lo referenciado, económicamente está demostrado que la expansión del crimen organizado no genera riqueza. Antes, al contrario, provoca costes económicos añadidos¹⁸. Conduce a un menor crecimiento económico¹⁹, a una mayor desigualdad²⁰, a un deterioro del medio ambiente²¹, a peores niveles de salud²², de felicidad²³, de bienestar subjetivo²⁴ y deteriora la calidad de la gobernanza económica²⁵, sentándose las bases de un contexto favorable a la puesta en escena de la criminalidad organizada

La falta de control y la quiebra en el equilibrio de poderes favorece e incrementa la corrupción y el abuso de poder, las crisis institucionales, la cooptación de las instituciones democráticas, el secuestro de la voluntad popular, la creciente manipulación desinformativa en la opinión pública y una alarmante restricción de derechos y libertades.

Trotta, 1992, 25).

13 Thomas Hobbes, *Leviatán*, (Alianza, 1973), 160 y ss.

14 Juan-Ramón Capella, *Un fin del mundo. Constitución y democracia en el cambio de época*, (Madrid: Trotta, 2019), 120.

15 Juan-Ramón Capella, *Un fin del mundo. Constitución y democracia en el cambio de época*, (Madrid: Trotta, 2019), 120.

16 Francesco Calderoni, *Criminal Markets and Mafia Proceeds*, (New York: Routledge, 2015).

17 Daniel Sansó-Rubert Pascual, "Crimen organizado y economía ilegal", URVIO, *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, núm. 18, (2016): 125-136.

18 Hans Magnus Enzensberger, *La balada de Al Capone. Mafia y capitalismo*, Madrid: Errata Naturae, 2009.

19 Paolo Mauro, "The Persistence of Corruption and Slow Economic Growth", *IMF staff papers*, 51 (1), (2004): 1-18.

20 Sanjeev Gupta, Hamid Davoodi y Rosa Alonso-Terme, "Does corruption affect income inequality and poverty?", *Economics of Governance*, 3 (1), (2002): 23-45.

21 Heinz Welsch, "Corruption, Growth, and the Environment. A Cross-Country Analysis", *Environment and Development Economics*, 9 (5), (2004): 663-693.

22 Sören Holmberg, Bo Rothstein y Naghmeh Nasiritousi, "Quality of Government. What You Get", *Annual Review of Political Science*, núm. 12, (2009): 135-161.

23 Ruut Veenhoven, "Greater Happiness for a Greater Number", *Journal of Happiness Studies*, (2010): 605-629.

24 Jonh F. Helliwell y Haifang Huang, "How's Your Government? International Evidence Linking Good Government and Well-Being", *British Journal of Political Science*, 38 (4), (2008): 595-619.

25 Jan V. Van Dijk, "Mafia markers: assessing organized crime and its impact upon societies", *Trends in Organized Crime*, núm. 10, (2007): 39-56.

2. La relevancia de la protección del tejido industrial y la libre competencia ante el auge de la economía criminal

Lindblom formuló explícitamente el problema de la relación entre las formas políticas y las formas económicas de los regímenes políticos²⁶, haciendo hincapié en los regímenes democráticos y el capitalismo dominado por las grandes empresas²⁷. Escenario predilecto para el crimen organizado para florecer y expandirse bajo un barniz empresarial²⁸.

Como demuestra la experiencia histórica, no hay nada más nocivo para la salud económica de los sistemas criminales, para su permanencia y su crecimiento, que una situación de libre competencia que introduzca incertidumbre o conflictividad, motivada por la convivencia de múltiples intereses diversos dentro de un mismo territorio o sector comercial. Las condiciones de monopolio conforman el entorno más sobresaliente para maximizar los beneficios y disminuir los riesgos.

Frente a los intentos de penetración de la criminalidad organizada en el sistema empresarial, económico y financiero, tratando de imponer su liderazgo en clave de monopolio, el Estado tiene una responsabilidad inaplazable e ineludible de asegurar su protección. Para ello, se requiere de la construcción de las instituciones públicas requeridas para asegurar el desarrollo de un sector privado fuerte, competitivo, eficiente y estable, amparado por la creación de una infraestructura legal adecuada. Un marco regulatorio que maximice el alcance de la competencia y consolide un sistema de protección de los inversores. Todo ello se refleja en la eficiencia y sustentabilidad del sistema económico.

En esta línea argumentativa, el ordenamiento jurídico debe estar provisto de instrumentos jurídicos de control e investirlos de las facultades punitivas necesarias para que puedan reprimir la competencia desleal bajo cualquiera de sus formas, sea acuerdos para fijar precios, repartirse mercados o abusar de la posición dominante. Pero, además, debe promover la competencia y aplicar políticas que amplíen los mercados. Procurar el principio de igualdad²⁹ de tratamiento y de protección a los empresarios que se dedican a una misma actividad económica o sector, de tal suerte que todos ellos sean jurídicamente iguales ante el mercado.

Para que todo ello resulte efectivo se requiere de una serie de presupuestos constitucionales, tales como la libre determinación de los factores productivos, la libertad de acceso y permanencia de los empresarios en el mercado, el libre juego de la concurrencia y la competencia, la capacidad de autodeterminación y gestión de la empresa, la libertad de apropiación del beneficio empresarial y la libertad de contratación. Elementos que simbolizan la propia idea de la autonomía de la voluntad e, incluso, la esencia de la libre empresa, que la criminalidad organizada conculca. En resumen, garantizar la instauración de la libre competencia y su defensa frente a todo ataque contrario al interés público.

Los textos penales normalmente incluyen previsiones para contrarrestar el empoderamiento improcedente del poder económico a través de la regulación de la competencia económica, leyes sobre fusiones o bien el establecimiento de topes en el ámbito de las fusiones de empresas, o la obligación de leyes liberalizadoras de mercados antimonopolios y oligopolios posibles,

26 Charles Lindblom, *Politics and Markets: The World's Political-Economical Systems*, (London: Basic Books, 1977).

27 Adam Przeworski, *Democracy and the Market. Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1991).

28 James O. Finckenauer, *Mafia y Crimen Organizado. Todo lo que hay que saber sobre la Mafia y las principales redes criminales*, (Barcelona: Ediciones Península, 2010), 138 y ss.

29 Antonio Enrique Pérez Luño, *Dimensiones de la igualdad*, (Dykinson, 2006), 16; Francisco Laporta, *El principio de igualdad: introducción a su análisis en Sistema*, núm. 67, (1985): 3-31; Rafael Enrique Aguilera Portales, "La igualdad como valor normativo, axiológico y político fundamental"; Ángela Figueruelo Burrieza, *Igualdad ¿para qué?*, (Granada: Comares, 2007), 15-49.

por citar algún ejemplo. En consecuencia, la competencia se proclama constitucionalmente como principio rector de toda economía de mercado y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en la que se manifiesta la libertad de empresa, ambas constitucionalmente amparadas³⁰, reflejo de la igualdad ante la ley.

No se puede perder de vista que el Estado social y democrático de derecho con una economía social de mercado protege, por supuesto, la competencia entre empresas, pero, al mismo tiempo, protege también o debe proteger al consumidor. La criminalidad organizada, a través de sus actividades y la persistencia en la consecución de sus objetivos, quiebra el pluralismo propio de las democracias y la neutralidad del Estado de derecho, que exige la eliminación de toda referencia a cualesquiera valores o intereses dominantes de contenido sustantivo en la formulación de las reglas del juego democrático. Lo cual es diametralmente opuesto a la intencionalidad de dominación y de imposición de la satisfacción de intereses privados a costa de la desigualdad, que caracteriza la esencia de la criminalidad organizada. Esta exigencia, se considera democráticamente indispensable, pues constituye la garantía de igual tratamiento para los ciudadanos. Por tanto, la voracidad de poder del crimen organizado perturba el normal funcionamiento de la economía.

3. El éxito de la economía criminal

La capacidad de las organizaciones criminales para operar simultáneamente en los mercados, tanto lícitos como ilícitos, con el objetivo de imponer su control sobre estos, va en aumento. Para ello, recurren a diversas estrategias orientadas a la cooptación del legislador, así como de empresas, mercados o sectores productivos, a efectos de imponer su dominio a los operadores mediante el uso combinado de la violencia y la corrupción.

La infiltración de las organizaciones criminales en los mercados lícitos bajo un barniz empresarial ha sido posible, por un lado, gracias a la adaptación de sus estructuras a las características de la organización empresarial, en tanto que han sido estas las que mejor se han adecuado al funcionamiento de un mundo mercantil globalizado. Por otro lado, a la exitosa estrategia implementada del *business angel* que les ha permitido introducir en el tejido empresarial, financiero y bancario en calidad de socios capitalistas, ingentes cantidades de dinero obtenido de sus actividades ilícitas. Incorporación llevada a cabo con el beneplácito de una clase empresarial en gran medida cómplice (burguesía criminal) y unas autoridades laxas que han descuidado su responsabilidad obviando el ejercicio de las labores de control, al tiempo que han impulsado, consciente o inconscientemente, iniciativas de desregulación. Todo ello enmarcado en la tendencia global a la liberalización económica, responsable de la reducción del Estado, la desregulación de la banca y el comercio internacional y la privatización de empresas públicas³¹. Esquema, que favorece el crecimiento y la internacionalización de prácticas ilícitas.

Básicamente, operan simultáneamente en los mercados legales y criminales. Afirmación que obliga a circunscribir adecuadamente el concepto de mercado criminal, lo cual resulta muy complejo. Las acepciones más comunes son las que lo definen como un conjunto de tipos delictivos o categorías criminales que se configuran en torno a la economía de los bienes o servicios ilegales o bien en torno a lo que Sánchez García de Paz³² denomina "control ilegal de los sectores económicos". Desde un punto de vista puramente semántico, puede criticarse que se utilice el adjetivo "criminal" tras el sustantivo "mercado", como si el mercado ilícito fuera una

³⁰ Francisco Rubio Llorente, "La libertad de empresa en la Constitución", en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, coordinación de Juan Luis Iglesias Prada, (Madrid: Civitas, vol. 1, 1996), 431-446.

³¹ José Eduardo Faria, El Derecho en la economía globalizada, (Madrid: Trotta, 2001).

³² Isabel Sánchez García De Paz, La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales, (Madrid: Dyckinson, 2005), 45.

clase más de mercado, con la carga simbólica implícita de legitimación, aunque sea tácita, de las actividades delictivas que lo constituyen. Además, también es criticable que se denomine mercado criminal a algunas actividades delictivas que no responden a un modelo criminal de oferta y demanda, como por ejemplo, los robos, las estafas o los delitos contra las personas, que rara vez se configuran como el resultado de una demanda de productos ilegales que es abastecida por un proveedor mediante la comisión de delitos³³.

Además, las organizaciones pueden variar su dedicación a un tipo u otro de actividad, con independencia de su legalidad o ilicitud, en función de sus necesidades o de las oportunidades de negocio (multiactividad). Esta tendencia delictiva a entremezclar simultáneamente actividades mercantiles y comerciales legales e ilegales dificulta sobremanera la identificación de su naturaleza y su seguimiento.

Actualmente, existe un consenso casi generalizado sobre las vinculaciones existentes entre una economía caracterizada por abundantes nichos de informalidad económica y la aparición de manifestaciones de criminalidad organizada. Lo que inicialmente se identifica como una economía laxa en cuanto a la formalidad de los controles y que, en mayor o menor medida, consiente determinados niveles de economía informal básicamente asociada a la subsistencia y cuyo impacto, en términos de ilicitud, refleja una peligrosidad social de bajo perfil, puede derivar en supuestos de economía ilegal de alto impacto auspiciadas por manifestaciones de criminalidad organizada.

Generalmente, conductas asociadas al contrabando que representan incumplimiento de legislación administrativa (no penal) por evasión de impuestos, o fraude fiscal a pequeña escala (la no emisión de factura para no declarar impuestos por pequeñas compras o prestación de servicios, retribuir pequeños trabajos sin el correspondiente pago a la seguridad social o sin efectuar los trámites pertinentes de contratación, muy usual en el ámbito del trabajo doméstico o en prestaciones laborales esporádicas de carácter informal), quedan inmersos dentro de la cotidianidad social. Sin lugar a duda, no es el comportamiento más deseable en términos del saneamiento de una economía, pero tampoco puede hablarse en estos supuestos de una economía ilegal, que lo es, en términos de criminalidad organizada.

La problemática reside en que, al albur de este ecosistema de economía informal, la criminalidad organizada encuentra un espacio en el que insertarse y operar cómodamente, generando una situación, ahora sí, de elevado riesgo, en términos macro y microeconómicos, para la economía y el Estado. Allí donde existían unos comportamientos económicos asociados a la subsistencia, ciertamente tolerable en mayor o menor medida por la Administración, la criminalidad organizada los transforma en una economía ilegal elevándolo a niveles de tipo industrial o empresarial, como por ejemplo, la explotación laboral de mujeres y niños en la industria textil, del calzado o de los complementos/accesorios, mediante la prestación de trabajo en condiciones inhumanas, de flagrante insalubridad y de conculcación de las más básicas normas y derechos laborales, a cambios de salarios paupérrimos.

Para alcanzar este nivel de desarrollo se requiere, tan solo, de la existencia del presupuesto de partida –la existencia de economías informales–, sumado a la permisividad social anclada en la costumbre al respecto de la Administración en el ejercicio de su labor de fiscalización y control. Terreno abonado para que la criminalidad organizada se asiente y eleve las oportunidades brindadas por la informalidad económica a expresiones de economía ilícita exponencialmente dañina en términos socioeconómicos, gubernamentales y, a la postre, respecto de la seguridad del Estado.

³³ Pino Arlacchi, "Some Observations on Illegal Markets". En The New European Criminology: Crime and Social Order in Europe, edición de Vincenzo Ruggiero (London: Routledge, 1998); Tom Vander Beken, "Risky Business: A Risk-based Methodology to Measure Organized Crime", Crime, Law and Social Change, vol. 41, núm. 5, (2004): 471-516; Pino Arlacchi, Mafia business. Mafia ethic and the spirit of capitalism, (Londres: Verso, 1986).

El crimen organizado transforma la informalidad económica en diferentes modalidades organizadas de economía ilegal que explota convenientemente con determinación a lograr su consolidación y expansión. De ahí que las economías ilícitas, de tipo informal, representan una preocupación en términos de seguridad, con independencia de su relevancia en términos de supervisión de la Hacienda Pública, al suponer una ventana de oportunidad para el desarrollo de actividades de delincuencia organizada.

A su vez, la realidad cotidiana plantea la siguiente paradoja: desde los sectores legales de la economía se alienta un Estado no intervencionista en tanto que, para supervisar los sectores ilegales, se promueven políticas diametralmente opuestas, nitidamente intervencionistas. En consecuencia, el hecho de que las economías legales e ilegales estén en mayor o menor medida entretejidas dificulta sobremanera la adopción de respuestas.

El desarrollo por parte de la delincuencia organizada de una interacción corruptora con los sectores legítimos del poder le permite, además, amasar recursos, capitales, información y conocimiento empresarial, hasta lograr que los sectores políticos y económicos se hagan dependientes de los monopolios y redes delictuales³⁴. Por consiguiente, toda medida adoptada para limitar los efectos de la corrupción es el primer paso para constreñir la capacidad expansiva de la economía criminal. Las Administraciones Públicas, junto con otras profesiones como la abogacía, los economistas, las asesorías contables y financieras, la banca, las entidades de inversión, entre otras, en connivencia con las organizaciones criminales, desempeñan una función facilitadora para imbricar la faceta ilícita de la economía en su vertiente legal. Bien de forma directa, como parte integrante de la estructura criminal, bien simplemente, haciendo dejación intencionada de sus labores de control y fiscalización.

De igual forma, la protección del sector empresarial resulta igualmente crucial. La penetración de la delincuencia organizada en el tejido empresarial representa una amenaza al desarrollo industrial de un país. La criminalidad organizada encuentra en este sector productivo un nicho de protección de sus actividades ilícitas empleando empresas para ocultar su origen ilegal, incluyendo el blanqueo de activos, pero también la creación de empresas o la cooptación de empresas ya existentes, o incluso la contaminación empresarial sin el conocimiento de sus propietarios, a través de conspiraciones internas con parte de su personal para, por ejemplo, contaminar cargamentos de productos lícitos con tráficicos ilícitos.

De igual forma, el componente empresarial puede aportar a las organizaciones criminales soporte logístico para la distribución de su mercancía, como por ejemplo, a través de la disposición de empresas de transportes con una flota legal de vehículos a su disposición y unas rutas establecidas de transporte que podrían camuflar sus envíos y distribución bajo una apariencia absolutamente legal.

En esta misma línea, el recurso al enmascaramiento legal vía empresarial permite al crimen organizado operar desde la apariencia de la sujeción al derecho, pero empleando metodologías criminales. Esto es, crear una empresa, por ejemplo, de gestión de residuos altamente contaminantes y desempeñar sus funciones con normalidad hasta llegar al paso clave del reciclaje del residuo, momento en el que se producen vertidos ilegales altamente contaminantes. O en otros supuestos de empresas de prestación de servicios o venta de materiales, obligar a otras empresas u operadores comerciales, mediante amenaza y comportamientos extorsivos, a adoptar a estas empresas como proveedores exclusivos a precios desorbitados que no se ajustan a los mercados competitivos existentes en el sector que corresponda.

Preocupa especialmente, cuando se materializa la cooptación y captura criminal del sistema empresarial con la consiguiente pérdida de su autonomía e independencia, quedando el sistema al servicio de los intereses de los entramados criminales. Así, se manifiesta claramente, cuando

la criminalidad organizada influye en la formulación de leyes, normas, decretos, regulaciones y políticas públicas, en la búsqueda de favorecer sus propios intereses egoístas y en detrimento del bienestar general.

No se trata de una mera situación del recurso a la corrupción, sino de un estado avanzado de penetración criminal en la propia estructura económica, financiera y empresarial del Estado. Dentro de lo extraordinario del supuesto, lo más habitual, como sugiere Buscaglia, es que se reproduzcan episodios de captura³⁵ habitualmente en los niveles regionales y locales, permitiendo ejercer el control de sus respectivas agendas económicas.

Aunque se pueden diferenciar varios escenarios de captura, prevalece la estrategia de extraer "rentas del Estado para el beneficio de individuos privados, firmas o sectores mediante la distorsión del marco legal y regulatorio"³⁶. La variabilidad de supuestos es ingente: desde impedir que sus rivales accedan a un determinado mercado para preservar así el monopolio o el liderazgo del mismo, pasando por disponer de una tecnología única prácticamente en exclusiva, amparados por la concesión de patentes desmedidas, hasta concesiones fraudulentas de obras públicas, facilidades para el acceso a recursos de forma privativa en detrimento de otros, operar en un marco regulatorio proclive a satisfacer los intereses organizacionales o disfrutar de una relación privilegiada con las élites políticas, económicas, burocráticas y/o sociales, alimentadas vía corrupción.

Explotar las oportunidades de negocio que pueden derivarse de la depredación de recursos públicos (la obtención fraudulenta de concesiones y contratos públicos, así como de subvenciones de todo tipo) y procediendo a vender empleos (colocación de personas en determinados puestos haciendo uso de su influencia), sustraer fondos públicos, emplear infraestructuras públicas para la prestación de servicios privados³⁷. En definitiva, poner el aparato productivo público o privado, al servicio de la organización criminal. El escenario crítico se manifiesta cuando resulta prácticamente imposible diferenciar dónde empieza y dónde acaba la estructura criminal y la estructura empresarial.

Todas ellas, estrategias conducentes al empleo fraudulento del sector empresarial que ha supuesto para muchos países la fuga de capitales, el descenso de la inversión nacional y extranjera, y el que parte de su sector empresarial haya decidido reubicarse fuera del país en busca de localizaciones donde la economía ilícita sea objeto de un mayor control. Por ello, insistir en la relevancia de la protección del tejido industrial y empresarial con toda la contundencia de la que disponga el Estado no es, ni más ni menos, que una cuestión de seguridad nacional, para evitar el desmantelamiento de uno de los principales motores de desarrollo de un país: su industria. Debe preocupar por igual, la concepción de muchos operadores económicos para los que el crimen organizado transnacional no es más que la continuación de los negocios por medios ilícitos³⁸.

Esta imagen refuerza la idea de que la criminalidad organizada fructifica explotando las ventanas de oportunidad económicas abiertas, no solo en los países más desfavorecidos del planeta, prosperando en un estado de caos y conflicto constante –o que Moisés Naím identifica en su libro *Ilícito*, como "agujeros negros geopolíticos"³⁹–, sino que, por igual, accede al primer mundo

³⁵ Jean Jacques Laffont y Jean Tirole, "The Politics of Government Decision-Making: A Theory of Regulatory Regulatory Capture", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 106, núm. 4, (1991): 1089-1127; George J. Stigler, "The Theory of Economic Regulation", *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, núm. 1, (1971): 3-21.

³⁶ World Bank, *Anticorruption in Transition: A Contribution to the Policy Debate*, (Washington D.C.: World Bank, 2000), 15.

³⁷ Francesco Forgione, *Ndrangheta. La mafia menos conocida y más peligrosa del planeta*, (Barcelona: Ediciones Destino, Colección Imago Mundi, núm. 155, 2009), 16.

³⁸ Luigi Foffani, "Criminalidad organizada y criminalidad económica", *Revista Penal*, 7, (2001): 55-56.

³⁹ Naím, "Ilícito. Como traficantes, contrabandistas", 221-250.

³⁴ Perfecto Andrés Ibáñez (Ed.), *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*, (Madrid: Trotta, 1996), 10.

en busca de escenarios y mercados estables en los que implantarse y desarrollar sus actividades lucrativas. Por ello, cualquier estrategia preventiva, sin lugar a duda, resulta la herramienta más eficaz para contrarrestar la economía delictiva. Atajarla antes de que fructifique, habida cuenta del daño y costes que implica para los Estados en términos no solo económicos, sino políticos, sociales, financieros, mercantiles y a nivel empresarial, principalmente.

En conjunto, las repercusiones de la inmersión del crimen organizado en el ámbito de la economía son inflación, una distribución ineficiente de rentas, la disolución del libre mercado y la regulación económica estatal, pérdidas substanciales de productividad, una visión utilitarista de la inversión contraproducente con el crecimiento económico prolongado y, en ocasiones, sobrevaluación monetaria. En lo que se refiere al sistema financiero en particular, la volatilidad de los capitales en manos de los grupos criminales dificulta las acciones correctas en materia de política económica y provoca inestabilidad en las instituciones bancarias y en el mercado del dinero en general, lo cual puede desembocar en una crisis económica profunda. En definitiva, el crimen organizado induce a desequilibrios económicos y largos periodos de recesión, perjudicando gravemente la competitividad internacional.

Necesariamente, debe hacerse hincapié en que la peligrosidad de este tipo de organizaciones delictivas radica especialmente en el reciclaje o blanqueo de las ganancias del delito⁴⁰, calificado como "la matriz del crimen global"⁴¹, en tanto les confiere la capacidad de perturbar la organización económica y política de un Estado. La inyección de las ingentes ganancias obtenidas ilícitamente en el mercado financiero legal alteran la libre competencia, en cuanto han sido logradas sin someterse a las reglas legales que constriñen a los demás competidores. La economía de mercado se basa en el principio de la libre competencia, en la confianza en que todos están sometidos por igual a las normas legales reguladoras del mercado. Este equilibrio quiebra en el momento en el que uno de los competidores dispone de un inagotable capital de origen ilícito. Todo ello en base a que los costes de los recursos conseguidos de forma delictiva son notablemente inferiores, respecto de los derivados para la obtención de fondos lícitos.

Y desde la perspectiva política, la obtención de ingentes cantidades de beneficios dota a las estructuras criminales de un poder económico que, bajo la faz de empresarios de éxito, les permite el acceso directo a las esferas del poder político, siempre ávido de financiación. La confluencia del poder económico y del poder político, o al menos del acceso al mismo, representa una potencial amenaza⁴² dada las capacidades de intervención e injerencia que confiere, llegado el caso, a la criminalidad organizada.

4. A modo de conclusión: el desafío del empoderamiento económico criminal

Independientemente del carácter polisémico del término globalización que la doctrina se ocupa de examinar⁴³, baste reseñar que este nuevo fenómeno ha supuesto la instauración de un novedoso marco que trasciende por completo el ámbito estatal, en el que habían venido desarrollándose hasta el momento los procesos políticos y la actividad de los poderes públicos. Así, el Estado juega un papel que difiere sustancialmente del que venía desempeñando. Los márgenes de maniobra a nivel estatal son cada vez menores. Circunstancia que se pone de

⁴⁰ Donato Masciandaro y Alessandro Pansa, *La farina del diavolo*, (Milán: Baldini Castoldi, 2000).

⁴¹ Isidoro Blanco Cordero, *El delito de blanqueo de capitales*, (Madrid: Elcano (2ª ed.), 2002).

⁴² Susan Strange, *La retirada del Estado: la difusión del poder en la economía mundial*, (Barcelona: Icaria, 2003).

⁴³ Manuel Castells, *La era de la información: economía, sociedad y cultura*. Vol. I: *La Sociedad Red*, (México: Siglo XXI Editores, 2006), 118; Manuel Castells, *La era de la información: economía, sociedad y cultura*. Vol. III: *Fin del Milenio*, (México: Siglo XXI Editores, 2006), 214; Raúl Zaffaroni, *Globalización y crimen organizado. Voces para la libertad. Reflexiones sobre la represión*, (Guadalajara: Universidad Autónoma Metropolitana, 2007), 263.

manifiesto especialmente en terreno económico y social, en el que las relaciones Estado-Mercado sobre la base de la intervención reguladora de los poderes públicos, han sufrido una transformación radical.

Varias han sido las transformaciones sufridas en los procesos, primero de mundialización y, después, de globalización. Y no todas han resultado ser positivas⁴⁴. Münkler, acertadamente logró diferenciar con prontitud la globalización de los mercados como fenómeno positivo para el desarrollo de lo que denominó la "globalización en la sombra"⁴⁵. Circunscribiéndonos al cúmulo de transformaciones negativas, estas han propiciado el surgimiento de no pocas amenazas a la seguridad⁴⁶.

Sin duda, uno de los principales peligros a los que se enfrenta la democracia es su exposición a la erosión bajo la presión del mercado y de la desviación globalizada de este⁴⁷, siendo el crimen organizado uno de sus máximos exponentes⁴⁸. En el apogeo de la globalización, el poder económico amasado por la delincuencia organizada equipara de facto a las grandes estructuras criminales con muchos Estados⁴⁹. A la pérdida del monopolio de la violencia, cabe sumar la pérdida del liderazgo e independencia política en beneficio de los poderes económicos.

La liberalización económica ha procurado novedosas expectativas para los que están involucrados en mercados penalizados. Algunas de las mismas iniciativas diseñadas para estimular y facilitar el intercambio económico legal (liberalización comercial y financiera, privatización, desregularización del transporte) benefician el intercambio económico ilegal y que, en muchas regiones del mundo, la economía criminalizada constituya una fuente decisiva, tanto de ingresos como de empleo (economías criminales altamente competitivas, como acontece en China respecto de la falsificación de marcas). Con esto no se está sugiriendo que la globalización, en su vertiente económica, sea la causa fundamental de la delincuencia organizada transnacional, pero sí representa una variable trascendental para explicar su proliferación.

En conjunto, las repercusiones de la inmersión del crimen organizado en el ámbito de la economía son inflación, una distribución ineficiente de rentas, la disolución del libre mercado y la regulación económica estatal, pérdidas substanciales de productividad, una visión utilitarista de la inversión contraproducente con el crecimiento económico prolongado y, en ocasiones, sobrevaluación monetaria. En lo que se refiere al sistema financiero en particular, la volatilidad de los capitales en manos de los grupos criminales dificulta las acciones correctas en materia de política económica y provoca inestabilidad en las instituciones bancarias y en el mercado del dinero en general, lo cual puede desembocar en una crisis económica profunda.

La génesis de la crisis apunta, entre otros motivos, a la degeneración de la dimensión política de la democracia⁵⁰. Ya no son los gobiernos y los parlamentos democráticamente elegidos los

⁴⁴ Nils Gilman y Jesse Goldhammer, *Deviant globalization*, (Bloomsbury: 3PL, 2011); Michael Miklaucic; Jacqueline Brewer y Gary Barnabo (Eds.), *Convergence. Illicit Networks and National Security in Age of Globalization*, (Washington, D.C.: National Defense University Press, 2013), XIV-XV y 3-14.

⁴⁵ Herfried Münkler, *Viejas y nuevas guerras. Asimetría y privatización de la violencia*, (Madrid: Siglo XXI Editores, 2005), 13.

⁴⁶ Los paradigmas que analizan el crimen organizado en el mundo actual invitan a dejar de verlo como una anomalía o una patología y a considerarlo como un reflejo de lo que Gayraud denomina "el lado oscuro de la globalización". Jean François Gayraud, *El Gg de las mafias en el mundo. Geopolítica del crimen organizado*, (Barcelona: Urano, colección Tendencias, 2007), X y ss.

⁴⁷ Susan Strange, *The Retreat of the State. The Diffusion of Power in the World- Economy*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1996); Ann Arbor, *Mad Money When Markets Outgrow Governments*, (Michigan: The University of Michigan Press, 1998).

⁴⁸ Stephen Handelman, *Comrade Criminal. Russia's New Mafiya*, (New Haven: Yale University Press, 1995), 257.

⁴⁹ Jorge Giraldo Ramirez, *Economía criminal y poder político*, (Medellín: Centro de Análisis Político- Universidad EAFIT, 2013).

⁵⁰ Sobre la crisis del Estado de derecho en el capitalismo maduro consultar, Luigi Ferrajoli y Danilo Zolo, *Democracia autoritaria y capitalismo maduro*, (Barcelona: Ediciones 2001, 1980); Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, (Madrid: Trotta, 2013); Francis Fukuyama, *Orden y decadencia de la política. Desde la Revolución Industrial hasta la globalización de la democracia*, (Barcelona: Ediciones Deusto, 2016), 681; Pablo Simón, *El Príncipe moderno. Democracia, política y poder*, (Barcelona:

que dominan la economía en función de la satisfacción del interés general, sino que son los mercados lo que imponen a los Estados políticas antidemocráticas y antisociales para favorecer unos intereses privados que buscan la optimización de los beneficios gracias a la especulación financiera y a la rapiña de los bienes públicos, comunes y vitales. El problema es que la política está sucumbiendo a la economía y, por lo tanto, la economía criminal está subvirtiendo la democracia, posibilitando que los abundantes dividendos obtenidos de las prácticas delictivas favorezcan a las estructuras criminales el acceso a la política y a los políticos, logrando influenciar a los poderes públicos e institucionales del Estado e, incluso, al propio ejercicio del poder, a través de la captura del Estado y la toma de control de la agenda política. Si la soberanía política no prevalece sobre el mandato del capital privado, la política quedará sometida irremediabilmente al albur de aquellos que ostenten y monopolicen el poder económico, con independencia de quién se trate y de cuáles sean sus intenciones.

El contexto descrito favorece la interrelación entre políticos, empresarios y profesionales liberales y autónomos que, operando en el ámbito de la legalidad, en muchas ocasiones haciendo uso de estrategias y medios ilegales desempeñan una multitud de labores beneficiosas para todos los implicados. Se transforman en cooperadores necesarios para el fortalecimiento y despliegue del poder criminal⁵¹ y conforman una burguesía criminal⁵² representativa de los intereses económicos de las principales élites. Minoría en la que se concentra la acumulación del poder formal e informal. Y el poder, produce más poder y el poder se transforma en dinero y el dinero abre las puertas de las relaciones sociales al más alto nivel y, a su vez, las relaciones de alto nivel se transforman en acceso a más poder y más dinero, conformando un círculo de retroalimentación cíclica de acumulación de recursos que se auto refuerza⁵³ en detrimento del Estado de derecho.

Como escribiera Montesquieu, "todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentre límites"⁵⁴. Y en supuesto del crimen organizado en connivencia con las élites, incluso más allá, transgrediéndolos. Resultado: la gestación de una zona gris entendida como un espacio ambiguo situado en las áreas colindantes del derecho y la ausencia del mismo o su inaplicación arbitraria⁵⁵, en el que los límites normativos tienden a diluirse interesadamente. Alude a una serie de dinámicas relacionales por medio de las cuales diferentes actores utilizan en su propio beneficio las lagunas e indefiniciones que presenta el ordenamiento jurídico para lograr así la consecución de unos determinados fines, generalmente económicos.

El uso del referido término no es exclusivo de este ámbito y se encuentra muy extendido en otros campos para referirse a las situaciones en las que se constata la existencia de una realidad

Debate, 2018), 36.

51 A modo de ejemplo, como expresan Tablante y Tarre, en Venezuela se ha ido constituyendo un Estado delincuente más poderosos que el Estado constitucional, que el Estado legal. Cualquier transacción con entidades gubernamentales puede ser contaminada con el componente de la corrupción. Debido a la ausencia de controles y el predominio de la anarquía y la impunidad, la delincuencia organizada ha ido carcomiendo las instituciones estatales, las ha debilitado, generando el Estado delincuente. La red de corrupción que sustenta a este Estado delictivo, ha asumido el control de varias áreas, pero en especial, el de las finanzas públicas, las cuales ha privatizado por la vía de la corrupción. Pseudoempresarios enriquecidos durante el actual gobierno –denominados también boliburgueses– hacen negocios con el dinero público, en alianza con funcionarios públicos corruptos cómplices, privatizando la riqueza de todos, del Estado, para su lucro personal. El descarado que caracteriza a estos grupos de delincuencia organizada, fortalecidos por la impunidad reinante, llega a tales extremos que, inclusive cuando registran pérdidas debido a sus malos negocios, pretenden "socializarlas" para que sean pagadas con recursos y dinero público. Carlos Tablante y Marcos Tarre, Estado delincuente. Cómo actúa la delincuencia organizada en Venezuela. (Caracas: Cyngular Asesoría 357, 3ª edición, 2015), 162.

52 Concepto extraído de Roberto Saviano, Cero Cero Cero. Cómo la cocaína gobierna el mundo, (Barcelona: Anagrama, 2014), 51.

53 Livio Pepino y Alessandra Dino, "Il metodo mafioso: dalle mafie tradizionali ai sistemi criminali", Sistemi criminale e método mafioso, (Milán: Franco Angeli, 2008).

54 Charles Montesquieu, Del espíritu de las leyes, (Madrid: Tecnos, 1993).

55 V. Allan Rossas y Theodor Meron, "Combatting lawlessness in grey zone conflicts through minimum humanitarian standards", American Journal of International Law, vol. 89, núm. 2, (1995): 215.

de difícil catalogación⁵⁶. En el mundo del derecho, el concepto de zona gris se ha empleado también de forma profusa, haciendo referencia generalmente a aquellos espacios en los que la aplicación de la norma no resulta clara y evidente. Ámbito opaco que favorece la mezcla de intereses, un "cierto maridaje", como dicen Tablante y Tarre cuando plantean la existencia de un Estado delincuente que, a partir de lo económico, rompe cualquier diferencia en el campo de lo político e ideológico para facilitar el cruce de negocios lícitos e ilícitos. Se forma así un andamiaje de corrupción donde las discrepancias se licúan con cierta facilidad. No hay diferenciación, no hay ideologías, solo el interés por la fructificación de los negocios y el afán de enriquecimiento⁵⁷.

Concretamente, esta área gris se identifica como el punto de intersección entre el mundo legal (*upperworld*) y el de lo ilegal (*underworld*)⁵⁸, crucial por favorecer la confusión interesada entre ambos.

En efecto, la búsqueda intencionada de la cobertura de la ambigüedad en lo relativo a los fines pretendidos y las medidas emprendidas para su consecución, dificulta ostensiblemente cualquier posible respuesta, en muchas ocasiones, anulándola. Matissek lo describe como una forma nebulosa de actuación que, sin vulnerar explícitamente el sistema legal vigente, trata de obtener un beneficio amparándose en la indeterminación⁵⁹.

Con esta forma de proceder se pretende eludir el cumplimiento de las expectativas ordinarias que se derivarían de la interpretación razonable y de conformidad con la buena fe del derecho y los principios legales. Y todo ello, a través de una serie de medidas entre las que se encuentra principalmente la instrumentalización de las posibles debilidades o lagunas que puedan hallarse en los marcos normativos existentes, sin descartar el recurso al incumplimiento frontal de alguna norma. Todo esto sumado a la previsibilidad de la respuesta institucional, desde la convicción de que esta no va a desviarse del marco legal vigente circunscribiéndose al escrupuloso respeto del contexto normativo establecido. Lo cual, opera como una clara desventaja estratégica en aras a desarticular las manifestaciones criminales organizadas.

Pero ¿a qué élites se hace referencia? En términos generales, la literatura sobre élites ofrece una visión restringida sobre su configuración real. Tradicionalmente, se enfoca en los niveles políticos y económicos⁶⁰, especialmente, alrededor de los nexos entre el Estado y los mercados lícitos. Sin embargo, para una comprensión global se requiere tener en consideración otras variables determinantes como acontece con la criminalidad organizada, a través de sus correspondientes élites que han logrado un ingente poder económico a través de sus actividades económicas que contribuyen a sostener mercados ilícitos, igual o más prolíficos que sus homólogos legales. Acceso a un poder económico que ha coadyuvado a favorecer su acceso a las más altas esferas del poder político, produciéndose una perniciosa indiferenciación que obedece a una elaborada estrategia criminal que satisface, a través de su inmersión en la política, sus expectativas de disfrutar libremente de privilegios y de las ganancias obtenidas –eximido el cumplimiento de cualquier responsabilidad derivada– y, sobre todo, perpetuarse en el poder⁶¹. Aspiración, esta

56 Josep Baqués, "Hacia una definición del concepto Gray Zone", Documento de Investigación 2/2017, Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2017. Accesible en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_investig/2017/DIEEINV02-2017_Concepto_GaryZone_JosepBaques.pdf. Última consulta el 15 de abril de 2021.

57 Carlos Tablante y Marcos Tarre, "Estado delincuente. Cómo actúa la delincuencia ...", 33 y ss.

58 Petrus, van Duyne, Klaus von Lampe y Nikos Passas (Eds.), Upperworld and Underworld in Cross-border Crime, (The Netherlands: Published by Wolf Legal Publishers (WLP), 2002).

59 Jahara W. Matissek, "Shades of Gray Deterrence: Issues of Fighting in the Gray Zone", Journal of Strategic Security 10, núm. 3, (2017): 1-26.

60 Eduarne Uriarte, "El análisis de las élites políticas en las democracias", Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), núm. 97, (1997): 249-275.

61 Rocco Sciarrone, "Mafia e potere: processi di legittimazione e costruzione del consenso", Stato e Mercato, núm. 78, (2006): 393-397; Goran Therborn, "Cómo identificar a la clase dominante. Definición del carácter de clase del poder del Estado," en ¿Cómo domina la clase dominante? Aparatos del estado y poder estatal en el feudalismo, el capitalismo y el socialismo, (México: Siglo XXI,

última, de por sí, diametralmente opuesta al principio de alternancia política y limitaciones al ejercicio del poder, propias de todo sistema democrático que se precie⁶².

De ahí la relevancia de las estrategias criminales de cooptación e infiltración multinivel de las más altas instituciones públicas del Estado, del legislador, del sector empresarial o de pilares gubernativos como las fuerzas armadas o la Fiscalía. Lo medular es que esta minoría poderosa al frente de las más altas instituciones representativas de los poderes políticos, sociales, burocráticos, económicos y criminales se encuentra interconectada entre sí, lo que se traduce en que las decisiones que se toman en uno de esos dominios repercuten en los otros⁶³.

En concreto, las élites criminales provenientes de las cúpulas y máximos liderazgos de las estructuras delictivas persiguen, de una parte, el reconocimiento social y la legitimidad, que les confiera el beneplácito social para abandonar la etiqueta de delincuente por una renovada identificación de hombres de negocios con éxito⁶⁴. Una vez alcanzada esta, el siguiente objetivo es el de su reconocimiento como ostentadores de un poder legítimo o, al menos, de estar en predisposición de concurrir a él. Es la forma de subsanar un poder criminalmente obtenido en origen y transformarlo en legítimo a todos los efectos, incluso a través de procesos electivos contaminados para conferirle el estatus de legal. Al igual que sucede con el dinero obtenido de las actividades y mercados ilegales, el poder criminal necesita igualmente ser blanqueado para su plena aceptación social, es decir, enmascarar el dominio criminal bajo un barniz de legitimidad. Para lograrlo, debe tener éxito en el ardid de engañar al sistema democrático constitucional y a sus responsables, eludiendo sus exigencias y controles.

La evidencia empírica, a través del estudio de casos por todo el mundo⁶⁵, refuerza el discurso sobre la existencia de diversas élites, así como de facciones dentro de las mismas, en pugna con los poderes económicos, políticos e institucionales para lograr aunar bajo un mismo liderazgo, los poderes fácticos con los poderes institucionales y ejercerlos a perpetuidad. Desde luego, hay una cierta mezcla entre estos grupos; una consecuencia inevitable de vivir en sociedades complejas, en las cuales hay movilidad social y política y, en menor medida, económica. Sin embargo, es fundamental establecer distinciones entre las influencias que cada uno de los grupos ostenta y puede llegar a alcanzar, para que podamos entender mejor dónde, por qué y cómo el crimen organizado se cruza con estas élites y atajar cualquier intento tempranamente.

En este sentido, comprender las intersecciones del crimen organizado con las élites puede ayudar a entender la base sobre la cual este fenómeno criminal surge, se desarrolla y sobrevive. Como se reseñó en las páginas anteriores, los intereses de las élites son diversos y la disputa y permanencia en el poder les permite promover estos intereses de varias formas. Esto incluye mantener y aprovechar Estados débiles para posicionar los intereses de grupos del crimen organizado mediante la afiliación con esos grupos y el sabotaje de reformas estatales que podrían

2016), 171-193.

62 Saverino Lodato y Roberto Scarpinato, *Il ritorno del Principe. Criminalità, Corruzione, Mafia: Il potere in Italia*, (Milano: Saggistica TEA, 2012); Robert Dahl, *Who Govern?*, (New Haven: Yale University Press, 1961).

63 El escándalo de la empresa Tokyo Sagawa Kyubin supuso que se destapasen las relaciones entre la banca, el Partido Liberal Demócrata y los yakusa en Japón. Los dos presidentes de las famosas empresas Nomura y Nikko dimitieron al hacerse público como la yakusa, concretamente la organización Inagawa-kai, contribuyó a que Takeshita se convirtiera en primer ministro. La opinión pública indignada, reaccionó recurriendo al voto de castigo en las elecciones de 1993 y el Partido Liberal Democrático perdió por primera vez las elecciones en treinta y ocho años. Jérôme Pierrat y Alexandre Sargos, *Yakusa. Una investigación sobre la mafia japonesa*, (Barcelona: Editorial Océano, 2007), 114-115.

64 José Vidal-Beneyto, *La corrupción de la democracia*, (Madrid: Catarata, 2010).

65 Consultar, a modo de ejemplo, el interesante estudio llevado a cabo por InSightCrime para toda América Latina sobre *Élites y Crimen Organizado*. Proyecto financiado por el Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo de Canadá (IDRC), en el cual se investigan las dinámicas instauradas entre el crimen organizado y las élites en cuatro países: Honduras, Guatemala, Nicaragua y Colombia. Accesible en <https://es.insightcrime.org/investigaciones/elites-y-crimen-organizado-introduccion/> Última fecha de consulta, 15 de abril de 2021.

limitar la penetración de los intereses criminales en el Estado⁶⁶.

Por lo tanto, la competencia desleal y los controles informales del sector dirigen a la destrucción del tejido empresarial y la desprotección del consumidor y al Estado. Con lo analizado se busca reflexionar y establecer una composición de toda la interrelación y el nudo gordiano que se presenta con lo que supone la inmersión del crimen organizado en el sector empresarial.

La denominada por Loretta Napoleoni como "economía canalla"⁶⁷, parece haberse impuesto, en mayor o menor medida, en todos los rincones del mundo⁶⁸. Frente a estos desmanes de la economía capitalista no existen otras alternativas más que el derecho y la garantía de los derechos, para tratar de salvaguardar a las personas de los poderes predadores económicos en los que la criminalidad organizada ha encontrado un *alter ego*, igualmente motivado por el afán de enriquecimiento.

Afrontamos, como aducen Guiddens o Ferrajoli, un mundo desbocado⁶⁹, pues el escenario de anomia generado por las actividades y comportamientos antijurídicos derivados de la imposición de la tiranía del delito alimenta la recesión económica y representa el recorte de los espacios de libertad. Realidad que implica la necesidad de adaptar la democracia y economía liberales al desafío representado por amenazas de calado como las fenomenologías criminales identificadas por Ferrajoli como "poderes salvajes"⁷⁰ o "inciviles"⁷¹, como las ha llamado Bovero.

Las transformaciones que caracterizan la denominada nueva realidad mundial, especialmente después del impacto económico generado por la pandemia del Covid-19 –que ha debilitado más si cabe a los estados ante el creciente empoderamiento del crimen organizado, que ha aprovechado hábilmente la crisis sanitaria internacional para salir reforzado–, empiezan por asumir la permanencia en el tiempo del riesgo criminal, dado que no se trata de un fenómeno de naturaleza coyuntural, sino de una fenomenología cada vez más fuertemente arraigada en determinados espacios geográficos y sociedades diseminados por todo el mundo⁷², resultando especialmente preocupante, como se ha insistido, las confluencias entre las actividades criminales y los sectores económicos y empresariales.

66 Iván Briscoe, Catalina Perdomo y Catalina Uribe Burcher (Eds.), *Redes Ilícitas y Política en América Latina*, (Estocolmo y La Haya: IDEA Internacional, Netherlands Institute for Multiparty Democracy y Netherlands Institute for International Relations, 2014).

67 Loretta Napoleoni, *Economía canalla. La nueva realidad del capitalismo*, (Barcelona: Paidós Ibérica, 2008), 234 y ss.

68 Francesco Forgione, *Mafia export. Cómo la 'Ndrangheta, la Cosa Nostra y la Camorra han colonizado el mundo*, (Barcelona: Editorial Anagrama, 2010), 20.

69 Anthony Guiddens, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, (Madrid: Taurus, 2000); Luigi Ferrajoli, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, 5ª reimpresión, (México: Taurus, 2004).

70 Dentro de la nomenclatura de los "poderes salvajes", Ferrajoli engloba a los poderes salvajes ilegales y los extralegales; poderes salvajes públicos y privados; los poderes antijurídicos por violación del derecho y los poderes extrajurídicos por ausencia del derecho; en suma, todo un elenco de poderes, que se sustraen del derecho. Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, (Madrid: Trotta, 2013), 20 y ss.

71 Michelangelo Bovero, "Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta"; Antonio De Cabo y Gerardo Pissarello (Eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, (Madrid: Trotta, 2005), 75-104; Michelangelo Bovero, *Una gramática de la democracia contra el gobierno de los peores*, (Madrid: Trotta, 2002).

72 Misha Glenny, *Mc Mafia. El crimen sin fronteras*, (Barcelona: Destino, Colección Imago Mundi, 2008).

5.- Referencia Bibliográfica

Aguilera Portales, Rafael Enrique. "La igualdad como valor normativo, axiológico y político fundamental". En *Igualdad ¿para qué?*, Ángela Burrieza. Granada: Comares, 2007.

Amin, Samir. *El capitalismo en la era de la globalización*. Barcelona: Paidós, 1999.

Arbor, Ann. *Mad Money When Markets Outgrow Governments*. Michigan: The University of Michigan Press, 1998.

Arlacchi, Pino. "Some Observations on Illegal Markets,". En *The New European Criminology: Crime and Social Order in Europe*, editado por Vincenzo Ruggiero. London: Routledge, 1998.

Arlacchi, Pino. *Mafia business. Mafia ethic and the spirit of capitalism*. Londres: Verso, 1986.

Bagley, Bruce. "Drug Trafficking and Organized Crime in the Americas: Major Trends in the Twenty-First Century". Woodrow Wilson Center Update on the Americas, 2012.

Baqués, Josep. "Hacia una definición del concepto Gray Zone", Documento de Investigación 2/2017. Instituto Español de Estudios Estratégicos. 2017. Accesible en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_investig/2017/DIEEINV02-2017_Concepto_GaryZone_JosepBaques.pdf. Última consulta el 15 de abril de 2021

Bartolomé, Mariano. "Más Allá del crimen organizado: la reformulación del concepto de insurgencia y su impacto en el entorno estratégico sudamericano". Austral: Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais, núm. 3, vol. 2 (2013).

Blanco Cordero, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Elcano (2ª ed.), 2002.

Bovero, Michelangelo. "Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Un acuerdo global y una discrepancia concreta". En: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, editado por Antonio De Cabo y Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2005.

Bovero, Michelangelo. *Una gramática de la democracia contra el gobierno de los peores*. Madrid: Trotta, 2002.

Briscoe, Iván; Perdomo, Catalina y Uribe Burcher Catalina (Eds.). *Redes Ilícitas y Política en América Latina*. Estocolmo y La Haya: IDEA Internacional. Netherlands Institute for Multiparty Democracy y Netherlands Institute for International Relations, 2014.

Brown, Wendy. *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*. Cambridge: Mass. MIT Press, 2015.

Calderoni, Francesco. *Criminal Markets and Mafia Proceeds*. New York: Routledge, 2015.

Capella, Juan-Ramón. *Un fin del mundo. Constitución y democracia en el cambio de época*. Madrid: Trotta, 2019.

Castells, Manuel. *La era de la información: economía, sociedad y cultura*. Vol. I: *La Sociedad Red*. México: Siglo XXI Editores, 2006.

Centorrino, Mario. "Criminalidad transnacional y procesos de globalización". *Mafia, 'Ndrangheta, Camorra*. En *los entresijos del poder paralelo*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial de la Universidad de Valladolid, 2005.

Dahl, Robert. *Who Covers? New Haven: Yale University Press, 1961*.

Delgado Martín. Joaquín. *Criminalidad organizada*. Barcelona: Ed. J. M. Bosch, 2001.

Enzensberger, Hans Magnus. *La balada de Al Capone. Mafia y capitalismo*. Madrid: Errata Naturae, 2009.

Faria, José Eduardo. *El Derecho en la economía globalizada*. Madrid: Trotta, 2001.

Ferrajoli, Luigi, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, 5ª reimpresión, México: Taurus, 2004.

_____. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2014.

_____. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta, 2013.

_____. *Principia luis, Teoría del Derecho y de la Democracia*. Madrid: Trotta, 2011.

Ferrajoli, Luigi y Zolo Danilo. *Democracia autoritaria y capitalismo maduro*. Barcelona: Ediciones 2001, 1980.

Finckenauer, James O. *Mafia y Crimen Organizado. Todo lo que hay que saber sobre la Mafia y las principales redes criminales*. Barcelona: Ediciones Península, 2010.

Flores D'Arcais, Paolo. *Democracia*. Barcelona: Galaxia Gutenberg/Círculo de Lectores, 2013.

Foffani, Luigi, "Criminalidad organizada y criminalidad económica". *Revista Penal*, n.º7. (2001).

Forgione, Francesco. 'Ndrangheta. *La mafia menos conocida y más peligrosa del planeta*. Barcelona: Ediciones Destino. Colección Imago Mundi. Núm. 155, 2009.

Forgione, Francesco. *Mafia export. Cómo la 'Ndrangheta, la Cosa Nostra y la Camorra han colonizado el mundo*. Barcelona: Editorial Anagrama, 2010.

Fukuyama, Francis. *Orden y decadencia de la política. Desde la Revolución Industrial hasta la globalización de la democracia*. Barcelona: Ediciones Deusto, 2016.

Gayraud, Jean François. *El Gg de las mafias en el mundo. Geopolítica del*

crimen organizado. Barcelona: Urano. Colección Tendencias, 2007.

Gibson-Graham, J. K. *The End of Capitalism (As We Knew It): A Feminist Critique of Political Economy*. Minnesota: University of Minnesota, 2006.

Gilman, Nils y Jesse Goldhammer. *Deviant globalization*. Bloomsbury: 3PL, 2011.

Giraldo Ramírez, Jorge. *Economía criminal y poder político*. Medellín: Centro de Análisis Político- Universidad EAFIT, 2013.

Glenny, Misha Mc Mafia. *El crimen sin fronteras*. Barcelona: Destino. Colección Imago Mundi, 2008.

Guiddens, Anthony. *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*. Madrid: Taurus, 2000.

Gupta, Sanjeev; Davoodi, Hamid y Alonso-Terme, Rosa. "Does corruption affect income inequality and poverty?" *Economics of Governance*, 3 (1) (2002).

Handelman, Stephen. *Comrade Criminal. Russia's New Mafiya*. New Haven: Yale University Press, 1995.

Helliwell, Jonh F. y Huang, Haifang. "How's Your Government? International Evidence Linking Good Government and Well-Being". *British Journal of Political Science*. 38 (4), (2008).

Hobbes, Thomas. *Leviatán*. Madrid: Alianza, 1973.

Holmberg, Sören, Rothstein, Bo y Nasiritousi, Naghmeh. "Quality of Government. What You Get". *Annual Review of Political Science*. Núm. 12. (2009).

Ibáñez, Andrés Perfecto (Ed.). *Corrupción y Estado de derecho. El papel de la jurisdicción*. Madrid: Trotta, 1996.

Laffont, Jean Jacques y Tirole, Jean. "The Politics of Government Decision-Making: A Theory of Regulatory Regulatory Capture". *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 106, núm. 4. (1991).

Laporta, Francisco. "El principio de igualdad: introducción a su análisis". *Revista Sistema*, n.º 67 (1985).

Lindblom, Charles. *Politics and Markets: The World's Political-Economical Systems*. London: Basic Books, 1977.

Lodato, Saverino y Scarpinato Roberto. *Il ritorno del Principe. Criminalità, Corruzione, Mafia: Il potere in Italia*. Milano: Saggistica TEA, 2012.

Masciandaro, Donato y Pansa, Alessandro. *La farina del diavolo*. Milán: Baldini Castoldi, 2000.

Matisek, Jahara W. "Shades of Gray Deterrence: Issues of Fighting in the Gray Zone". *Journal of Strategic Security* 10, n.º3 (2017).

Mauro, Paolo. "The Persistence of Corruption and Slow Economic Growth". *IMF staff papers*, 51 (1) (2004).

Miklaucic, Michael, Brewer, Jacqueline y Gary Barnabo (Eds.). *Convergence. Illicit Networks and National Security in Age of Globalization*. Washington, D.C.: National Defense University Press, 2013.

Montesquieu, Charles. *Del espíritu de las leyes*. Madrid: Tecnos, 1993.

Münkler, Herfried. *Viejas y nuevas guerras. Asimetría y privatización de la violencia*. Madrid: Siglo XXI Editores, 2005.

Naím, Moisés. *Ilícito. Como traficantes, contrabandistas y piratas están cambiando el mundo*. Barcelona: Debate, 2006.

Napoleoni, Loretta. *Economía canalla. La nueva realidad del capitalismo*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2008.

Pepino, Livio y Dino, Alessandra. "Il metodo mafioso: dalle mafie tradizionali ai sistemi criminali". *Sistemi criminale e método mafioso*. Milán: Franco Angeli, 2008.

Pérez Luño, Antonio Enrique. *Dimensiones de la igualdad*. Madrid: Dykinson, 2006.

Petrus, van Duyne, Klaus von Lampe y Nikos Passas (Eds.). *Upperworld and Underworld in Cross-border Crime*, The Netherlands: Published by Wolf Legal Publishers (WLP), 2002.

Pierrat, Jérôme y Sargos, Alexandre, Yakusa. *Una investigación sobre la mafia japonesa*. Barcelona: Editorial Océano, 2007.

Przeworski, Adam. *Democracy and the Market. Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

Rossas, V. Allan y Meron, Theodor. "Combatting lawlessness in grey zone conflicts through minimum humanitarian standards", *American Journal of International Law*, vol. 89, n.º 2, 1995.

Rubio Llorente, Francisco. "La libertad de empresa en la Constitución". En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, Iglesias Juan Luis Prada (Coord.)*, Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez. Madrid: Civitas, vol. 1 (1996).

Sánchez García De Paz, Isabel. *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid: Dyckinson, 2005.

Sansó-Rubert Pascual, Daniel, "Crimen organizado y economía ilegal". *URVIO. Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, n.º 18, 2016.

Saviano, Roberto. *Cero Cero Cero. Cómo la cocaína gobierna el mundo*. Barcelona: Anagrama, 2014.

Sciarrone, Rocco. "Mafia e potere: procesi di legittimazione e costruzione del consenso". *Stato e Mercato*, n.º 78 (2006).

Simón, Pablo. *El Príncipe moderno. Democracia, política y poder*. Barcelona: Debate, 2018.

Sousa Santos, Boaventura de. Reinventar la democracia. Reinventar el Estado. Madrid: Sequitur, 1999.

Stigler, George J. "The Theory of Economic Regulation", The Bell Journal of Economics and Management Science, vol. 2, n. ° 1 (1971).

Strange, Susan. La retirada del Estado: la difusión del poder en la economía mundial. Barcelona: Icaria, 2003.

_____. The Retreat of the State. The Diffusion of Power in the World-Economy. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

Tablante, Carlos y Tarre, Marcos. Estado delincuente. Cómo actúa la delincuencia organizada en Venezuela. Caracas: Cyngular Asesoría 357, 3ª edición, 2015.

Therborn, Goran. "Cómo identificar a la clase dominante. Definición del carácter de clase del poder del Estado". En ¿Cómo domina la clase dominante? Aparatos del estado y poder estatal en el feudalismo, el capitalismo y el socialismo. México: Siglo XXI, 2016.

Uriarte, Edurne. "El análisis de las élites políticas en las democracias". Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), n.º 97, 1997.

Vander Beken, Tom. "Risky Business: A Risk-based Methodology to Measure Organized Crime". Crime, Law and Social Change, vol. 41, n. °5 (2004).

Van Dijk, Jan V., "Mafia markers: assessing organized crime and its impact upon societies", Trends in Organized Crime, n. ° 10 (2007).

Veenhoven, Ruut. "Greater Happiness for a Greater Number". Journal of Happiness Studies (2010).

Vidal-Beneyto, José. La corrupción de la democracia. Madrid: Catarata, 2010.

Weber, Max. Economía y sociedad, México D.F.: Fondo de Cultura Económica. (reedición), 2014.

Welsch, Heinz. "Corruption, Growth, and the Environment. A Cross-Country Analysis". Environment and Development Economics. 9 (5) (2004).

World Bank. Anticorruption in Transition: A Contribution to the Policy Debate. Washington D.C: World Bank, 2000.

Zaffaroni, Raúl. Globalización y crimen organizado. Voces para la libertad. Reflexiones sobre la represión. Guadalajara: Universidad Autónoma Metropolitanas, 2007.

Zúñiga Rodríguez, Laura. "Culpables, millonarios e impunes: el difícil tratamiento del derecho penal del delito de cuello blanco". Ius: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, vol. 9, n. °35 (2015).

Los programas de *compliance* y su sentido histórico para fiscalizadores y reguladores



Eduardo Saad-Diniz

Profesor de la Universidad de São Paulo, Brasil (Facultad de Derecho de Ribeirão Preto y Programa de Integración Latinoamericana - FDRP/PROLAM/USP). Habilitación en Criminología por la USP, Brasil. Doctor por la USP, Brasil y Doctor por la Universidad de Sevilla, España. Becario Productividad CNPQ, Brasil; fue becario FAPESP en la Universidad de Pennsylvania, EEUU; fue becario DAAD/CAPES en la Universidad de Regensburg, Alemania. Consultor en derecho penal económico, compliance y nuevos negocios.

El presente artículo se enfoca sobre la criminología corporativa y algunas interpretaciones que se hacen posibles a partir de los delitos económicos en Brasil y en el caso Odebrecht (operación Lava Jato). En la última década no se hablaba de la corrupción empresarial, el blanqueo de capitales y la evasión de divisas como algo tan cotidiano, pero es increíble cómo ha existido un cambio tan significativo en la política criminal internacional.

Mientras el debate se reducía a una agenda negativa en contra de la razón populista en torno de la criminalidad callejera –netamente pequeños delitos patrimoniales y tráfico de estupefacientes–, la expansión del mercado internacional y la necesidad de garantizarse alguna armonía en la gestión de los negocios y en la cadena global de suministros tiene frecuentemente demandado el refuerzo punitivo de las normas penales. En lugar de la antigua ideología de la seguridad urbana, lo que importa ahora es la ideología de la seguridad en los negocios, permitiendo mayor nivel de confianza en la asignación de las inversiones en distintas jurisdicciones.

La agresividad en los negocios no favorece ni a las inversiones ni a la actividad empresarial o la libre competencia entre los players. Aquello, sobre todo, porque los negocios tienen una corta vida y son poco sustentables. A finales del siglo XIX, no por casualidad, se publica la primera ley anticompetitiva y en el siglo XX se configura el primer caso de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En esta transición, surge el Corporate America y con esto las grandes figuras como Rockefeller, Firestone, Canergie, J.P. Morgan etc. Precisamente, todas estas grandes figuras corporativas surgen en este período en que se empieza a controlar socialmente la agresividad y el liderazgo hacia la modernización de los negocios. Acá, sin embargo, sigue la porosidad conceptual sobre si las empresas pueden o no actuar y si tienen o no personalidad para ser sometidas a la atribución de responsabilidad penal.

Sin mencionar la ambigüedad en el período de las grandes guerras mundiales, en los años 70 surge el *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA) por la necesidad de dar cuenta del escándalo de Watergate y, claro, por fuerza de la estrategia de contención del avance del bloque soviético. No obstante, es desde el año 2000 (hasta aquí se determinaba la política criminal internacional era la guerra a las drogas) que se comienza a aplicarlo con mayor consistencia. Aquello, puesto que, el FCPA y los delitos económicos no estaban en la agenda político criminal internacional. En efecto, hasta ese entonces el FCPA no se había aplicado más que en siete casos simbólicos marginales, poco substanciales. En la actualidad, por ejemplo, la base de datos de la FCPA (de la Universidad de Stanford, EEUU) muestra como Brasil, Rusia, India, China (y también México) son las regiones donde hay mayor incidencia de operaciones de fiscalización, permitiendo igualmente que se observe como esta legislación tiene un poderoso rol de control y dominación estratégica de mercados emergentes.

En Brasil, otra especificidad sería el continuum histórico entre la red empresarial cómplice del régimen militar (1964–1985) y la red que está en el epicentro de la Operación Lava Jato, sea como investigada o sea como “líder en ética en los negocios”. Por ello, se intenta proponer necesarias medidas de justicia de transición corporativa: en el caso brasileño se demostró que la relación con los militares era estable y, por ende, las estructuras administrativas son las mismas –el código penal militar y electoral–, de manera que, con esta transición se busca tener la oportunidad de utilizar los recursos de *compliance* para una reconstrucción social post conflicto para hacer frente a la extensión de dinámicas autoritarias y plasmar un avance en términos de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

A partir de los años noventa surge el movimiento de integración de los mercados sobre integración de las cadenas de suministros globales, sin embargo, todavía no se cuenta con cambios substanciales de ética empresarial. Es así que el Department of Justice (DOJ) recomienda que, en donde se asuma que no se tiene una orientación clara sobre la actuación, las empresas deben llevar la autoevaluación y ponerla en conocimiento de las autoridades públicas. De este modo, se plantean las interrogantes: ¿cómo las autoridades públicas van a evaluar la información obtenida?

¿Conocen el procedimiento para realizar una evaluación? ¿Están capacitados para detectar si existió o no recursos suficientes para que se opere con alguna independencia el problema de compliance?

La lógica del *compliance* basada en evidencias científicas (*evidence based-compliance*, Laufer) supone que los problemas de cumplimiento normativo deben estar anclados en evidencia sobre lo que funciona o no, en términos de detección de infracciones económicas y el impacto en la reducción de la criminalidad empresarial. Las evidencias científicas deben permitir evaluar cómo se desarrolla la gestión de las empresas, creando una medición objetiva que oriente la actuación de fiscalizadores y reguladores.

A su modo, en Brasil la palabra *compliance* o cumplimiento normativo no llegaba al conocimiento cotidiano de los negocios, sobre todo, dentro del área penal. Se puede decir que antes de 2012 hay una proto-historia de los programas de *compliance* en Brasil. En este período ya se hablaba de *compliance* entre los profesionales de derecho económico que trabajaban con las infracciones anticompetitivas. Así, se concluía por parte de la Secretaría de Desarrollo Económico en Brasil que, si una empresa presentaba un programa de cumplimiento normativo o programa de compliance, sería un justificativo para demandar una reducción en el juicio de punibilidad. Pero esto no significaba mucho más que la adaptación de filiales a los códigos de multinacionales o un alineamiento abstracto a la normativa internacional a los acuerdos de Basilea, etc.

Una historia económica de la criminalidad empresarial, que rescata su sentido histórico en la última década en Brasil, permite mantener un diálogo importante con la perspectiva macro y micro político-criminal. Desde el punto de vista macro, hay una frecuente evolución de la seguridad urbana para la seguridad de los negocios, de la criminalidad violenta hasta la criminalidad del engaño.

Desde la perspectiva micro, se analiza la delegación de deberes para el ámbito privado. De esta forma, se busca ampliar el nivel de información y generar mayor simetría entre los competidores. Es lo que permite estructurar los deberes y los fundamentos de la dogmática jurídico penal. El régimen de información en el ámbito empresarial fue pensado según su simetría, sobre todo, a partir de los años 90 en adelante, bajo las tesis de gobernanza corporativa, transparencia, publicidad y veracidad. Incluso, se puede decir que se incorpora la responsabilidad social corporativa y lealtad entre los competidores con el protagonismo de la poderosa Bolsa de Valores de Sao Paulo. Así, el flujo de información asimétrico que se pretende basar en las grandes tesis de derecho societario, derecho bancario y derecho fiscal permite crear y estructurar deberes en el ámbito empresarial para reforzar el régimen de información garantizando algún tipo de previsibilidad y lealtad en la competencia.

En 2012, Brasil adquirió un marco legislativo con la implementación de la nueva ley brasileña de blanqueo de capitales, a cuyos dispositivos se añadió la perspectiva del refuerzo de la comunicación de operaciones sospechosas del blanqueo de capitales y el refuerzo de la actuación de la Unidad de Inteligencia Financiera. Pero no solamente porque se tiene una nueva ley, sino también porque en ese momento se conoció el caso Mensalão, en contra del alto eslabón del gobierno del ex presidente Lula da Silva, relacionado a los casos de corrupción política y a la vinculación con la compra de votos de parlamentarios.

En este caso, se pueden observar los vínculos con la corrupción empresarial. En un inicio, la acción penal atribuyó responsabilidad en virtud de fallas en la comunicación de una operación sospechosa de *compliance* y, a partir de esa falla de compliance, se incriminó a un acusado por participación punible en una omisión de deber administrativo. Esto conllevó a una extraordinaria especialización del mercado de consultoría y auditoría movilizadas en torno a la nueva ley brasileña de blanqueo de capitales. A partir de este suceso, se puede observar un concepto negativo de compliance, volcado a una negación de un comportamiento antisocial, es decir, se trata de mecanismos o instrumentos de detección, averiguación y reacción a las infracciones económicas en el ámbito empresarial.

En el 2013, con la nueva ley anticorrupción brasileña se extendió el alcance de la corrupción empresarial. A partir de ahora, se imputa la responsabilidad a las empresas por actos de corrupción y otras estafas. Sin embargo, no se trata de una ley de naturaleza penal, sino de responsabilidad administrativa y civil que, si bien puede tener repercusiones en el ámbito penal, su contenido formal es administrativo y civil. La interpretación de los programas de *compliance*, aún desde este concepto negativo, se opera en el momento de atribución de responsabilidad en dos perspectivas diferentes: la primera radica en que, si los programas de *compliance* favorecen o no la cooperación de la persona jurídica con las autoridades públicas; la segunda hace relación a la existencia de los mecanismos de *compliance*, es decir, si estos serán considerados en el momento de atribución de responsabilidad.

La utilidad de la cooperación para el sistema de sanciones es, como mínimo, dudosa. Por ejemplo, hace dos años, en el Estado de Paraná (sur de Brasil) se cuestionó que una empresa pública había invertido recursos públicos en la implementación de un programa de *compliance*. Así, un juez estableció que no eran necesarios más controles en la empresa, puesto que, ya los tenía. De tal forma, no había como justificar la necesidad de los costos y, en consecuencia, la reducción de la criminalidad empresarial de las infracciones económicas.

En 2014, a consecuencia del caso Lava Jato, las empresas comenzaron a adaptar una nueva cultura organizacional que no solamente posea los mecanismos de inflexión de averiguación y de reacción a las infracciones económicas, sino además, se vincula a la retórica de la integridad. A partir de entonces, se puede decir que hay un concepto positivo que comunica nuevos valores que orientan la cultura organizacional.

En Brasil no se introdujo la expresión *compliance* en las leyes a consecuencia de la crítica al anglicismo. Es por ello que, las leyes brasileñas no se refieren a los programas de *compliance*, sino más bien a los programas de integridad. Se trata de un error debido a que la integridad es la orientación valorativa de la cultura organizacional donde los principios, ideas, visiones y valores no son los mecanismos propiamente dichos por esta idea valorativa por una cuestión nominal y teórica que, principalmente, fueron vinculados a una retórica posterior al caso Lava Jato, el cual significó cambios en la gobernanza de una nueva cultura empresarial.

La industria de *compliance* se especializa de una forma muy extraordinaria, los productos que se desarrollan son muy creativos. La calidad del marketing de *compliance* es impresionante, se trata de integrar las funciones de gobernanza de *compliance* a las nuevas tecnologías y se comienza a considerar a la inteligencia artificial como un gran factor decisivo en contra de los carteles de los grandes esquemas presentes hace unas seis o siete décadas. En Brasil se empezó a discutir los programas de inteligencia artificial que permitieron algún avance, sin embargo, no existió una aplicación concreta. Ahora, también se habla del Covid-compliance, asociado a las irregularidades presentes en las donaciones. La verdad es que se podría abrir un espacio mucho más significativo para el uso de los recursos de *compliance* orientado al reconocimiento de la centralidad de las empresas en el sistema de adquisición de suministros y reestructuración de toda la cadena.

En Brasil, el perfil societario se caracteriza, mayoritariamente, por empresas cerradas, es decir, no se trata de multinacionales de capital abierto. Aquello trae consecuencias importantes para situar los programas en función de su contexto. Por ejemplo, en caso de los alertadores (*whistleblowing*) es muy difícil que funcionen sin que sean desarrollados mecanismos de protección contra la retaliación.

El Estado, al carecer de las condiciones para investigar los delitos empresariales, reconoce su anacronismo y, como consecuencia de este hecho, plantea a las empresas la implementación de los mecanismos de inflexión, reacción y colaboración a las infracciones económicas. A partir de esta implementación, las empresas se ven en la obligación de colaborar y cooperar con el Estado. En este punto es donde se puede comenzar a hablar de una posibilidad de negociación. Esta premisa fue planteada por el criminólogo australiano John Braithwaite que implantó el concepto

de *enforced self-regulation* que, curiosamente, se traduce como auto regulación regulada.

En verdad, no es otra cosa que la regulación sometida a control, puesto que, se reduce la dimensión del control social en los negocios, como por ejemplo, en el caso brasileño, donde la responsabilidad penal a las personas jurídicas es el instrumento más fuerte y sólido de control social formal, pero se encuentra limitado a los delitos ambientales. Así, frente a la falta de control formal de las empresas o a la insuficiencia de los instrumentos de control, aunque la empresa coopere queda en duda ¿bajo qué punto de vista se justifica esta cooperación?, ¿se constituye como cooperación de interés público? y ¿qué implica este interés público?

Frente a estos cuestionamientos se notó claramente que el interés es de carácter privado y, por tanto, carece en muchas ocasiones de una cooperación. Frente a este hecho, si las empresas no cooperan, ¿qué rol ejecutan los fiscales y los reguladores? Solo se enfocan a reproducir operaciones que pueden justificar la vulneración de derechos, conllevando a lo que John Braithwhite denominó "deformación de su cultura de resistencia", lo cual implica el responder simbólicamente generando un tipo de sensaciones de seguridad o de no impunidad en la sociedad.

¿Qué se puede aprender con este sentido histórico? Que el gestor debe ser gestor, que el juez debe ser juez y que el fiscal no tiene que considerar su actuación como un elemento de impacto en las estructuras de gobernanza. Ese es un error histórico que ocasiona un descenso en el nivel de efectividad de la actuación incisiva de los fiscales (B. Garrett).

Por tanto, el fiscal debe ejercer únicamente su rol como tal y actuar bajo un entendimiento común en el proceso de generar evidencias, a fin mejorar los índices de calidad en su actuación y reducir la criminalidad empresarial producto de vínculos que se producen a partir de la autoevaluación de las empresas. Tal como fue propuesto por William Laufer, esta evaluación debe ser validada externamente por pares (*peer review*), de manera que estas evidencias científicas generen una medición objetiva sobre la actuación de las empresas con relación a la prevención empresarial.

El emprendimiento común (*shared understanding*) de los roles que deben ejercer los gestores, jueces y fiscales mantiene vínculos, orientados objetivamente a partir de evidencias científicas, a la investigación sobre las dimensiones del comportamiento corporativo socialmente dañoso. Basado en la necesidad de verificación empírica entre quien y cómo es victimizado por este comportamiento, el mismo Laufer propuso la categoría de la victimología corporativa, que tiene como objeto definir quien ejerce la calidad de víctima, el nivel de impacto y los daños colaterales que conlleva ese actuar, factores que intervienen en la calidad de la respuesta del Estado, la intensidad de la persecución penal y la intensidad y formas de la condena. La victimología corporativa confiere legitimidad a la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Aún más precioso sería, así se lo propone, revelar cómo y en qué medida el empleo de los recursos de *compliance* podría ser utilizado para la protección de las víctimas del comportamiento corporativo.

El criminal *compliance* en Argentina



Lina Silvana Anllo

Es Abogada recibida con Diploma de Honor en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Ha realizado Maestría en Derecho Penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, en la Universidad de Buenos Aires. Se ha especializado en género en ONU WOMEN, ha sido designada "Mujer Líder de América" por la OEA.

Se desempeña como Directora de Grandes Empleadores Nacionales de Seguridad Social en AFIP. Además es Socia fundadora de Anllo Abogadas y de Integridad Empresaria. Cabe destacar que ocupa el cargo de Presidenta del Capítulo Argentino de la World Compliance Association y es Directora General del Women Economic Forum Argentina 2020.

El derecho penal económico y los programas de integridad o de *compliance*, como se denominan en Argentina, tienen una importancia relevante por la frecuencia de su utilización y la interpretación por los agentes fiscales sobre su validez para una exención o una disminución de la sanción penal.

En esta sección se abordará una cuestión especialmente importante: ¿cuál ha sido la evolución del *compliance* en la experiencia argentina? A partir del año 2017 se comenzó a discutir a nivel parlamentario la necesidad de incorporar la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de integridad. En el proceso existieron muchos obstáculos al tratar de incluir como responsables, además de a las grandes corporaciones y personas jurídicas, a las pymes por delitos de corrupción y en la responsabilidad de incluir programas de integridad en sus organizaciones. Así, a finales de 2017 esta normativa fue sancionada y entró en vigor el 1 de marzo de 2018.

La responsabilidad de personas jurídicas en Argentina no era una novedad, las empresas podían responder por delitos de desabastecimiento conforme el Código Aduanero; delitos cambiarios, bajo el régimen penal tributario; por defensa de la competencia, por el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones; y por los delitos contra el orden económico, en consecuencia, la novedad se dio frente a la responsabilidad penal por delitos de corrupción. Es necesario mencionar que la responsabilidad de la persona jurídica en Argentina es mixta, por lo tanto, se reconoce la responsabilidad vicarial, casi objetiva como la del Código Civil, pero exige una diligencia legal y de cuidado.

Dentro de la norma penal se pueden observar artículos que se inclinan por una responsabilidad objetiva o responsabilidad vicarial, frente a otros que hablan de la diligencia debida en particular. Esto surge a raíz de las diferentes normativas previas a la incorporación de la responsabilidad penal por delitos de corrupción en Argentina y que nutrieron nuestra ley. Tal es el caso de los códigos chileno (vigente desde 2009), peruano (vigente desde 2018) y brasileño, además, de la influencia de la normativa española y británica. Por esta razón, la ley argentina incluye una responsabilidad penal de las personas jurídicas vicarial considerando el hecho de la debida diligencia legal y de cuidado.

Con esta ley –que entró en vigencia el 01 de diciembre de 2017 en el Boletín Oficial–, la Oficina Anticorrupción Argentina da cumplimiento a lo previsto en el artículo 22 y 23 para el desarrollo de un programa de *compliance* y emisión de lineamientos de integridad para el mejor cumplimiento. Además, se establece un formulario de programas de integridad que permitía que las empresas liciten en contrataciones con el Estado.

En este mismo sentido, la Oficina emite la guía de implementación de programas de integridad para las pymes. Aquello, a pesar de que se consideró que les implicaba un costo adicional, pero que, a su vez, era el sector que mayores problemas económicos presentaba. Sin embargo, estos lineamientos son proporcionales al tamaño de las empresas, es decir, a mayor organización, mayores requisitos y exigencias; en sentido inverso, a menores organizaciones, menores requisitos.

En el caso argentino, la Ley Nro. 24701 regula los delitos de corrupción, cohecho, tráfico de influencia nacional y transnacional, el delito de concusión, el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública, el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados y el delito de balances e informes falsos. Este último no estaba incluido en el proyecto del ejecutivo, surge en la Cámara de Diputados, quienes concluyeron que una vez detectado el cohecho entre un funcionario y una organización privada o soborno se conlleva a la alteración de los balances.

Ahora bien, la primera interrogante es ¿a qué personas jurídicas va a ser aplicable la ley? Así, se aplica a las sociedades, fundaciones, asociaciones civiles mutuales, simples asociaciones y cooperativas que utilizan capital privado, público o mixto. Básicamente, se incluyen todas las organizaciones. La segunda interrogante es ¿a qué sujetos se le aplica la ley? Esto se determina conforme si la actuación sea directa o indirecta en nombre, representación o en interés de la

organización, empresa o persona jurídica, e incluso cuando es cometido por un tercero ajeno, pero a su vez, ratificado por la organización.

Los terceros denominados *Ut's* en el caso argentino, prácticamente son las uniones de las empresas como las constructoras que ante una licitación se presentan de manera unificada, semejante a lo que sucede con un socio que en ocasiones comete un hecho de corrupción dentro de un negocio u organización y lo enlaza penalmente. Este hecho es discutido desde las posturas de la autoría y participación, pero la ley decidió incluirlo porque el razonamiento se da, puesto que, en el caso de las *Ut's* solo respondía aquella que cometió la infracción mientras que la otra resultaba beneficiada con el hecho de corrupción para, por ejemplo, obtener una la licitación.

Bajo este supuesto, se establece la realización de un tercero y la persona jurídica queda exenta de responsabilidad, salvo que la persona humana que cometió el delito lo hubiera hecho para su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para la organización. Solo en ese caso no existe responsabilidad de la persona jurídica y, además, se continúa con la investigación y la imputación respecto de la persona humana, lo cual representaría dos imputaciones diferenciadas.

Con lo mencionado, las posibles sanciones que establece la ley son en un primer punto una multa de dos a cinco veces el beneficio indebido, obtenido o que se hubiese podido obtener, pena que también fue muy discutida referente al porcentaje a aplicarse para calcular el beneficio indebido obtenido, resultando una de las penas más severas. De igual manera, otra de las penas que se puede aplicar es la suspensión total o parcial de actividades por hasta diez años, que implica la suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales hasta por 10 años, que involucra a constructoras que trabajan con la obra pública y licitación con el Estado.

A lo precedente debe incluirse la disolución y liquidación de la persona jurídica cuando fueron constituidas con la finalidad de la comisión del delito o si estos actos constituyen la principal actividad de la entidad. Como se aprecia, son penas severas que no solamente se aplican a una organización, sino a varias con la finalidad de que los agentes fiscales conozcan la sanción para cada una de ellas. Esto constituye en esencia el artículo 24 de esta ley, en especial, la obligatoriedad de establecer programas de integridad para aquellas empresas que contratan con el Estado y que involucran montos muy elevados.

Referente a lo señalado, la gran cantidad de empresas existentes en el año 2018 obligó a implementar de manera rápida los programas de integridad, debido a que algunas de las empresas ya tenían cuestiones relacionadas con programas de compliance. Sin embargo, para las empresas nacionales argentinas, e incluso bancos argentinos, resultó una novedad. En primer término, se buscaba definir lo que era el *compliance* y el porqué de su exigencia. Esto a diferencia de España que si bien lo incluyó en su normativa en el año 2015, no fue sino hasta 2018 y 2019 que empezó fuertemente el desarrollo del compliance.

En Argentina, tras la entrada en vigencia de ley en marzo, en el mes abril se requirió la implementación de un programa de cumplimiento en una famosa licitación de contratos público-privados. En efecto, en los llamados "PPP" para trayecto de rutas nacionales muy importantes, donde eran partícipes empresas y grandes constructoras se solicitó el desarrollo en dos meses de un programa de cumplimiento –cuando en ese tiempo era imposible de ejecutar– acatando así, de manera genérica, el artículo 24 con respecto a la obligatoriedad de estos programas.

Con la primera sentencia condenatoria, en la que se establece la no existencia de un programa de compliance, se comienza al igual que España con el desarrollo de los temas de integridad. Por esta razón, aumentó la gran cantidad de programas de capacitación y especialización en la temática, capacitaciones cortas, especializaciones universitarias, diplomaturas. Todo ello, puesto que, resultó un tema nuevo para las empresas, abogados y el poder judicial, especialmente, los operadores de justicia.

Como resultado se incrementó la cantidad de mesas de trabajo tanto en el sector público-privado y capital mixto para debatir sobre integridad y compliance. A su vez, las empresas públicas o de participación mayoritaria estatal desarrollaron programas de integridad lo que generaría un *compliance* público que incluso, en casos específicos, los llevaría a certificarse por norma ISO 37001 Antisobornos.

Es decir, todos estos efectos surgieron por la existencia de la ley y por la obligatoriedad de la norma. Sin embargo, ¿cuáles son los beneficios de la implementación de un programa de integridad? La respuesta depende de la obligatoriedad de su implementación, esto es, en el caso de que esté obligado no le queda otra. En contraste, en el caso de no estarlo el primer beneficio es el judicial de reducir la pena si hay un programa establecido, robusto y eficiente, que no significa copiar y pegar del internet un código de ética y asumirlo como un programa de compliance. Este programa debe ser eficiente y validado por fiscales, jueces y técnicos peritos para que pueda reducir o eximir la pena.

Prácticamente deben concurrir 3 preceptos para el beneficio y son:

1. Que espontáneamente se haya denunciado el delito como consecuencia de una investigación interna, es decir la empresa debió investigar internamente y llevarlo a la justicia;
2. Que tengan implementado un programa de integridad con anterioridad al hecho que se imputa penalmente.
3. Que se haya devuelto el beneficio obtenido.

En consecuencia, que converjan los tres requisitos precedentes resulta de alta complejidad, por lo tanto, a criterio personal se estaría derivando más en una reducción de la pena que en una exención de la misma pena. Esto también fue discutido y, al respecto, se señalaba ¿cómo puede ser posible que cuando una empresa comete un delito de corrupción se la exima de pena?

La respuesta tiene un fundamento político criminal. Cuando se incorporan estos tipos de leyes, lo que se está tratando es que la persona jurídica comience a generar prevención a través de estos protocolos de *compliance* e investigaciones internas, con lo cual se genera un aliado que facilite la investigación como en los casos de corrupción interna que resultan difíciles de probar.

En este sentido, si se trata de construir un aliado en la investigación con las empresas, las organizaciones privadas, públicas y de capital público, se debe comenzar a considerar el beneficio que estas van a percibir, mismo que tiene relación con la exención o la reducción de la pena. Es decir, se exige que existan protocolos de debida diligencia dentro de la organización para evitar que se cometan los hechos de corrupción y se plantea, además, un beneficio para que se comprometan a revisar la prevención y establecer un protocolo interno que acarree beneficios extras que no son menores a los judiciales.

Actualmente, las empresas son familiares, es decir, heredadas de generación en generación, estableciendo un prestigio que se negativamente afectado cuando ocurren estos hechos de corrupción, aunque posterior salga sobreseída la empresa. Este efecto reputacional negativo puede conllevar a la caída de acciones, disminución de financiamiento, reducción de clientes, además, se generan litigios y los gastos subyacentes. En otras palabras, los programas de *compliance* protegen el valor reputacional que tiene la empresa u organización en el mercado y en las redes, estos últimos elementos que resultan difíciles de detener y causan un significativo efecto negativo.

La ley hace una disquisición entre elementos obligatorios y sugeridos a la hora de hacer *compliance* y dentro de los elementos obligatorios están tres y son: el código de ética o de conducta; reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en cualquier interacción

con el sector público; y, capacitaciones periódicas sobre el programa de integridad tanto para directores, administradores y empleados.

El código de ética contiene las políticas antisobornos, la política de regalos, de donaciones, de obsequios, quién puede o no relacionarse y tener vínculos con funcionarios o, en su defecto, cómo registrar que se tuvo vínculos con funcionarios para, justamente, no generar un hecho o una irregularidad de corrupción. Es decir, este código tiene requisitos concretos de acuerdo a cada empresa y tiene que ser aceptado y conocido por toda la organización y terceros que se relacionen a ella, característica que va a ser tomada en consideración por los agentes fiscales dentro de una investigación. Por ello, se va a exigir como requisito obligatorio las capacitaciones periódicas en materia de integridad y de código de ética y que estas, a la vez, sean registradas.

El segundo requisito son los protocolos anticorrupción y que regulan la relación entre la organización empresa y el sector público. Esta última que es donde en la mayoría de los casos se cometen estas irregularidades. Por lo tanto, se especifica quién puede reunirse, en qué etapa –sea la pre-licitación o la licitación en sí misma– y la cuestión asociada a los pagos, regulando los tres momentos y determinando quienes los llevan a cabo, siempre cumpliendo con las constancias de las reuniones.

Dentro de los elementos sugeridos se encuentran los lineamientos anticorrupción establecidos por la oficina anticorrupción. El primero es el análisis de los riesgos o mapeo de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad. Estos elementos dependen de cada organización, en consecuencia, presentan diferentes riesgos los sectores financieros, farmacéutico y de construcción. Así, se debe ejecutar un mapeo de riesgos y posterior un código de ética. En efecto, lo primero es definir la preexistencia de un mapeo de riesgos, lo cual no es solo una copia de un modelo. Posteriormente, se aprecia el apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y la gerencia, mejor conocido como el *tone at the top* (el tono más alto), que involucra el compromiso de la gerencia de hacer integridad y compliance, lo que se define como "predicar con el ejemplo".

Continuando con lo señalado, las capacitaciones no deben ser ajenas a la alta gerencia. Dentro del código de ética deben plasmarse las palabras del CEO comprometido con el código y con el programa de integridad, seguido por canales de denuncia, justamente, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos para denunciar estos hechos. En este punto se discute si las mismas deben ser confidenciales o anónimas. En mi opinión, el anonimato permite denuncias que son falaces, no son reales y que no tienen la responsabilidad de hacer conocer su nombre y dar su identidad, por lo que es preferible que las denuncias sean de carácter confidencial.

El canal de denuncia debe ser conocido sin importar que se refiera a un correo electrónico. Se sugiere que debe estar en la página web o plataforma virtual, la cual deberá contener, además, el código de ética. Se señala una política de protección de denunciadores contra represalias para evitar transferencias del puesto de trabajo o desvinculaciones del lugar de trabajo. Por otro lado, se requiere un sistema de investigación interna regida por un protocolo de investigación: ¿quién lo va a hacer? y ¿cómo se va a tomar las declaraciones testimoniales internas? Este es un proceso que requiere de expertos en la materia para poder llevarlo adelante.

Adicionalmente, se plantea la creación de un procedimiento conocido como due diligence de la integridad, que compruebe la integridad y trayectoria de los terceros o socios de negocios. Como se ha señalado, este tercero puede arrastrar una responsabilidad a la organización, por este motivo es necesario conocer quién es el tercero, si tiene imputaciones de corrupción, lavado de activos o de evasiones fiscales y cuáles son sus vínculos. De tal forma, se debe realizar un monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa por el hecho de que va cambiando día a día. Ejemplo de esto es el cambio de la normativa a raíz de la pandemia Covid-19: leyes que habilitaron contrataciones directas. Así, claramente se nota que esto es algo móvil, que va creciendo y debe ser monitoreado por el oficial de cumplimiento.

Otro requisito presente es la existencia de un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del programa de integridad. Este responsable –oficial de cumplimiento o área de cumplimiento– depende del tamaño de la organización. A modo de ejemplo, si es una multinacional, una empresa con 10 000 empleados, se requiere como mínimo tres personas a cargo del área de cumplimiento. A juicio personal, a más de ser una persona calificada, expertas y profesional, debe ser una persona valiente quién, en ocasiones, deberá denunciar y difundir una denuncia que incluye a un gerente o altas autoridades de una compañía.

En caso de incumplir las cualidades mencionadas, el oficial de cumplimiento es un papel pintado porque en realidad no va a hacerlo nunca. Entonces, a la hora de certificar un programa de integridad una de las preguntas recurrentes es ¿quién es el oficial de cumplimiento? ¿Cuántas veces se reúne el oficial de cumplimiento con el directorio y conoce como contactarlos? Si la respuesta a esta última interrogante es nunca o no conoce ni siquiera a los directores, entonces seguramente ese oficial de cumplimiento no está haciendo su actividad correctamente.

Así, el momento en que los agentes fiscales verifican cómo era y cómo funcionaba el programa de cumplimiento, el oficial de cumplimiento es una fuente de información importante. En cuanto a su experticia generalmente suelen ser abogados o contadores, o a su vez suelen certificarse para ser oficiales de cumplimiento con conocimientos específicos en la materia.

Hasta aquí se presentó el panorama que se evidencia en Argentina dentro de lo que son los programas de integridad, programas de compliance, requisitos obligatorios y sugeridos, cuáles son los sugeridos y cómo funciona.

En el caso ecuatoriano se puede observar que existe la normativa sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero carece de normativa interna de compliance. En consecuencia, la implementación de esta normativa incluye investigaciones de la responsabilidad de personas jurídicas por hechos de corrupción e incluso cumplimiento de certificaciones por norma ISO 37001 Antisoborno.

Se observa dentro de la normativa nacional ecuatoriana la existencia de la Secretaría Nacional de Transparencia de la Gestión que establece ciertas responsabilidades para los funcionarios públicos; dentro de la Constitución de la República, en el artículo 83, se señalan los deberes de los funcionarios y de los ecuatorianos; la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; Ley Orgánica de Prevención, Detección y Erradicación de Delitos de Lavados de Activos y del Financiamiento de Delitos; y las Normas de Prevención de Lavado de Activos y financiamiento del Terrorismo, emitida en el 2014 mediante resolución de la Superintendencia de Compañías. Es decir, existe una fuerte normativa que reconoce los delitos previamente tratados, pero no advierte la incorporación del *compliance*.

En materia de norma ISO está la Nro. 19600, la cual es una norma no certificable que establece cuáles son las pautas para implementar un *compliance* penal dentro de las empresas; y la 37001 Antisoborno que permite certificar un programa antisoborno. Sin embargo, la certificación por estas norma no implica la certificación de todo el *compliance* implementado, solo se certifican cuestiones y normas antisoborno. Diferenciación que es necesaria hacerla porque adicional existe la ISO Nro. 37301 que sí certifica el programa de *compliance* penal y reemplaza a la Nro. 19600 que no era certificable.

En este sentido, se crea la implementación y certificación para verificar que el programa de integridad se ejecute de manera correcta. Este examen es realizado en el momento de la imputación en una investigación penal. Así, a fin de evitar delitos internos y llegar a una investigación, se implementa el *compliance* que se basa sobre establecimientos y sobre normas internacionales como es la norma ISO. Una vez que ya está implementada, se debe tomar en cuenta que las certificaciones son renovables y se las hace cada tres años.

En Ecuador se empezó a implementar estas normas ISO incluso en organismos públicos.

En Argentina dos empresas privadas ya cuentan con la certificación, otras están en la fase de la implementación. Además, el Municipio de Escobar en la Provincia de Buenos Aires está implementando la norma ISO para el sector público.

Como consecuencia de la pandemia Covid-19, en el caso argentino se evidenció, tras el confinamiento y aislamiento social preventivo y obligatorio, la emisión de normas que permitieron a los organismos realizar contrataciones directas de insumos como barbijos, respiradores e incluso alimentos, porque la emergencia exigía este tipo de rapidez y justificaba la contratación directa. Sin embargo, inmediatamente comenzaron a aparecer conflictos de corrupción, desde contrataciones de barbijos en precios exorbitantes (de hasta 30 veces su valor), hasta algunos que se encontraban caducados en el año 2017.

Al mismo tiempo, surgieron situaciones de contrataciones de alimentos con la misma problemática. Aquello generó varias investigaciones y la obligación de implementar programas de integridad. Además, se exigieron mayores controles de parte de los organismos de supervisión en Argentina –SIGEN (Sindicatura General de la Nación)– y la Oficina Anticorrupción obligó a la presentación de constancias de programas de integridad.

Es decir, debido a la crisis sanitaria varios países, entre ellos, Ecuador, Brasil, Colombia, Argentina, España e incluso Alemania, tuvieron un incremento en los conflictos de corrupción, puesto que, el escenario permitió la flexibilización de los controles. Tras lo sucedido, a partir de diciembre de 2019 la Oficina Anticorrupción emite recomendaciones para interpretar programas de integridad, fortalecer la transparencia en contrataciones públicas celebradas en el marco de la emergencia por Covid-19. Dentro de esas recomendaciones está la de utilizar el programa denominado *COMPR.AR* que permite, a través de la tecnología, transparentar todas las contrataciones y exigir que se cumplan con los precios máximos establecidos.

Producto de aquello, no se permitió desdoblamiento en las contrataciones y se trató de llegar a mayores proveedores aplicando el llamado *pacto de integridad* entre el organismo licitante y la empresa que licita. En este proceso, se establecen varios requisitos al licitante como exigirle el desarrollo de un programa de integridad o, en su defecto, obligar a las organizaciones a incorporar programas de *compliance* internamente. Bajo este panorama, resultó de absoluta necesidad y vigencia contar con programas de integridad. Además, como ha sucedido en el Perú, aquellas empresas que tienen incorporados programas de *compliance* cuentan con puntos significativamente superiores en los procesos de contratación. Aquello resulta un aliciente para que las organizaciones comiencen a desarrollarlo.

La gestión del riesgo de corrupción a través del estándar internacional ISO 37001



Miquel Fortuny

Miquel Fortuny es Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Abogado penalista, especialista en delitos económico-corporativos, con más de 20 años de ejercicio profesional, dentro de los cuales ha dirigido, implementado y desarrollado diversos proyectos de *Corporate Compliance* tanto para empresas del IBEX35 como para grandes, pequeñas y medianas empresas, así como, ha asumido la defensa penal de empresas y directivos ante los Tribunales.

Miquel Fortuny es autor de diversos artículos y libros jurídicos especializados en Derecho Penal Corporativo, colaborando con diversas editoriales jurídicas.

Una de sus pasiones es la formación y la comunicación. Por ello, compagina el ejercicio de la abogacía con la docencia universitaria. Actualmente es profesor colaborador de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona en el Máster de Derecho Penal Económico y *Compliance*, de la Universidad Complutense de Madrid en el Máster de *Compliance Officer* y en la Universidad Carlos III de Madrid en el Máster de Derecho Corporativo y Control de Riesgos Legales de la Empresa

La presente ponencia tiene como temática principal la implantación de programas de prevención del soborno en las organizaciones. Concretamente, se analizará el estándar antisoborno ISO 37001, norma de *soft law* dirigida a prevenir y detectar el soborno en las organizaciones. El foco de esta presentación pretende demostrar cómo la autorregulación puede erigirse en una herramienta realmente eficaz para las organizaciones, tanto públicas como privadas, a la hora de prevenir el riesgo de comisión de conductas constitutivas de soborno, tanto nacional como internacional. Dentro de este marco, se detallarán algunos de los principales elementos o requisitos que debe observar un *compliance program* antisoborno alineado con el estándar normativo ISO 37001.

Para empezar, se presentará un marco general acerca del fenómeno de la corrupción. La corrupción constituye un problema mundial, social y económico que afecta a todos los países en diferente medida y que representa un 5 % del PIB mundial (información obtenida de *World Economic Forum* del 2018), lo cual, traducido en dólares, asciende a la cifra de 2,6 billones de dólares al año. De manera que la corrupción es un lastre para la economía mundial.

En puridad, la corrupción en sí misma no es un delito, más bien es un fenómeno social y económico a nivel mundial, que puede adoptar diversas formas delictivas, como por ejemplo, el cohecho, el tráfico de influencias, la prevaricación e incluso el lavado de activos y financiamiento del terrorismo, etc. Es decir, la corrupción es el escenario global en cuyo paraguas caben toda una serie de conductas delictivas que atentan, fundamentalmente, contra la libre competencia, los derechos humanos y el interés público en general.

Al ser un fenómeno global, los Estados se han adherido a algunos instrumentos normativos de derecho internacional que permiten hacer efectiva la lucha contra la corrupción en términos generales. Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas de Nueva York contra la corrupción, de 31 octubre del 2003, es uno de los instrumentos más importantes a nivel de anticorrupción. La OCDE dictó el Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones internacionales, llevado a cabo en París el 17 diciembre de 1997, referente a la corrupción con un carácter extraterritorial. El Convenio Penal contra la corrupción del GRECO, firmado en Estrasburgo el 27 enero de 1999; el *South African Development Community Protocol against Corruption*, suscrito en Blantyre el 14 de agosto de 2001; y la Organización de Estados Americanos con la Convención Interamericana contra la corrupción, firmada en Caracas el 29 marzo de 1996.

La corrupción perjudica la libre competencia. Efectivamente, por ejemplo, ir a una licitación pública sabiendo que el contrato está adjudicado de antemano desincentiva la pública concurrencia, debido a que muchos de los licitadores se abstendrán de concurrir por las bajas o nulas posibilidades de competir en libertad e igualdad de condiciones. De este modo, las reglas ya no las marcaría el mercado, la libre competencia, es decir, que gane el mejor, sino que gane el que pague la mejor mordida, la mejor comisión o el mejor favor, viéndose así afectada la libre competencia y el desarrollo de los mercados.

También aumenta el costo de los bienes. A nadie se le escapa que las dádivas, los favores o las comisiones incrementan la factura global de los bienes y de los servicios, por lo cual, acaba viéndose afectada la sociedad y la ciudadanía en general.

La corrupción también introduce incertidumbre en las transacciones comerciales. Sin duda alguna, competir sin conocer con seguridad los criterios reales de valoración de las ofertas provoca un escenario de incertidumbre, totalmente indeseado en las transacciones comerciales. Esto, a su vez, conlleva una creciente inseguridad jurídica que tiene como efecto la huida de inversiones a países con un menor índice de corrupción. En la mayoría de las ocasiones, la corrupción también disminuye la calidad de los productos y/o servicios, destruyendo la confianza de la ciudadanía. Al final, las empresas terminan desconfiando de determinados mercados y buscan aquellos mercados más libres, que realmente promuevan la libre competencia entre empresas y, por tanto, promuevan el fair play a la hora de competir.

En resumen, se produce el desprestigio de las instituciones, organizaciones y empresas, la disuasión de las inversiones nacionales y extranjeras y el descrédito de países y naciones enteras, especialmente, en entornos propios de la denominada "corrupción sistémica".

Debido a que la corrupción y el soborno son transversales, es decir, son fruto de la connivencia entre el sector público y privado en la comisión de prácticas corruptivas, únicamente con la aplicación de normas y declaraciones de principios es casi imposible combatir ambos fenómenos. Los Estados, por sí solos, no pueden combatir el soborno, ni la corrupción en general, sino que en su lucha por prevenirlo necesitan de la implicación material de las organizaciones y empresas privadas. Por tanto, es necesario establecer puentes de enlace entre el sector público y el privado para alcanzar dicho fin, así como incentivar a los Estados y a las organizaciones a implantar mecanismos dirigidos a prevenir la corrupción y el soborno, siendo la autorregulación privada una buena herramienta para ello.

Por mucho que un Estado tenga códigos penales potentes, fiscales preparados y recursos suficientes la corrupción interviene en otro terreno, juega en las empresas y fuera de los tribunales. Con lo cual, tiene que haber esa transversalidad entre lo público y lo privado a la hora de gestionar una cultura de integridad y cumplimiento para mitigar el riesgo de soborno y de corrupción. Por esta razón, surge el interés de la autorregulación como herramienta de gestión del riesgo de soborno en las organizaciones privadas, incluso también para el sector público, a través del desarrollo de programas de ética e integridad que, en muchos países, han dado paso a lo que se denomina *public compliance*.

Los Estados no cuentan con las herramientas suficientes para prevenir la corrupción, y necesitan que las organizaciones privadas colaboren en dicha tarea de prevención. Debido a tal circunstancia, nace en muchos países el fenómeno de la autorregulación que implica que las empresas y organizaciones privadas desarrollen sistemas de cumplimiento normativo (*compliance programs*), autoimpuestos y asumidos voluntariamente (*soft law*), con el objetivo de prevenir, detectar y reaccionar ante conductas de soborno producidas en su seno.

En este sentido, en materia de autorregulación, se produce la tendencia legislativa por parte de algunos Estados a utilizar el método denominado del "palo y la zanahoria", que busca incentivar a las organizaciones privadas para que inviertan en la implementación de *compliance programs* y se convierten en acreedoras de una "contrapartida", que consiste en ver reducida o suprimida su propia responsabilidad criminal a través de la aplicación de determinadas eximentes o atenuantes, normalmente vinculadas a la implantación eficaz de dichos programas. De esta manera, las organizaciones pueden ver cómo se les recompensa por el esfuerzo destinado a luchar internamente contra el soborno que, por otro lado, difícilmente verían si el sistema de responsabilidad criminal no otorgara a los *compliance programs* el carácter de eximente o atenuante de responsabilidad.

En España, la regulación adoptada en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica, la cual incluye como delito corporativo tanto el delito de soborno o cohecho público (arts. 419 y ss. del CP) como el privado y transnacional (arts. 286 bis y ter del CP, respectivamente), ha reconocido el valor eximente a los *compliance programs* o modelos de prevención de delitos, siempre que se hubieran adoptado y ejecutado con eficacia antes de la comisión del delito (arts. 31 bis 2 y 4 CP). En caso de haber sido adoptados con posterioridad al delito cometido, tendrán el valor de atenuante (art. 31 quater CP).

España introdujo el sistema de autorregulación regulada en 2015, a través de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo de reforma del Código Penal, mediante la cual se reconocía el carácter eximente a los *compliance programs* pre-delictuales. Sin embargo, con carácter previo a dicha reforma de 2015 –España introdujo en 2010 la responsabilidad penal de la persona jurídica– el Código Penal español no regulaba los *compliance program*. No obstante, no fue sino hasta el año 2015 cuando el legislador penal español optó por instaurar la autorregulación regulada.

En la práctica, ello provocó que, desde 2010 hasta 2015, fueran muy pocas las organizaciones españolas que adoptaron modelos de prevención de delitos o *compliance program* al no ver ningún beneficio o recompensa derivado de su implantación. Aquello, debido a que en ningún caso iba a suponerles una exención de responsabilidad criminal. Igualmente sucedió con las sentencias dictadas en materia de responsabilidad penal corporativa, esto es, brillaron por su ausencia hasta 2016.

En España, hasta la reforma de 2015, la doctrina y la jurisprudencia mayoritariamente definían el modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica como vicarial o de heteroresponsabilidad. A partir de 2015, fruto de la reforma penal antes citada, el Tribunal Supremo y la doctrina considera que, a través de la introducción de la autorregulación regulada y la exención de responsabilidad criminal, se pasó en 2015 a un sistema de autorresponsabilidad que castiga el hecho propio de la persona jurídica, el denominado defecto de organización. La Fiscalía General del Estado español, en su Circular 1/2016 de 22 de enero, consideró que el modelo es un modelo de vicariedad atenuada. Pese a ello, al cabo de un mes de dicha Circular, el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su Sentencia nº154/2016, de 29 de febrero, establece –por mayoría de sus votos, 8 a 7– que el modelo español es de autorresponsabilidad. Esta jurisprudencia ha ido consolidando el Tribunal Supremo a través de sus posteriores sentencias en esta materia.

En Estados Unidos, a pesar de tener un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica de corte vicarial, los acuerdos con la fiscalía americana permiten poner en valor los *compliance program*, a través del sistema de acuerdos de no enjuiciamiento o de enjuiciamiento diferido (NPA o DPA). De esta forma, si se cuenta con un *compliance program* implantado con eficacia, existe la posibilidad de no tener una acusación formal por parte de la fiscalía, o bien tenerla, pero diferida en el tiempo, evitando con ello el daño reputacional a la organización. Se otorga protagonismo a la defensa penal corporativa de la empresa, cuya estrategia de defensa irá vinculada a demostrar la eficacia de un *compliance program* implantado en el seno de la organización. Con ello, a través de la mecánica procesal del sistema de acuerdos de la fiscalía americana, se corrige la rigidez propia de un sistema vicarial y se motiva a las empresas para que adopten *compliance programs*. Esto permite, en definitiva, establecer un marco de colaboración público-privado en la lucha contra la corrupción y el soborno, a modo del modelo del "palo y la zanahoria" antes citado.

Una vez realizada la introducción general y entrando ya de lleno en la gestión del riesgo de soborno, lo primero que se debe tener presente es que la tipificación del soborno puede variar en función de cada país. Al ser un fenómeno mundial, cada país tiene su propia tipificación o definición del soborno o cohecho, aunque muchos de los países latinos comparten definiciones muy parecidas. Algunos países tienen tipificado como delito corporativo el soborno a funcionario o autoridad, pero no así el soborno entre empresas o particulares, como tampoco todos tienen tipificado el soborno transnacional.

Para el término corrupción existen diversas definiciones internacionales. Sin embargo, el Convenio de las Naciones Unidas contra la corrupción no incluye una definición específica, sino que facilita diversos listados de conductas y permite que la definición de corrupción se adecúe en consonancia con cada jurisdicción nacional y organización que lo define. En este sentido, se ha considerado una definición que, a nivel universal, suele ser la más utilizada y es "el abuso de poder en beneficio particular". Dicha definición es usada por Transparencia Internacional y coincide también con la utilizada por parte de la OCDE. En otras palabras, se trata de utilizar el poder conferido para sacar réditos o beneficios personales, tanto en el ámbito público como en el privado.

La norma ISO 37001, debido a su carácter de estándar normativo internacional, define el soborno de manera muy amplia y transversal, facilitando así su posible encaje en la mayor parte de jurisdicciones. De esta forma, define el soborno como la oferta, promesa, entrega, la aceptación o la solicitud –de manera que engloba tanto el soborno activo como el pasivo– de una ventaja indebida de cualquier valor –puede ser de naturaleza financiera o no– directa o indirectamente; utilizando intermediarios o de manera directa e independiente de su ubicación y

en violación de la ley aplicable como incentivo o recompensa, para que una persona actúe o deje de actuar en relación con el desempeño de las obligaciones de esa persona –incluye así tanto el sector público como el privado y cualquier tipo de organización–. El estándar ISO 37001 utiliza esta amplia definición en aras a un doble objetivo: por un lado, facilitar la gestión eficaz de un sistema de gestión del riesgo de soborno, con independencia de las jurisdicciones o ubicaciones en los cuales el mismo será aplicado; y, por el otro, permitir su aplicación transversal a diversas entidades que operan en distintos países y jurisdicciones dentro de una misma organización.

Como ejemplo de transversalidad, es un grupo multinacional que tiene diversas filiales en todo el mundo y que interactúa tanto en el sector público como en el privado. Dicha organización multinacional, usando un entorno autorregulatorio ISO 37001, consigue una homogeneidad en la gestión del riesgo de soborno para todos los países, de forma que implementará, en todas sus filiales, unidades de negocio, países y jurisdicciones, un mismo sistema de gestión o una misma manera de actuar frente al soborno. Por un lado, ello le facilitará alcanzar una cultura antisoborno unívoca y homogénea en todas las jurisdicciones en las que opere y, por el otro, establecer una forma uniforme de hacer las cosas en esta materia para toda la organización, lo cual mejorará la gestión del sistema en su globalidad.

De este modo, aunque haya jurisdicciones donde existan regulaciones menos rigurosas con el riesgo de soborno, la organización adoptará un criterio uniforme y homogéneo en materia de antisoborno en todos los países en los que opera. Con ello, se reduce el riesgo de derivación de responsabilidades penales intragrupo, por ejemplo, por actos cometidos por filiales en entornos regulatorios más laxos con el soborno, respecto de los cuales pueda acabar respondiendo la sociedad matriz del grupo.

Pues bien, en la prevención del soborno a través de la autorregulación privada o *compliance* antisoborno, nos enfrentamos al reto de desarrollar un sistema de autorregulación interno con el objetivo de prevenir, detectar y reaccionar frente a conductas constitutivas de soborno y que, a su vez, permita generar una cultura de integridad y cumplimiento normativo en materia antisoborno. Así, es la propia organización la que diseña, implementa, revisa, actualiza y mejora el sistema que quiere desarrollar internamente para lograr dicho objetivo. Para ello, la organización debe desarrollar e implantar una serie de medidas de control y regular internamente, entre otros aspectos, una serie de controles normativos (políticas, procedimientos o protocolos), controles operativos, auditorías y revisiones periódicas, llevando a cabo con ello un importante ejercicio de auto-organización.

A la hora de definir las medidas idóneas para el control del riesgo de soborno, las organizaciones no encuentran normalmente regulaciones de *hard law* que las establezcan o definan (como ocurre, por ejemplo, en materia de prevención de lavado de activos, riesgos laborales, protección de datos, etc.). En la mayor parte de legislaciones internacionales, inclusive la ecuatoriana y la española, no existen normas extrapenales que definan cómo prevenir y mitigar el riesgo de soborno. No se establece extrapenalmente qué medidas concretas se debe implantar para combatir el soborno en las organizaciones, debiendo ser definido un marco de actuación por parte de cada organización que, a su vez, va a concretar –al menos internamente– cuál va a ser el riesgo permitido.

El Estado deja que sean las organizaciones quienes analicen sus riesgos y establezcan sus propios controles. La propia organización tiene la facultad de definir, a través de políticas, procedimientos y controles, el marco de actuación permitido de sus miembros. A modo de ejemplo, se encuentran las medidas antisoborno, políticas de conflictos de interés, procedimientos para aceptar regalos, obsequios y hospitalidades, realizar patrocinios, ejercer el control financiero, etc. Esa autorregulación privada estructura un marco de actuación interno a la hora de conformar voluntades y tomar decisiones en nombre o por cuenta de la persona jurídica, lo cual se traduce en un sistema de diligencia debida enfocado al riesgo penal, en este caso, al riesgo de soborno.

Pongamos un ejemplo banal respecto de una medida de diligencia en un proceso de contratación

de un empleado, la cual va dirigida a evitar una contratación "a dedo". El discurso de un *compliance officer* o del oficial de cumplimiento antisoborno en una sesión formativa a los empleados sería algo como: "mire usted, para contratar a una persona, no puede contratar a cualquier persona que le pase por la cabeza, usted tiene que iniciar un proceso de selección, usted tiene que tener un mínimo de 3 candidatos y su decisión debe ser objetiva y justificable, escogiendo la persona que presente el perfil más adecuado a los criterios de selección establecidos previamente. Ah, además la persona que tome la decisión no puede tener un conflicto de interés con relación al candidato a contratar".

¿Qué se quiere expresar con este ejemplo? Que debe existir un procedimiento interno que defina y controle la toma de decisiones en materia de contratación de personal, con la finalidad de reducir el riesgo de soborno, primando las capacidades y aptitudes de la persona candidata por encima de los intereses personales de la persona decisora.

A la postre, la responsabilidad de la persona jurídica se definirá en función del grado de eficacia de su propia autorregulación, de tal forma que será de suma relevancia acreditar por esta el correcto diseño e implementación de medidas de prevención y control internas en relación con el soborno cometido. Por este motivo, surge la importancia de dotar a la organización de un sistema de gestión del riesgo de soborno que pueda obedecer a las mejores prácticas internacionales en la materia, como sería el caso del estándar normativo ISO 37001.

De este modo, al momento de acometer un sistema interno de autorregulación, puede ser muy útil y determinante acudir a instrumentos normativos de *soft law* que obedezcan a las mejores prácticas en cada materia. Los estándares normativos ISO pueden ser un buen entorno autorregulatorio para establecer un sistema de gestión de riesgo. A pesar de esto, cabe señalar que obtener un certificado ISO no es patente de corso o un salvoconducto, sino que admite prueba en contrario. No obstante, confiere una apariencia de gestión eficaz de un riesgo concreto a través de una metodología testeada internacionalmente.

Con relación a la ISO, es importante realizar unos breves apuntes para ver el prestigio internacional de esta organización. La ISO es una organización privada, sin ánimo de lucro, compuesta por comités de normalización de 162 países, que nació en 1947 en Ginebra y que elabora normas de *soft law* para diversos ámbitos y sectores. Las normas que elabora esta organización son fruto de un consenso internacional sobre el estado del arte en una materia determinada, a través de un proceso totalmente regulado.

¿Qué aporta una norma ISO? Esencialmente, aporta soluciones a los sectores productivos y a las organizaciones, asegurando temas de gran relevancia como la calidad, la ecología, la seguridad, la fiabilidad, la compatibilidad, la eficacia y la eficiencia, facilitando la supresión de barreras técnicas en el comercio, permitiendo la divulgación de conocimiento y mejores prácticas, así como el establecimiento de un lenguaje común. Al tratarse de un criterio común y universalmente aceptado, facilita su credibilidad ante los tribunales de justicia o ante cualquier tercero, puesto que, estructural e internacionalmente cuenta con un amplio consenso y no existe duda de su corrección como estándar autorregulatorio a seguir.

En el caso de la ISO 37001, esta fue publicada en 2016 y es una adaptación de la ISO 19600. Ha sido diseñada para asistir a empresas en la implantación y mantenimiento de medidas específicas para prevenir, detectar y hacer frente al soborno. Surge de la propuesta de normalización del organismo británico, *British Standards*, en el seno del Proyecto de Comité ISO PC 278. Constituye una norma de carácter global que es aplicable a cualquier tipo de organización, pública o privada, con o sin ánimo de lucro, sin importar el tamaño o el sector, porque parte de un concepto global de organización.

El estándar ISO 37001 establece que su implementación está sujeta al principio de proporcionalidad y razonabilidad, por lo cual, aunque hay que cumplir todos los requisitos para que la norma resulte efectiva, siempre será proporcional a los recursos de la compañía, estructura,

volumen de trabajadores y volumen de operaciones, es decir, proporcional a la magnitud del riesgo. Destaca el hecho de que el cumplimiento del estándar normativo se puede certificar por un tercero. Dicho certificado, generalmente emitido por una entidad de certificación, se configura como un instrumento idóneo para acreditar una apariencia de buen derecho en la gestión del riesgo de soborno de cualquier tipo de organización.

Dibujado brevemente el concepto de normas ISO, a continuación, se analizará algunos de los elementos o requisitos que el estándar normativo ISO 37001 establece como necesarios para dotar de eficacia a la gestión de un sistema antisoborno.

En primer lugar, es sumamente importante definir el contexto de la organización al cual va a aplicarse este estándar, así como el alcance que va a tener el sistema. Cuanto mejor definido sea el contexto, más eficaz resultará el posterior mapa de riesgos de soborno.

Dentro del contexto, es importante definir el tipo de actividades, sectores y países en los que la organización opera o prevé operar, así como la existencia de filiales o entidades bajo control. Por otro lado, también es necesario definir el tipo de productos o servicios que se llevan a cabo, cuáles son sus principales procesos productivos, cómo se organizan las diferentes áreas que llevan a cabo dichos procesos, etc. Asimismo, se debe identificar en qué medida sus ingresos dependen del sector público, para determinar la naturaleza de las relaciones con funcionarios o autoridades públicas, es decir, si la organización tiene contactos y con qué frecuencia se realizan estos contactos con funcionarios o autoridades, así como, si la organización recibe ayudas o subvenciones públicas y en qué proporción con respecto a sus ingresos totales, etc.

Además, dentro de la definición del contexto, es importante establecer la naturaleza, escala y complejidad de las actividades de la organización. No es lo mismo el riesgo de soborno en una organización que puede dedicarse a fabricar y vender solo a nivel nacional, que el de otra que venda en todo el mundo, o bien, el de una organización meramente distribuidora de productos ajenos, o el de un fondo de inversión que invierte miles de millones de dólares en proyectos del sector público. El conocimiento de esa complejidad permite conocer el contexto de la organización, constituyéndose como un elemento muy relevante para analizar y evaluar posteriormente en el mapa de riesgos de soborno.

Otro aspecto propio del contexto es el de identificar las obligaciones y compromisos legales, contractuales y profesionales de la organización. Muchas veces, las organizaciones olvidan los compromisos que han adquirido a nivel legal y contractual con sus grupos de interés. Por ejemplo, hay organizaciones que deben realizar auditorías de responsabilidad social corporativa o auditorías éticas y no las llevan a término, incurriendo con ello en un incumplimiento de un compromiso asumido voluntariamente.

Cuando se elabora el contexto de la organización, es necesario identificar si se cuenta con personal altamente expuesto al riesgo de soborno. Efectivamente, si existen expolíticos dentro de la organización, exfuncionarios públicos, o bien personas vinculadas con los anteriores, se aumenta el riesgo de soborno exponencialmente, en especial, en los procesos donde estas personas llevan a cabo su actividad por cuenta de la organización. Dentro de este marco hay que analizar el riesgo de puertas giratorias o *revolving door*.

Otro de los requisitos o elementos fundamentales es la identificación, análisis y evaluación del riesgo de soborno. En otras palabras, elaborar un mapa de riesgos que identifique y evalúe el riesgo de soborno de la organización. Para ello, se partirá del contexto de la organización previamente elaborado y se analizarán las diferentes áreas, procesos y actividades dentro de las cuáles puede producirse un riesgo de soborno.

Se establecerá una metodología para evaluar los riesgos, misma que permitirá determinar su probabilidad e impacto. Como establece la norma ISO 37001 en su Anexo A.4, en el que expone una serie de recomendaciones para evaluar el riesgo de soborno, se debe tener presente aspectos

como el tamaño y complejidad de la organización, los países en los que opera, la naturaleza y complejidad de las operaciones, la interacción con funcionarios y autoridades, etc. Además, el estándar normativo analizado recomienda que la organización, una vez evaluado el riesgo de soborno, lleve a cabo un inventario de los controles asociados a su mitigación, evaluando el grado de robustez e idoneidad de estos.

El liderazgo es un elemento crucial contenido en la ISO 37001. Sin liderazgo cualquier sistema antisoborno está llamado al fracaso absoluto. Es indispensable tener líderes comprometidos con la cultura antisoborno, dando ejemplo con su actuación, de manera que se promueva y favorezca la instauración de una verdadera cultura antisoborno en la organización y a todos los niveles. Detrás de los denominados *fake compliance*, *paper o cosmetic compliance*, en la mayor parte de las ocasiones subyace una auténtica falta de liderazgo ético. A dicho liderazgo, los americanos le llaman *tone from the top*. En el ejercicio de dicho liderazgo deben estar implicados desde los órganos de gobierno, pasando por la alta dirección, así como los managers intermedios. Cualquier fisura de liderazgo en alguno de estos eslabones dificultará el desarrollo de una verdadera cultura de cumplimiento antisoborno. De hecho, los americanos, conscientes de ello, también utilizan la expresión *tone at the middle*, como muestra de la necesaria implicación de toda la capa directiva en la creación de una auténtica cultura de cumplimiento e integridad.

Otro elemento estructural, establecido de forma insoslayable por la ISO 37001, es el nombramiento de una función antisoborno que supervise el sistema. Dicha función debe ser nombrada directamente por el órgano de gobierno para poder dotarle de la máxima autoridad e independencia en el seno de la organización. De esta forma, actúa como órgano delegado del máximo órgano de gobierno, debiendo ser proveído de los recursos necesarios –humanos y materiales–, para poder dotar de autonomía a la función antisoborno.

Según el estándar ISO 37001, la función antisoborno debe ser ostentada por personas que posean la experiencia, las capacidades y la formación necesaria en la materia, lo cual actuará a modo de vector de su capacidad de liderazgo en el ejercicio de la función. A menos experiencia y formación, menos autoridad y liderazgo, menos libertad e independencia. En ocasiones, el órgano de gobierno no está interesado en que las cosas se hagan bien y, por esta razón, tendrá tendencia a maniar la función antisoborno a través de la infradotación de recursos, o mediante el nombramiento de una persona sin capacidad ni formación suficiente para desarrollar el cargo, de manera que pueda ser sometida a presiones y vea mermada su independencia.

El siguiente requisito de la ISO 37001 es la planificación de actividades para lograr los objetivos previamente establecidos. Se deben planificar objetivos alcanzables por la organización, de manera coherente con los recursos disponibles y las necesidades, y determinado de manera medible, con datos e información útil para el futuro.

Un ejemplo de actividad planificada es la formación anual dirigida a capacitar a los miembros de la organización acerca de prácticas o escenarios de riesgo de soborno. Otro objetivo, por ejemplo, podría ser el de medir la eficacia de los controles financieros en materia de pagos de viajes y viáticos para poder verificar si encubren en realidad pagos corruptos. Se debe ser muy constantes en el seguimiento de los objetivos, así como comunicar y actualizar correctamente los resultados. La planificación es uno de los elementos que dotará de legitimidad y realidad al sistema de gestión antisoborno, a diferencia de los *paper compliance* en los que nada se planifica porque en realidad nada se ejecuta.

Relacionado con este requisito, se debe traer a colación lo que en la norma ISO 37001 se denomina elementos de apoyo. Dentro de los diferentes elementos de apoyo al sistema encontramos aspectos como las competencias, es decir, la formación y capacitación de la función antisoborno, de los empleados comunes y de los empleados expuestos al soborno. El sistema de gestión antisoborno tiene que dotarse de recursos humanos, materiales y financieros. No hay mejor manera de frustrar algo que no asignarle ningún tipo de recurso para llevarlo a cabo. Ello conlleva la elaboración de un presupuesto anual para dotar al sistema antisoborno

de los recursos suficientes en aras a lograr sus objetivos, lo cual resulta definido en la ISO 37001 como uno de los elementos de apoyo al sistema.

Otro de los aspectos fundamentales para cualquier sistema antisoborno, al que la ISO 37001 hace especial énfasis, son los procesos de diligencia debida en cuanto a la contratación de personal. El proceso de incorporación de personas a la organización es uno de los procesos donde la gestión del riesgo antisoborno es más importante. El factor humano es crucial a la hora de cometer prácticas corruptivas y, en muchas ocasiones, el perfil de los candidatos a un puesto de trabajo no es el más idóneo para mitigar el riesgo de soborno. Ejemplo de ello, a nivel de riesgo de soborno, no es lo mismo contratar a alguien que tiene antecedentes penales por hechos relacionados con la corrupción, que aquel que no dispone de antecedentes penales. Quien cuenta con antecedentes penales por corrupción, *a priori*, presenta un riesgo de reiteración delictiva, pudiendo ser totalmente desaconsejada su contratación, en función de la ocupación y el rol que va a desarrollar en la organización.

Según la ISO 37001, cuanto más poder de decisión va a tener la persona candidata a un puesto de trabajo, más robusta es la diligencia por seguir con respecto a su contratación y seguimiento. En este sentido de mayor diligencia, determinadas medidas de gestión interna como, por ejemplo, la firma de declaraciones anuales de conformidad con la política antisoborno o declaraciones anuales de ausencia de conflictos de interés son elementos adecuados para mostrar una debida diligencia con respecto del personal especialmente expuesto al riesgo de soborno.

Destaca especialmente, como requisito del estándar normativo analizado, el diseño e implementación de una política de formación y comunicación. La formación debe ser planificada en atención a la evaluación de riesgos previamente efectuada, así como al mapeo del personal especialmente expuesto al riesgo de soborno. Cualquier programa de formación deberá ser diseñado por capas. En efecto, no puede ser una formación igual para todos, sino *ad hoc* y en función del *target* a formar. Además, deberán usar un lenguaje e idioma apropiados, en atención al rol y a la posición del *target* que recibirá la formación, usando ejemplos ilustrativos que permitan a la audiencia entender los conceptos con facilidad.

De muy poco sirve formar a un operario de una fábrica en soborno o en lavado de activos si la probabilidad de que pueda cometer dichos delitos, por su posición en la organización, es remota. Por ejemplo, será mucho más eficaz formarlo en la existencia y funcionamiento de un canal de denuncias en el que reportar los ilícitos de los que pueda ser conocedor, sin temor a represalias y con garantías de confidencialidad.

La formación debe ser objeto de seguimiento, es decir, medir la eficacia de esta a través de la firma de hojas de asistencia, la realización de un test o examen tras su impartición (o incluso antes y después de su impartición, para poder comparar si se han asumido los conceptos y si ha sido realmente efectiva). Por otro lado, podrá ser *online* o presencial, en función de las personas que van a recibir la formación. Por ejemplo, si formamos a altos directivos o *managers* será preferible un formato presencial, impartido por especialistas en la materia y, en contraste, podrá utilizarse un formato *online* para el resto de las personas de la organización a través de aplicaciones informáticas que permitan el desarrollo de *storytelling o role playing*, etc.

Directamente relacionada con la formación, se encuentra la política de comunicación, recogida también como requisito obligatorio por la ISO 37001. Para que la formación sea efectiva, previamente deberá hacerse un esfuerzo en comunicar internamente las políticas, procedimientos y demás normas internas en las que se sustenta el sistema de gestión antisoborno. En esta etapa se necesitará definir previamente qué se comunica, a quién se comunica, cuándo, cómo y por qué medio, tal y como establece el estándar normativo que analizamos.

Se menciona en publicidad que lo que no se comunica no existe. Sin embargo, no debe caerse en la trampa de comunicar por comunicar, sino que debe planificarse rigurosamente la comunicación en función de cada *target* y de forma idónea al riesgo y rol dentro de la organización

de los destinatarios. Inclusive, debemos planificar la comunicación a externos de la organización (proveedores, clientes, distribuidores, etc.).

Uno de los recursos comunicativos que puede utilizarse para concienciar es el de las lecciones aprendidas, que consiste en comunicar incidentes de *compliance* suscitados dentro de la organización. De este modo, se describe cómo se han afrontado y cuál ha sido el sentido de su resolución. Debe establecerse también un canal de comunicación con la función antisoborno, abierto a todos los miembros de la organización para que, a través de este, puedan realizarse consultas, sugerencias o plantear dudas y mejoras.

Otro aspecto al que la norma dedica un espacio especial y de suma importancia son los procesos de debida diligencia con respecto a los socios de negocio. Los denominados *third parties compliance* sobre terceras partes y socios de negocio que se relacionan con la organización. La ISO 37001 utiliza un concepto muy amplio de socio de negocio, considerando como tal a todo aquel que no es un miembro de la organización, a nivel enunciativo: proveedores, clientes, contratistas, distribuidores, agentes, socios de *joint ventures*, etc.

El riesgo principal que presentan los socios de negocio, en relación con el soborno, está vinculado fundamentalmente con la posibilidad de que la organización pueda resultar responsable de sus prácticas corruptivas, realizadas actuando por cuenta y en beneficio de aquella, siempre que concurra una falta de diligencia en la selección y/o control del socio de negocio (*culpa in eligiendo, culpa in vigilando*). La ISO 37001 recoge una serie de recomendaciones para gestionar el riesgo derivado de los socios de negocio. Para ello, se enuncian en el estándar una serie de medidas de control, no exhaustivas, dirigidas al control y seguimiento de los socios de negocio. Son medidas relacionadas, fundamentalmente, con los procesos de homologación y selección de proveedores, clientes y/o distribuidores, que aconsejan la adopción de medidas de diligencia de diverso alcance, algunas de ellas reforzadas.

Por ejemplo, las medidas serán reforzadas dependiendo de varios parámetros: el riesgo de corrupción del país, el volumen de operaciones o transacciones anuales a realizar con el socio de negocio, el nivel de dependencia o cautividad respecto del socio de negocio, la complejidad de las operaciones, la solvencia técnica y financiera, etc. ¿Por qué Inditex, Primark o H&M imponen códigos de conducta a sus proveedores? Lo llevan a cabo para evitar ser responsables por haberse beneficiado directa o indirectamente de conductas corruptivas o irregularidades cometidas por sus socios de negocio.

Por otro lado, la ISO 37001 requiere como requisito que las organizaciones implanten medidas de control sobre las operaciones que llevan a cabo, la cual se asemeja a un control operacional sobre los procesos propios del negocio. Dicho parámetro incluye medidas de control financiero y no financiero, así como también, el seguimiento de filiales y entidades controladas. Un ejemplo de ello es lo que le ocurrió a la cadena de hipermercados *Walmart*: fue condenada por actos de sus filiales al no tener un sistema de gestión que ejercitara un control sobre estas.

Cada organización puede llevar a cabo un sinfín de controles financieros que típicamente van dirigidos al control sobre las cuentas y registros contables de cualquier tipo de operación, al registro de forma legítima y no encubierta de los movimientos contables, a la prohibición de cajas B, al uso y titularidad de las tarjetas de crédito, etc. Un ejemplo de control financiero sería el de la configuración de una segregación de funciones para un mismo proceso, de tal forma que la misma persona no puede iniciar y aprobar un pago a la vez. Si se aplica una política de segregación de funciones, cuantas más personas estén implicadas en la toma y ejecución de una decisión, menor riesgo existirá de que cualquier de ellas, por sí sola, pueda cometer un acto de soborno.

A nivel de controles no financieros en materia antisoborno, la ISO 37001 recomienda como medidas típicas las políticas de regalos, hospitalidades, donaciones, beneficios y patrocinios. A través de dicho tipo de actividades se pueden encubrir pagos de sobornos a otras organizaciones

o personas vinculadas con las actividades corruptivas.

La función antisoborno debe plantearse, a modo de ejemplo práctico, cuestiones como: ¿a quién patrocinamos?, ¿por qué patrocinamos a una ONG y no a otra del mismo sector?, ¿se ha constatado si la fundación está relacionada con algún partido político o personas que hayan cometido en el pasado algún acto corrupto?, ¿los regalos que hacemos son cortesías sociales?, ¿se permite en determinados países en los que operamos la cortesía social con los funcionarios y autoridades?, ¿existen límites a los regalos?, ¿los límites son por cuantía o por tipología de regalo?, ¿se puede regalar más de cincuenta dólares? En caso de hacerlo, ¿se puede entregar en todos los países? Todo ello debe ser objeto de autorregulación, típicamente a través de las políticas de donaciones, patrocinios y/o mecenazgos, así como políticas de regalos, atenciones y hospitalidades, entre otras medidas. Ello constituye un claro ejemplo de delimitación del riesgo permitido interno por parte de la propia organización en la ejecución de determinados procesos y actividades con riesgo de soborno.

Sin perjuicio del canal de consultas, el estándar normativo analizado prevé como requisito la implantación de canales a través de los cuales se puedan reportar los incumplimientos del sistema antisoborno. La ISO lo denomina "Planteamiento de inquietudes". A la práctica, son canales de denuncia internos, en inglés denominados *whistleblowing*. La existencia de dichos canales constituye un requisito para poder considerar el sistema antisoborno alineado con la ISO 37001. El reporte debe ser realizado a la función antisoborno, de buena fe y bajo la creencia razonable de la existencia de los hechos reportados. Debe protegerse en todo momento la confidencialidad del denunciante e incluso permitir las denuncias anónimas. Además, se recoge en el estándar, de forma expresa, la prohibición de represalias al denunciante de buena fe.

En Europa, cabe destacar la reciente publicación de una directiva para la protección de represalias a los denunciantes/alertadores. Se trata de la Directiva 1937/2019, de 23 de octubre, que obligará a las empresas de más de 50 empleados, así como al sector público, a implantar canales de denuncias confidenciales y securizados, para reportar infracciones en materia del derecho de la Unión Europea, como sería la corrupción y el soborno, lavado de activos, fraude fiscal, etc.

No se debe confundir la denuncia con la investigación interna. La propia ISO 37001 se ocupa de ello y lo trata de forma separada. Establece que las denuncias, una vez evaluadas, deberán ser investigadas por parte de la organización si existen motivos razonables. La investigación será llevada de forma confidencial, debiendo colaborar todo el personal de la organización si es requerido para ello. La norma se encarga de establecer que la organización deberá empoderar a los investigadores, que podrán ser incluso externos a la organización. La ISO 37001 prevé que se tomen medidas apropiadas y proporcionales en caso de que, fruto de la investigación, haya sido detectado un incumplimiento.

Como en todo sistema se debe revisar y auditar de tal forma que se permita realizar un proceso de aseguramiento al órgano de gobierno respecto del cumplimiento de los requisitos establecidos por la ISO 37001. No hay ningún sistema que funcione sin una evaluación continua para medir el desempeño. La ISO parte de la necesidad de la mejora continua a través del conocido ciclo de Deming: *plan, do, check, act*. Este seguimiento del sistema antisoborno incluye actividades a desarrollar por la función antisoborno tales como el monitoreo del sistema, el reporte a la alta dirección y al órgano de gobierno, así como la planificación de una auditoría interna del sistema a intervalos planificados, realizada con objetividad e independencia, de manera que pueda auditarse la efectiva implantación del sistema de conformidad con el estándar normativo.

La revisión continua y la realización de auditorías planificadas permitirá detectar fallos del sistema o incumplimientos o riesgos de incumplimientos, en base a los cuáles, deberán planificarse planes de acciones correctivas, dirigidas a la subsanación o mejora del sistema antisoborno. Por ejemplo, si fruto de una auditoría, se detecta que se han formulado a través del canal de denuncias cinco reportes y solo se han abierto dos expedientes internos, obviando los tres restantes, ello sería

una no conformidad del sistema, que conllevará a una acción correctiva dirigida a la mejora en la gestión del canal, estableciendo las mejoras necesarias para el registro de un expediente interno por cada denuncia presentada.

Recapitulando, la norma ISO 37001 constituye un estándar normativo –del cual se han destacado a través del presente algunas de sus principales características y elementos, sin constituir una referencia exhaustiva al estándar, por limitaciones de espacio y tiempo– que permite instaurar en el seno de las organizaciones una cultura antisoborno, a través de la implantación de un sistema de gestión del riesgo de soborno. La gestión del riesgo de soborno, a través de la autorregulación, constituye una forma de colaborar entre los Estados y las organizaciones privadas en la lucha contra la corrupción en general y el soborno en particular.

La ISO 37001, debido a su consenso y prestigio internacional, constituye un estándar normativo muy adecuado para aquellas organizaciones que tengan previsto generar un entorno autorregulatorio eficaz en la lucha y prevención del soborno en sus distintas formas. Esa norma permite hacer las cosas de una determinada manera, crear una cultura homogénea y transversal en las organizaciones, con independencia de las jurisdicciones en las que estas operen. Además, destaca su condición de norma internacional certificable por un tercero, de forma que constituye un instrumento muy eficaz para servir como prueba preconstituida ante reguladores, tribunales, fiscalías, organismos públicos y/o privados.

La prueba de la idoneidad/eficacia del *compliance program* en el proceso penal



Carlos Caro Coria

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca/España. Estudios Posdoctorales en el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Freiburg im Breisgau/Alemania. Anti Money Laundering Certified Associate (AML/CA), FIBA AML Institute/Florida International University (2012). Especialista en Compliance, AENOR/Madrid (2018). Certificado Avanzado en Cumplimiento Normativo, International Compliance Association/University of Manchester (2018). Digital Transformation Program (2019), Machine Learning Program (2019), Massachusetts Institute of Technology (MIT/USA). Programa de Legal Tech, ESADE Business School/Barcelona (2019). Programa Superior de Compliance, IE Law School/Madrid (2019-2020). Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú (1995-2018), en la Academia de la Magistratura (1997-2010), en la Universidad de Lima (desde 2009), en la Universidad del Pacífico (2017-2019) y en la Universidad Esan (desde 2021). Miembro de la Comisión Especial Revisora del Código Penal (2003-2004) y de la Comisión que elaboró el nuevo Código Procesal Penal de 2004, Presidente de la Comisión del MINJUS que elaboró el Anteproyecto de Ley Contra la Criminalidad Organizada (2007), Miembro de la Comisión del MINJUS que elaboró la regulación penal contra la Minería Ilegal (2012). Socio Fundador de Caro & Asociados (ccfirma.com). Director General del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (www.cedpe.com). Fundador y Presidente de la Asociación Peruana de Compliance (acompliancepe.com). Miembro del Consejo Científico del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano de la Universidad de Göttingen/Alemania (cedpal.uni-goettingen.de). Miembro del Observatorio de Criminalidad Organizada Transnacional de la Universidad de Salamanca/España (crimtrans.usa.es). Presidente del Grupo Peruano de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP). Autor de múltiples libros y artículos especializados en materia penal, procesal penal y compliance. Director del Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa (www.adpeonline.com).

El presente artículo abordará un tema muy específico del *compliance*, bastante polémico, poco debatido y estudiado que es el relativo a la prueba del *compliance* dentro del proceso penal. Aunque esto es algo que sin duda aplica a todo tipo de procedimientos, especialmente, a los procedimientos de carácter administrativo sancionador.

Lo importante es tener como punto de partida los fundamentos del *compliance* dentro del modelo americano para, a partir de ello, poder establecer alguna diferencia. Dentro del modelo americano el *compliance*, mejor dicho, la responsabilidad penal de la persona jurídica tiene su punto de partida en la sentencia del caso *New York Central Rail Road vs. United States*, del 23 de febrero del año 1909, fallo donde el Tribunal Supremo por primera vez, a nivel federal, asume la tesis de la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero no sin polémica. ¿Por qué? porque el Tribunal Supremo hizo una transposición de la doctrina civil del respondeat superior o responsabilidad vicaria, *strict liability* o responsabilidad objetiva, de forma que traslada al derecho penal algo que venía operando en el derecho civil para responsabilizar al principal empleador o titular de un negocio, es decir, la responsabilidad se traslada directamente al derecho penal sin ningún tipo de filtro.

Por esa razón, los abogados de la empresa condenada plantearon una cuestión de inconstitucionalidad y exigieron que el Tribunal Federal estableciera si se trataba de una forma de responsabilidad constitucional o no. Aquello por cuanto la condena implicaba desde ya condenar a los accionistas que no tuvieron derecho a la defensa en el juicio, violándose la presunción de inocencia que es parte del debido proceso y, además, el hecho de que la entidad no puede responder por actos de sus accionistas o directivos.

El Tribunal Supremo descartó la cuestión de inconstitucionalidad y determinó que la persona jurídica debía responder por tres motivos. En primer lugar, por el incentivo, en otras palabras, es la única forma de incentivar a los directivos de las entidades a ser controlados por la organización. A partir del estímulo se gesta el albor del *compliance*. En segundo lugar, por una razón muy práctica: evitar la impunidad. En tercer lugar, debido a la expansión económica de las personas jurídicas resultaba importante imponer esta regulación. Como se ha examinado, el Tribunal Supremo Federal Americano asume la responsabilidad penal de la persona jurídica y esta doctrina no ha cambiado. Hasta el día de hoy sigue vigente. Hoy en día, los tribunales americanos se tienen que pronunciar sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica manteniéndose vigente la regla de la responsabilidad objetiva mediante la fórmula de la *strict liability*.

En el mundo europeo y del *civil law* el tema es completamente distinto. Actualmente, en España existen una serie de fallos que establecen la necesidad de responsabilizar a la persona jurídica, pero teniendo en cuenta sus principios. Todo ello a raíz del fallo del Tribunal Supremo español del 2 de septiembre de 2015. Pero no es sino hasta la sentencia del Tribunal Supremo del 29 de febrero de 2016 que la Corte Suprema española se decanta por un modelo de autorresponsabilidad que, a mi juicio, está bajo discusión por varios motivos que, seguramente, en el momento oportuno se podrán señalar. De esta forma, el Tribunal señala que la responsabilidad penal de la persona jurídica tiene que darse por lo que esta persona jurídica hizo o dejó de hacer.

Se debe recordar que en el *civil law* rige la regla del principio de culpabilidad. Eso no existe en el *common law*, de tal suerte que en el modelo americano ni siquiera existe una distinción entre lo que es antijuricidad y culpabilidad. Por lo tanto, el argumento de la no responsabilidad por el hecho ajeno del *civil law* no es un argumento trasladable al *common law*. De este modo, países como Alemania, tributarios de una dogmática penal fuerte, hasta el día de hoy no acepta un modelo de responsabilidad penal.

En el caso de España, a nivel del Tribunal Supremo se dijo que esta responsabilidad podía aceptarse, únicamente, cuando se establezca un criterio de responsabilidad por el hecho propio. Lo que luego aparece relatado con más detalle en otras sentencias. Tal es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo español del 19 de julio de 2017 en la que se zanján los tres argumentos que deben concurrir para que se pueda aplicar a una persona jurídica la responsabilidad penal de su

actuar. El primer argumento consiste en el delito de una persona natural (que en la norma penal ecuatoriana está relatado en el literal a); el segundo argumento consiste en que debe existir el provecho o beneficio para la sociedad; y, el tercero es la ausencia de *compliance*, es decir, la faz negativa.

Esto es algo que el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador recoge en sus dos primeras partes. De este modo, en el artículo 49 expresamente se reconoce que para que se gatille la responsabilidad penal de la persona jurídica se requiere necesariamente la comisión de un delito por parte de un individuo, pero ¿qué individuo? la respuesta se fija en lo señalado expresamente en el propio artículo.

Por otro lado, de los artículos 49 y 50 se deduce también que el provecho es un argumento para la imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Sin embargo, con relación a la faz negativa no se encuentra, salvo error u omisión de mi parte, alguna referencia que si se puede encontrar en otros países, como España, Argentina, Chile, México y Perú, donde la ausencia de *compliance* se erige como uno de los fundamentos de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

De modo que, mientras el Tribunal Supremo venía decantándose en febrero de 2016 a favor de un modelo de autorresponsabilidad, la Fiscalía General de España siguió la ruta contraria y a través de la circular 1 de 2016 formuló una regla de responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial parecida al modelo americano. Todos dirán ¿cuál es la cuestión práctica acá? ¿Por qué un modelo o por qué el otro? ¿Por qué tanta discusión jurídica? Esto no es gratuito, la discusión jurídica emana del hecho de que en el modelo americano la probanza es más fácil.

En un modelo americano, de *strict liability*, vicarial, de *respondeat superior* o en un modelo por espejo lo que se tiene es un sistema de responsabilidad muy fácil de endosar, de forma que lo que haga el individuo, lo hizo la persona jurídica y responde penalmente el director, el directivo, el gerente de la empresa por un hecho propio. Consecuentemente, de inmediato se gatilla la responsabilidad penal de la persona jurídica. No hace falta probar más. Por el contrario, en el modelo del *civil law* el argumento o la comisión del delito por parte del individuo es el primer punto y en los requisitos necesarios para esa responsabilidad se debe probar el beneficio.

En tercer lugar, se requiere probar esa faz negativa que es la falta de medidas de prevención, es decir, la falta de *compliance*. Así, hoy en día rige el modelo de la sentencia del 29 de febrero de 2016, más no el contenido de la circular de la Fiscalía española de enero del año 2016. Esto se puede apreciar de manera uniforme en la jurisprudencia de la Corte Suprema española que por razones de tiempo no se va a poder precisar. Si puedo hacer algunas valoraciones adicionales en torno al modelo americano y su sentido pragmático.

Entonces, la pregunta sobre el valor del *compliance* se puede detectar en algunos casos prácticos, por ejemplo, en el caso de *Morgan & Stanley* sobre corrupción transnacional, empresa que realizaba inversiones en China y esa inversión se hizo finalmente a través del pago de una coima. Uno de los gerentes de *Morgan & Stanley* en la zona (*country manager*), el señor Garth Paterson pagó 1,8 millones de dólares para viabilizar negocios con una empresa pública del Estado chino. El Departamento de Justicia como ente rector, persecutor o fiscal americano no inició causa penal contra *Morgan & Stanley* porque la empresa denunció el hecho –figura que en los Estados Unidos se denomina *self-disclosure*–. Fue la propia empresa la que llevó el caso ante el fiscal del Departamento de Justicia y, en ese punto, la empresa se dedicó a probar la existencia del *compliance*.

Dentro de este caso la empresa probó que poseía un sistema de control interno y que se firmaban declaraciones de intereses. Se probó además que le advirtieron al *country manager* que operaba en China que estaba haciendo negocios con una empresa pública, una empresa del Estado chino y, por lo tanto, tenía que seguir las pautas de *compliance*. Pese a todo esto, el director cometió el delito. ¿Qué más podía hacer la empresa? Seguramente, nada más. ¿Qué más

podía exigírsele a la empresa? Seguramente, nada más. ¿Qué hizo el Departamento de Justicia? No hizo nada en contra de la empresa. En efecto, persiguió penalmente al individuo, pero no persiguió a la empresa. Este es un ejemplo de un *compliance* eficaz.

Es importante aclarar que, en el modelo americano, el *compliance* tiene mucho valor, alcanzando a ser en su aplicación un eximente en un juicio penal que se presenta como un mecanismo de solución anticipado. Por un lado, en la ley americana existen los *non-prosecution agreements* o los acuerdos de no persecución y los *deferred prosecution agreement*, es decir, los acuerdos de persecución diferida. Eso tiene cierta regulación y aproximadamente el 10 % de los casos donde no hay persecución penal terminan con este tipo de acuerdos. La razón radica en que los *deferred prosecution agreement* necesariamente pasan por una validación judicial a diferencia de los *non-prosecution agreements* que son propios de la potestad de la Fiscalía. Sin embargo, de la totalidad de los casos, el 10 % no se persigue por estos acuerdos y el 90% forma parte de la nada jurídica, por ser casos en los cuales el fiscal simplemente no persigue y se aplica la institución de la *declination*.

La *declination* significa que simplemente no hay persecución penal, lo que implica que el fiscal no fundamenta, no motiva, no hay acuerdo y no se procede. En nuestros países, este actuar es chocante porque si el fiscal no avanza con su deber se lo considera sospechoso. Pero en el sistema americano donde los fiscales gozan de cierto prestigio o, por lo menos, no gozan de la presunción de ilegalidad como podría pasar en otros países, entonces, lo que diga el fiscal no estará bajo sospecha de que su apreciación pueda llegar a ser algo ilegal o un hecho de corrupción. Por eso es que estos casos acaban en un 90 % de posibilidades cuando no hay persecución, por *declination* y en el 10 % restante de los casos por un acuerdo de persecución diferido o simplemente un no acuerdo.

En el caso Siemens se observa un modelo completamente inverso. Este caso evidenció una persecución penal que contó con sanciones en Alemania y en Estados Unidos y tuvo reconocimiento de responsabilidad por ser un caso de *compliance* cosmético. No hubo *compliance* efectivo, hubo *compliance* cosmético, *compliance* para la web, *compliance* plástico, lo que algunos llamarían un buen *fake compliance* o falso *compliance* que solo es una foto, pero en la práctica no se refleja. Siemens fue condenado por haber cometido hechos de corrupción en Venezuela, Bangladesh, etc. Entonces, tuvo que aceptar su responsabilidad y, de este modo, se tiene el modelo completamente inverso.

Por otro lado, en Alemania el *compliance* llega tarde. Esto a comparación de los Estados Unidos donde inicia en 1977 con la *Foreign Corrupt Practices Act*. La primera vez que llega al Tribunal Supremo Federal Alemán (*Bundesgerichtshof*) es con la sentencia del 17 de julio del 2009, siendo el tema central la posición de garante del *compliance officer*. La Corte Suprema alemana reconoce el rol del oficial de cumplimiento como un agente encargado de la prevención de delitos. De esta manera, da lugar a mucha discusión en torno a la responsabilidad penal del *compliance officer*. El punto central está en establecer si es un garante frente al riesgo o si es un garante frente al resultado. En este punto la sentencia da a entender que es un garante frente al resultado, es decir, tiene que evitar delitos, casi como si se dijera que su falta de previsión lo involucra en el mismo delito por omisión.

Se resalta esta sentencia debido a que en ella se considera una tardía expresión del *compliance* a nivel federal alemán. Sin embargo, es más importante la sentencia proveniente de *Landgericht München*, sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán (*Bundesgerichtshof*) del 9 de mayo del 2017 que plantea tres conclusiones. La primera, que el *compliance* es un mecanismo no tanto de exclusión, sino también de reducción de responsabilidad.

Se debe recordar que en Alemania no existe la responsabilidad penal de la persona jurídica, sino más bien, la responsabilidad administrativa y que, además, al 16 de junio de 2020 el gobierno federal ha puesto bajo discusión en el Parlamento Alemán (*Bundestag*) y en el Consejo Federal (*Bundesrat*) el proyecto de integridad empresarial. En Alemania, este proyecto de integridad

empresarial trae consigo una suerte de sanciones administrativas contra la persona jurídica, pero con la discusión de si se trata de un ámbito de sanción administrativo o penal. Esto tomando en cuenta que va a ser impuesta por un juez penal y no la va a imponer cualquier juez. Además, las va a perseguir el fiscal penal. Entonces, más allá del rótulo o nombre –como sucede en Italia o en Perú que se habla de responsabilidad administrativa como formas de responsabilidad penal– el *compliance* puede ser una fuente de reducción o exclusión.

Como segunda conclusión, el *compliance* puede permitir la reducción de responsabilidad civil no solamente respecto a la responsabilidad de la propia corporación, sino también en torno a la responsabilidad de los directivos de la empresa. Por otro lado, el sistema de *compliance* puede tener un efecto positivo en la evaluación de todo el sistema y en cualquier momento del proceso (previo al delito, posterior al delito o durante la comisión del delito). Por eso, en Alemania hay un mercado que se podría denominar el mercado del *compliance* posterior, en donde muchas empresas que están imputadas a nivel administrativo recurren a los abogados y los consultores en *compliance* para poder construir e implementar un modelo de *compliance* post-delito o post-hecho, lo cual podría implicar una sanción administrativa.

Por ejemplo, en Perú existe el reconocimiento del *compliance* a nivel de la Corte Suprema. En la casación del año 2018 se estableció que las consecuencias accesorias son un modelo parecido, pero no igual al de responsabilidad penal de la persona jurídica. Un modelo muy español que emana del texto del proyecto de reforma del Código Penal de 1983 de España y que luego aparece en el artículo 129 del Código Penal español apareció regulado muy tempranamente en el Perú en el año 1991. La consecuencia accesoria en Perú tiene como fundamentación el defecto de organización y se puede imponer consecuencias accesorias contra la empresa si existe tal defecto. ¿Qué es un defecto organizativo? de manera sencilla es no contar con *compliance*. Esto la Corte Suprema lo ha ascendido también a la nueva Ley N.º 30424, ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional. Se trata, en verdad, de una responsabilidad penal bajo el argumento del no *compliance*. Es decir, hay defecto organizativo y la persona jurídica merece sanción cuando no existe *compliance*.

Con relación a algunos aspectos de la legislación comparada es necesario mencionar que, aunque muchos señalan que las regulaciones de *compliance* provienen de la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), ello no es verdad. Los modelos que seguimos provienen de Italia, del artículo 6 del Decreto Legislativo 231/2001. La entidad no responde si prueba que está en *compliance*.

España, Perú y Argentina siguen el modelo italiano. Queda claro que el modelo español es el italiano, el modelo peruano es el modelo italiano-español y el argentino lo mismo. Sin embargo, muy distinto es lo que pasa en México y en Chile. Desde mi punto de vista, con la ley del 2009 el legislador chileno capta con mayor sensibilidad el argumento de que el *compliance* es el fundamento de la responsabilidad penal corporativa, por esta razón, un delito corporativo es captado de mejor forma por parte del legislador chileno y mexicano, pues, en estos países no existe un eximente como en el caso de Italia, Perú, Argentina o España. No lo necesitan porque el no *compliance* es ya un fundamento de la tipicidad penal corporativa.

En Chile predomina que “las personas jurídicas serán responsables de los delitos cometidos por sus dueños siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión”. Es decir, no es necesario el eximente. De esta forma, si una empresa está en *compliance* simplemente no se reúnen los requisitos de este artículo 3, porque el delito no proviene, no es consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión o porque no se han adoptado modelos de organización, etc.

Entonces el modelo chileno, a criterio personal, está más acorde con un modelo de autorresponsabilidad. Lo mismo sucede en México, la regulación está partida en dos ámbitos: el Código Nacional de Procedimiento Penal y el Código Penal Federal. De la lectura de ambas se traduce una fórmula muy parecida a la chilena.

En el caso de Costa Rica resulta un poco extraño, porque pese a los esfuerzos que se plantean sobre el *compliance* solamente se reconoce en la moderna ley del año 2019 una atenuación de hasta el 40%, de la pena. Así, no es un incentivo muy importante y tampoco se entiende por qué no se reconoce el eximente habiendo de por medio una serie de exigencias por parte de la regulación.

Dentro del *civil law*, concretamente en el modelo inglés, se cuenta con la *UK Bribery Act* y la *UK Criminal Finances Act* del 2017 para los casos de evasión tributaria. Sobre el *compliance*, la *UK Bribery Act* menciona que es una defensa para una empresa, para probar que esa empresa tenía procedimientos adecuados diseñados para evitar que las personas asociadas emprendan determinadas conductas. ¿Qué significa que sea una defensa? que en el modelo del *common law* el *compliance* es un argumento de descargo. Recordando que en el *common law* el *compliance* no tiene una ubicación sistemática dentro del derecho penal, esto determina una salida procesal. Entonces esa *defense* es como un sustantivo, es algo muy parecido a otro tipo de argumentos procesales como la coartada. Entonces, es tan potente el *compliance* en el ámbito de la empresa que hace indiscutible la posibilidad procesal. De esta manera, no se le procesa a la empresa porque el *compliance* sea fuerte, sino porque es eficaz. Así, se constituye como un modelo completamente distinto en el que no existe eximente, lo que existe es una regla, una *defense*.

Una *defense* significa que no puedo tocar a la empresa, pero no necesito llegar al juicio, no necesito llegar a la sentencia, eso es lo bueno del modelo *common law*. La *defense* significa que en ningún momento puede ser perseguida, sea al inicio o en sus etapas. Es decir, es una exigencia de valorar el *compliance* no en la sentencia o en el fallo final, sino valorar el *compliance* desde el inicio del proceso.

Frente a estos hechos se debe formular la pregunta ¿el *compliance* es un eximente de culpabilidad o de tipicidad? yo me remito a los trabajos de mi autoría en torno al *compliance* e imputación objetiva. Personalmente me decanto porque en el *civil law*, especialmente, en el modelo romano-germánico –donde rige el principio de culpabilidad– el *compliance* es una cuestión de imputación objetiva, es un riesgo permitido. De esta forma, la tipicidad corporativa hace referencia a los elementos de riesgo no permitido. ¿Qué es el *compliance*? es el riesgo permitido, por lo tanto, no hay imputación objetiva. Normalmente, por ejemplo, en el caso de las auditorías si se habla de delitos medioambientales, fraude fiscal, corrupción privada o pública los auditores cualifican el riesgo y determinan que la probabilidad de ocurrencia en casos medioambientales es nula (impacto nulo, riesgo nulo). En el caso de fraude fiscal los riesgos son bajos, importantes y moderados.

En consecuencia, ¿qué es el riesgo residual? El riesgo residual es el riesgo permitido. Entonces, traducido esto en auditoría significaría que, una vez elaborados y analizados los mapas de riesgos por los auditores sobre el riesgo de la materialización de un nuevo daño contra la empresa, el uso de medidas adecuadas permite prevenir los riesgos. Este riesgo nunca será cero, es decir, siempre va a existir un riesgo colateral o riesgo neto residual, como suele llamárselo. Este riesgo no es otra cosa que el riesgo permitido. De esta forma, considero que el concepto de riesgo permitido e imputación objetiva calza perfectamente con estos cuadros de auditoría que son parte de lo que es la gestión en *compliance*.

En esta sección se va a tratar el tema principal de la exposición. Para comenzar es necesario plantear la siguiente interrogante: ¿cómo es la carga de la prueba? Esencialmente, hablando en términos comparados no aplicados específicamente para un país, existen 3 elementos que deben probarse por la Fiscalía. En contraste, la defensa debe probar lo contrario.

Por parte de la Fiscalía, primero se debe probar el hecho de conexión (delito de la persona natural), dependiendo de cada legislación elude al sujeto que lo comete; segundo, se debe probar el beneficio para la persona jurídica, esto se encuentra claramente expuestos en los artículos 49 y 50 del Código Penal ecuatoriano; y tercero, la inexistencia del *compliance* o un sistema de cumplimiento. En este sentido ¿qué debe probar la defensa? Lo contrario. Esto es la inexistencia

de un hecho de conexión, es decir, que la persona no cometió delito o que la persona natural si cometió delito, pero que este fue cometido en beneficio de la persona natural o de terceros. Luego, la faz negativa. Dentro de este ámbito puede probar que la empresa estaba en *compliance* y, por lo tanto, ya no responderá por nada.

Si se le pregunta a un auditor el mecanismo para probar el *compliance* desde su perspectiva empleará los siguientes requisitos: implantación, monitorización, auditoría interna y externa, la acreditación que es una suerte de auditoría externa con autoridad académica o impacto público (los éticos como los denominó), es decir, los que venden estos sellos de manos limpias, transparencia internacional, que son como una suerte de auditoría y otorgan una validación del sistema aplicado. Finalmente, el último nivel (para los que crean en la mitología griega, el Olimpo, o para los que crean en la mitología germana teutónica alemana, el Valhala) es la certificación ISO.

La ISO 19600 que pasará a ser ahora la 37301 certificable, la ISO 37001, la UNE 19601 de criminal *compliance*, la UNE 19602 de *task compliance*, la 31022 (que es también la última que ha salido de administración legal del riesgo) son certificaciones que aligeran el trabajo de un auditor. Sin embargo, para los abogados esto no funciona porque la prueba por auditoría es una prueba muy falible por ser una prueba por muestreo.

Entonces, el auditor por el sistema implantado y certificado calculará todas las posibilidades que hay por muestreo. Se debe señalar que el auditor no muestrea más del 2 % o 3 % de evidencia que hay en una empresa. Por lo tanto, frente a un fiscal interrogando a un auditor se obtiene que, en relación al proceso en torno a la certificación ISO 37001 de anticorrupción existe el 97 % o 98 % de probabilidad de que el testigo afirme que no auditó ese proceso que dio lugar o que estuvo relacionado con el hecho delictivo.

Continuando con lo señalado, la prueba es falible, por lo tanto, se debe partir de criterios cualitativos como el propuesto por Adán Nieto (en algunos coincido y en otros no). Dentro de estos criterios está el llamado test de idoneidad abstracto-concreto. Así, en primera instancia se analizan los riesgos, es decir, el mapa de riesgos de la empresa, no siendo esta una labor de abogados, sino de auditores.

Sobre el particular la abogacía proporciona elementos para verificar si el mapa es perfectible o no, pero el trabajo es, básicamente, de auditoría. Entonces, se ve el mapa de riesgos frente al hecho delictivo y se va establecer si ese hecho delictivo fue contemplado como riesgo dentro del mapa de riesgos. Si no fue contemplado dentro del mapa de riesgos, por ejemplo, cuando un director se corrompió en un viaje familiar en el que coincidió en una playa paradisíaca con un funcionario público y fuera de todos los controles de la empresa pactó un hecho de corrupción, eso no está en mi mapa de riesgos. No puedo poner en mi mapa de riesgos que los directores se sometían a controles en los viajes familiares, pero si es viable aplicar declaraciones anticorrupción, compromisos éticos, asistencia a las capacitaciones, la no utilización de los fondos de la empresa para cometer delitos, todos estos detalles pueden ser incluidos.

Nuevamente, la empresa no puede regular el viaje familiar del director de negocios, entonces, si el hecho no está mapeado muy bien y el riesgo es cero, no hay más que discutir, el sistema es eficaz. Pero, eficacia no significa que no haya delito, no es sinónimo de riesgo cero. Más bien se relaciona con un hecho imprevisible. Sin embargo, si el riesgo es previsible, pero no estaba mapeado se configura un defecto de arquitectura, lo que a mi juicio implica grandes problemas para el eximente. Por lo cual, solo se debería dar lugar a la reducción de responsabilidad. En esta posición discuto con lo planteado por el colega Adán Nieto que considera que sí es posible mantener la eximente cuando el riesgo, pese a ser previsible, no está mapeado con base en la cultura de la legalidad.

Entonces, si la empresa ha hecho esfuerzos serios por encontrarse en la legalidad, tiene un mapa de riesgos, tiene un canal de denuncias, hay liderazgo, hay autonomía del oficial de cumplimiento, se colabora con la justicia, esa presión de la cultura de legalidad, para Adán Nieto

puede ser un argumento para mantener la exigente. A mi criterio, únicamente, se trataría de una reducción de responsabilidades.

Lo tercero que se plantea son los controles en concreto. Si el riesgo está dentro del mapa de riesgos y tras analizar la cultura de la legalidad se pueden analizar los controles en concreto. A mayor cultura de la legalidad, menores controles concretos y, viceversa, a menor cultura de la legalidad, mayores controles concretos. Ejemplo de ello es si se llevan a cabo negocios en un país que es zona roja de los mapas de Transparencia Internacional. Ahí se debe tener más cuidado en razón de que a menor cultura de la legalidad más controles en concreto. Si se hace negocios en Suiza, donde los índices de corrupción son bajos o casi nulos, evidentemente, hay más cultura de la legalidad y menos controles en concreto.

Dentro de este mismo contexto se encuentran los llamados *managers of acquisitions* de las fusiones y adquisiciones entre empresas a las cuales que se aplica el principio de exigibilidad. ¿Puedo exigirle al gerente de una empresa recién comprada, adquirida o absorbida, que ya se encuentre el *compliance* a las dos semanas? Seguramente no. Si dentro de la empresa absorbida surge un escándalo de corrupción dentro de las dos siguientes semanas ¿puedo exigirle a la absorbente que esa unidad de negocio ya esté en *compliance*? Seguramente no. Por eso, se exige un criterio residual de la exigibilidad, lo que permite observar que se cuenta con una serie de criterios para ponderar argumentos que, si bien no son matemáticos, son argumentos propios de la imputación objetiva. La imputación objetiva no es matemática, es una serie de herramientas normativas y cualitativas que se articulan con la finalidad de poder dar una respuesta racional a un problema concreto.

Finalmente, unas referencias adicionales al modelo americano es que, en los Estados Unidos la ponderación del *compliance*, la valoración de un *compliance* eficaz pasa por el análisis de ciertos documentos. El más importante es el *sentencing guidelines* o guías para sentenciar que se encuentra recogido en el manual del 2018. En el capítulo octavo hay una referencia a la forma de sentenciar a las organizaciones. En segundo lugar, se encuentran una serie de criterios dados por el Departamento de Justicia. En este sentido, es necesario resaltar que la comisión que elabora las guías para sentenciar no pertenece a un organismo específico, se trata de una comisión independiente, multisectorial que integra el sector público y el sector privado.

Para los fiscales, desde el 20 de junio del 2020 la valoración de un sistema de cumplimiento se da con base en tres preguntas: ¿está bien diseñado el programa de cumplimiento de la organización? ¿se está aplicando el programa con seriedad y buena fe? ¿el programa de cumplimiento de la corporación funciona en la práctica? Estas son particularidades en torno a las cuales existe todo un desarrollo y, por tanto, deben ser tomadas en cuenta. Entonces, en los Estados Unidos el *compliance* puede tener referencias en detalle en la *sentencing guidelines* y en esta guía del Departamento de Justicia.

En los Estados Unidos, los abogados han puesto esto en algoritmos, es decir, en *softwares*, programas y aplicaciones que permiten cargar la información y poder ofrecer el detalle para la negociación. De este modo, se analiza si la empresa está en un nivel de cumplimiento determinando cuantitativamente. Esta es una herramienta muy útil para poder negociar. Entonces, se cuenta con una guía de evaluación con los aplicativos para poder ponderar el riesgo y poder tomarlo como una herramienta para la negociación, sea para postular una *declination*, un acuerdo de no persecución o un acuerdo diferido de persecución.

El *compliance* no es un eximente en la ley americana pese a que, en ocasiones, se afirme lo contrario como se señala en el *Justice Manual* título noveno referido a la cuestión criminal, punto 9-28000 sobre los principios para la persecución federal de organizaciones de negocios o empresas. Concretamente, la sección de corporate *compliance* programs (versión de julio de 2019) realiza una declaración final y menciona "*the nature of some crimes may be such that national law enforcement policies mandate prosecutions of corporations notwithstanding the existence of a compliance program*".

De tal forma que, por razones políticas, no político-partidarias, sino por razones de política de la organización de la entidad. Así se tenga el mejor *compliance* el Departamento de Justicia y el fiscal pueden perseguir el hecho. Un ejemplo de esto se dio en la pandemia, donde nuestros países se vieron afectados por la corrupción. Imaginemos que en los Estados Unidos hubiera mucha corrupción. Un fiscal puede pedir que se cambie la política. De este modo, así la empresa tenga el *compliance* más elevado del mundo, un *compliance* previo y mejorado se va a perseguir esto porque no hay una ley, como la italiana, española, peruana o argentina, que establezca que el *compliance* es un eximente de responsabilidad y tampoco existe una ley, como la chilena o mexicana, que exija el no *compliance* como fundamento de la imputación a la persona jurídica. Como en Estados Unidos no existen este tipo de leyes el *compliance*, básicamente, es una solución procesal, entonces, los fiscales pueden decidir perseguir el caso, pese a que la empresa se encuentre en *compliance*.

Perú acoge dentro de su normativa una ley que señala que los fiscales deben solicitar un informe a una entidad pública que es la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV). Si el informe emitido es positivo, el caso se tiene que archivar. Aquello, a mi criterio resulta inconstitucional porque ninguna entidad administrativa puede obligar a un fiscal a archivar el caso.

Lo más interesante de esto es que con el reglamento que se implementó para aplicar esta ley peruana existen una serie de razones expuestas en once rubros por las cuales el fiscal podría rechazar la existencia de un programa de cumplimiento eficaz. La SMV conforme al artículo 48 de este reglamento va a tomar en cuenta hasta 42 criterios. En teoría, se puede hacer con esto algo parecido a lo que se hace en Estados Unidos con los criterios de la *sentencing guidelines* o con los criterios del Department of Justice. De este modo, se puede crear una solución algorítmica para poder ponderar la valía, el valor y la eficacia de los programas de cumplimiento.

Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas



Ana Neira

Ana María Neira-Pena estudió la doble licenciatura de Derecho y Administración y Dirección de Empresas (2004-2010) y cursó el Máster de Asesoramiento Jurídico Empresarial (2010-2012) en la Universidade da Coruña (España). Posteriormente, desarrolló sus estudios de doctorado en esta misma Universidad (2012-2016), obteniendo la máxima calificación de sobresaliente cum laude por unanimidad con una tesis titulada "La persona jurídica como parte pasiva del proceso penal". Es vicepresidenta de la Sección Española de la Asociación Derecho Penal Internacional (AIDP) desde septiembre de 2019, así como de la Asociación Processulus: jóvenes investigadores en Derecho Procesal. Ocupa el cargo de presidenta Presidenta de la "Asociación Universidade Invisíbel" desde el 1 de enero del año 2015. Actualmente, es profesora contratada doctora de la Universidade da Coruña, estando especializada en la materia de Derecho procesal y, particularmente, en temas de Derecho procesal penal. Colabora de forma habitual como evaluadora en Revistas indexadas tales como Política Criminal: Revista electrónica semestral de Políticas Públicas en Materias Penales del Centro de Estudios de la Universidad de Talca, Revista de Derecho de la Universidad de Concepción y Revista Ius et Praxis.

Lo que me gustaría tratar en esta ponencia es, básicamente, la importancia que tienen los aspectos o las cuestiones procesales en el enjuiciamiento penal de las empresas o de las personas jurídicas. Algo que muchas veces es olvidado por los legisladores nacionales.

En España, en el año 2010 se aprobó la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas modificando el vigente código penal. Inicialmente, esta reforma de la legislación penal no vino acompañada, como hubiera sido deseable, por una modificación de las leyes procesales. Aquello dado que, los operadores jurídicos se encontraban sin tener los mimbres necesarios para poder enjuiciar a las personas jurídicas, sin saber, entre otras cuestiones que no encontraban respuesta, qué derechos les correspondían como parte pasiva de ese proceso penal, cómo iban a poder actuar o comparecer en el proceso penal las personas jurídicas y si era posible conformar o llegar a una conformidad con la fiscalía en el marco de un proceso penal. Esto mismo ocurre al día de hoy en Ecuador, donde existe esa legislación en cuanto a los aspectos sustantivos, pero, sin embargo, hay una carencia en lo que se refiere a los aspectos procesales.

No se puede olvidar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la derogación del principio *societas delinquere non potest* son un reto y un desafío para el derecho penal en todo lo que tiene que ver con la construcción de categorías penales como el dolo, la imprudencia y la culpabilidad. Además, es un reto y al mismo tiempo una revolución en lo que se refiere al derecho procesal dado que, en definitiva, el proceso penal ha sido desarrollado a lo largo de los años, siempre pensando en personas físicas vivas, en personas naturales y no en personas jurídicas, con lo cual, adaptar la estructura de ese proceso penal a las personas jurídicas requiere de ciertas intervenciones legislativas o, cuando menos, de ciertas reflexiones que serán planteadas más adelante.

Previo a analizar con mayor profundidad los aspectos procesales, es necesario entender cuál es el sistema de responsabilidad penal de empresa en España que se desarrolla a partir del artículo 31 bis del Código Penal y los artículos concordantes. En el artículo 31 bis del Código Penal español se establece un sistema de responsabilidad penal para las empresas en el cual se distinguen dos sistemas de imputación. Un sistema de imputación que actúa cuando quien ha cometido el delito es un directivo, por lo tanto, un miembro de la alta dirección de la empresa y un segundo sistema de imputación que funciona cuando quien ha cometido el delito es un empleado, un subalterno o un subordinado a esa alta dirección, en definitiva, por lo tanto, un apoderado, un mandatario u otro sujeto que no tiene un poder directo de representación de la empresa, de administración o de organización, sino que actúa de forma subordinada o de forma sometida a esa alta dirección.

¿Por qué es importante hacer esta distinción? porque el Código Penal español solamente exige que se acredite como elemento constitutivo del tipo el incumplimiento grave de los deberes de supervisión para afirmar la responsabilidad penal de las empresas en el caso en el que, quien haya cometido el delito, quien sea en definitiva el autor material del delito sea un empleado, un subalterno y no lo exige cuando quien ha cometido el delito es un miembro de la alta dirección. Esto ha sido confirmado jurisprudencialmente por el Tribunal Supremo. Además, es importante hacer esta distinción porque al lado de estos dos sistemas de imputación hay que distinguir dos sistemas de exención que actúan de manera paralela en el sentido de que, cuando quien ha cometido el delito es un subalterno o un subordinado, bastará para que la persona jurídica no responda penalmente con que tenga implementado un programa de prevención de delitos, un *compliance program* que sea eficaz y que contenga, al menos, los elementos básicos previstos para estos programas en el Código Penal.

Sin embargo, cuando el delito ha sido cometido por un miembro de la alta dirección no bastará con tener implementado un programa de prevención de delitos, sino que adicionalmente, se exigen otros requisitos. Se exige un mayor esfuerzo por parte de la persona jurídica para demostrar que tenía una cultura de cumplimiento corporativa adecuada y, en otro caso, tendrá que responder por los delitos cometidos por esos directivos. Por lo tanto, en ese caso, no basta con que tengan un programa de cumplimiento implementado, sino que también deberá contar en su organigrama con un *compliance officer*, es decir, con un encargado de cumplimiento normativo

con poderes autónomos de iniciativa y control, el cual ha debido desarrollar suficientemente y de forma diligente sus funciones de supervisión. Adicionalmente, tendrá que acreditarse que ese directivo, autor material del delito, ha cometido el hecho criminal eludiendo de forma fraudulenta las medidas o los controles que la empresa hubiera implementado.

En definitiva, un poco a modo de resumen y antes de pasar a la cuestión propiamente procesal, o netamente procesal, cabría decir que una persona jurídica según el Código Penal español responde cuando se ha cometido un delito –también llamado por algunos hecho de referencia o delito base– por determinados sujetos que pueden ser directivos o empleados y siempre que ese delito haya sido cometido por cuenta de la empresa, por lo tanto, en el desarrollo de las actividades propias de la empresa y, además, en beneficio directo o indirecto de la entidad. Aquí hay una diferencia relevante en relación con la legislación ecuatoriana, porque para Ecuador, en el artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal se establece que el delito puede ser cometido en beneficio de la empresa o en beneficio de los socios de la empresa de la cual el autor eludió sus controles de forma fraudulenta.

Sin embargo, la legislación española establece que solamente responderá la persona jurídica cuando el delito haya sido cometido en beneficio de la propia persona jurídica, en beneficio de la organización. Tal es el caso de una sentencia del año 2017 emitida por el Tribunal Supremo español en la cual, en un caso de fraude de subvenciones uno de los socios utilizó a la persona jurídica instrumentalmente para obtener ilícitamente una subvención y, seguidamente, traspasó ese dinero a sus cuentas personales. Pues bien, el tribunal entendió que, en ese caso, no era responsable la persona jurídica, sino que la persona jurídica era víctima. De hecho, le permitió personarse como acusación particular en condición de víctima frente a ese socio que se había enriquecido personalmente.

Además de darse estos elementos positivos del tipo –comisión del delito por ciertos sujetos por cuenta y en beneficio de la entidad–, es necesario que se dé un elemento negativo para que la persona jurídica responda penalmente y tiene que ver, precisamente, con esa inexistencia de un modelo de cumplimiento eficaz, con la inexistencia de un modelo de prevención de delitos eficaz para prevenir, en definitiva, esas acciones delictivas que han tenido lugar.

Bien, el problema con los programas de prevención delictiva o con los *compliance program* es que no se cuenta con un criterio jurisprudencial claro sobre lo que se entiende por compliance eficaz. Con lo cual, al día de hoy, lo único que tenemos es lo que dice el Código Penal cuando establece cuál es el contenido básico de esos programas de cumplimiento y también lo que ha dicho al respecto la Fiscalía General del Estado española en su circular del año 2016 en la cual, entre otras cosas interesantes en relación con estos programas de cumplimiento, ha indicado que efectividad del modelo no significa infalibilidad, es decir, que el hecho de que se haya cometido un delito no implica que el programa no sirva, no implica que el programa sea automáticamente ineficaz. Lo que hay que valorar es si ese modelo de cumplimiento tenía una suficiente fuerza preventiva.

Es decir, si era eficaz desde una perspectiva *ex ante* para disuadir de la comisión de delitos y, asimismo, si incorporaba, de forma adecuada, la faceta reactiva en el sentido de prever cómo se debe actuar en el momento en que se sospecha que se ha cometido un delito, es decir, entre otras cuestiones, cómo castigar disciplinariamente a quienes hayan intervenido en esa acción delictiva, cómo establecer un sistema de denuncia que permita poner de manifiesto y detectar esos delitos.

Bien, dicho esto en relación con el sistema de responsabilidad penal, la primera pregunta por plantearse tiene que ver con la concurrencia de responsabilidades entre la responsabilidad que se imputa a la persona física y la responsabilidad que se imputa a la persona jurídica. Es decir, la responsabilidad que se imputa a la empresa y al directivo o empleado que ha actuado como autor de ese delito y del que, en definitiva, se ha derivado esa responsabilidad para la persona jurídica. Aquí hay que tener muy claro que, en definitiva, aunque guardan cierta autonomía, estas

dos responsabilidades no son totalmente independientes. Por lo cual, en este punto se habla de la llamada autonomía relativa que, en cierta medida, se trata de responsabilidades autónomas, pero también interdependientes. De tal forma que existe una parte de ese contenido típico que es común a persona física y a persona jurídica que se denomina el delito base o el hecho de referencia, que la mayor parte de la doctrina asimila a un hecho típico, por lo tanto, un hecho antijurídico y subsumible en alguno de los tipos del Código Penal.

¿Qué ocurre con la culpabilidad, con ese otro elemento del delito? No es posible identificar la culpabilidad de la persona física con la culpabilidad de la persona jurídica. Hay que entenderlas de forma individual, de forma separada. Con lo cual, se evidencia una parte común a las responsabilidades del directivo empleado y a las responsabilidades de la empresa, que sería ese hecho típico y antijurídico –delito base–, pero luego surgen una serie de circunstancias, una serie de elementos que son independientes, que son autónomos y que corresponden única y exclusivamente a cada uno de los sujetos de forma independiente.

Estos elementos independientes vienen integrados por circunstancias que determinan, por una parte, la culpabilidad de la persona física, véanse circunstancias atenuantes, agravantes y, por otra, aquellas circunstancias que afectan exclusivamente a la culpabilidad de la persona jurídica, señaladamente, todo lo que tiene que ver con sus atenuantes específicas, o con el incumplimiento de los deberes de supervisión o la inexistencia de un programa de cumplimiento, entre otras cuestiones. Esta distinción entre la culpabilidad de la persona física y de la persona jurídica sí se refleja claramente en el Código Penal español, en el artículo 31 quater, apartado segundo y, también, en el artículo 50 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador que regula esta cuestión.

Nótese algunos ejemplos jurisprudenciales que ponen de manifiesto esta relativa autonomía a la que se acaba de hacer alusión, esa interdependencia relativa entre las responsabilidades de persona física y persona jurídica. El primer caso es una sentencia del Tribunal Supremo que es bastante ejemplificativa y paradigmática de lo que se acaba de explicar. Se trata de una sentencia en la cual se resuelve un recurso de casación frente a una sentencia que, en primera instancia, había condenado a una persona física y a una persona jurídica por un delito de estafa. Había condenado a la empresa y a su directivo. ¿Qué ocurre? En casación, el Tribunal Supremo entiende que no se ha dado ningún delito de estafa, es decir, que faltaba un requisito típico, que no había engaño bastante y que, por lo tanto, esa conducta no era relevante penalmente, no era típica.

¿Qué ocurre en un caso así? En este caso, la tipicidad es algo común a persona física y persona jurídica, se ubica en esos elementos comunes que fundamentan la responsabilidad tanto de la persona física como de la persona jurídica, aunque el recurso de casación había sido interpuesto solo por la persona física, solo por el directivo, el Tribunal Supremo decide absolver a ambas: absuelve a la persona física recurrente y absuelve también a la persona jurídica no recurrente. ¿Qué está haciendo el Tribunal Supremo? Básicamente, aplicar el efecto extensivo de los recursos que permite que, cuando un recurso es estimado en favor del reo, los otros reos que se encuentran en una situación idéntica a la del reo recurrente pueden verse favorecidos o beneficiados por esa estimación aun cuando ellos no hayan interpuesto el referido recurso. El Tribunal Supremo señala que, en este caso, aplica el efecto extensivo y la persona jurídica también queda exenta de responsabilidad porque, en definitiva, lo que estamos afirmando es que esa conducta no es típica, que esa conducta no es relevante penalmente.

En este mismo sentido, el Alto Tribunal puntualiza que este efecto extensivo tendría que matizarse si la estimación del recurso lo fuera por otros motivos. Por ejemplo, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia de la persona física. Es decir, nos indica el Tribunal Supremo que la culpabilidad de persona física y persona jurídica son independientes, el hecho de que no se haya conseguido acreditar la culpabilidad de la persona física no implica que la persona jurídica deba ser absuelta. Sin embargo, lo que sí se afirma es que el hecho enjuiciado no es típico y no es antijurídico. Esta apreciación, al referirse a elementos comunes a la responsabilidad de uno y otro sujeto, favorecerá tanto a persona física como a persona jurídica.

Otro ejemplo en relación con esta concurrencia de responsabilidades se ve en la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca del año 2017. Una sentencia también interesante, entre otras cosas, porque es la primera sentencia que condena a una persona jurídica sin condenar al mismo tiempo a una persona física. ¿Por qué lo hace en este caso? pues porque el administrador considerado el autor material de este delito había fallecido. Este es un supuesto que expresamente prevé la ley: se puede condenar a la persona jurídica sin condenar al mismo tiempo a una persona física. De hecho, en este proceso penal fueron acusados una persona jurídica y un miembro de la entidad, una auxiliar administrativa que se entendía no tenía dominio del hecho, con lo cual, se establece la absolución de esa auxiliar administrativa y, sin embargo, se condena a la persona jurídica. Se evita así una laguna de punibilidad porque el administrador que es el autor material de ese delito ha fallecido, pero no por ello se va a dejar de condenar a la persona jurídica.

Esta sentencia llega al Tribunal Supremo en vía de casación. El Tribunal Supremo dice y reafirma algo que ya sabíamos y algo que establece tanto la ley española como la ley ecuatoriana: para condenar a una persona jurídica no es necesario condenar a una persona física. Es decir, la condena de la persona física no es presupuesto de la condena de la persona jurídica. Basta con constatar que, en definitiva, un miembro de la entidad ha debido de cometer ese delito razonablemente sin necesidad de que haya una condena efectiva para la persona física autora material del hecho. Bien, estas son las reflexiones en relación con la concurrencia de responsabilidades de persona física y persona jurídica.

En este apartado se tratarán algunas cuestiones que tienen que ver con los presupuestos procesales, concretamente, con los presupuestos procesales del órgano (jurisdicción y competencia) y presupuestos procesales de las partes (capacidad para ser parte y capacidad procesal). Evidentemente, todo ello en relación con el enjuiciamiento de las personas jurídicas.

Empezando, por lo tanto, con el tema de la jurisdicción. En este sentido, habría que determinar o establecer ¿hasta dónde pueden llegar los tribunales, en este caso españoles (en general, los tribunales nacionales de un Estado dado) a la hora de perseguir las actuaciones empresariales delictivas realizadas por sus empresas nacionales en el extranjero? Es decir, ¿podemos perseguir, por ejemplo, a la empresa española Inditex (una empresa textil bien conocida que tiene su domicilio social en España y, por lo tanto, tiene nacionalidad española) por las actuaciones que realiza su filial en Brasil? Esta es una cuestión que nuestra ley no resuelve de forma clara y que es importante para realizar una persecución efectiva de la delincuencia empresarial. ¿Por qué es tan importante responder a esta pregunta? Básicamente, porque la delincuencia empresarial o, al menos, la gran delincuencia económica desarrollada a través de empresas tiene esa nota de transnacionalidad, es decir, no opera solo a nivel local o solo a nivel estatal, sino que normalmente opera sin conocer las barreras propias de las fronteras nacionales.

En primer lugar, ello es así porque vivimos en un mundo en el que, a lo largo de los años, se ha dado una intensa liberalización del mercado y de la actividad económico-empresarial. Esto hace que sea muy fácil deslocalizar empresarialmente una actividad o deslocalizar el capital, no solo dentro de la Unión Europea o dentro de específicas regiones económicas, sino incluso a nivel mundial. A esto, hay que añadir que cada Estado evidentemente tiene una regulación penal distinta, no hay estandarización legal y las normas penales no son iguales. De hecho, esto se ve claramente con la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

No todos los Estados, incluso dentro de la Unión Europea, exigen responsabilidad penal a las empresas. Algunos Estados optan por usar el derecho penal y otros por no usarlo. Esto tiene como resultado una suerte de *forum shopping*. ¿Qué quiere decir esto? Pues que existe el riesgo de que las empresas deslocalicen territorialmente aquellas actividades más riesgosas en términos penales y que las ubiquen en aquellos Estados donde la legislación es menos exigente, menos intensa o donde entienden que tienen menos posibilidades de ser efectivamente perseguidas. Aquello les permita actuar de manera impune, además de permitirles consolidar las ganancias ilícitas, esto es, las ganancias derivadas de esa actuación delictiva.

Un ejemplo bastante paradigmático de este tipo de actuaciones y que parece especialmente interesante es el desarrollo que ha tenido en diferentes sedes judiciales el caso de la petrolera Shell. Esta empresa ha sido demandada ante tribunales nigerianos, ante tribunales holandeses y ante tribunales del Reino Unido por unos mismos hechos que ha cometido en el delta del Níger que, a día de hoy, es una de las zonas más contaminadas del mundo. Una contaminación que, evidentemente, tiene consecuencias para la vida de las personas que ahí residen, para que puedan tener agua potable, para sus cultivos, etc.

¿Qué es lo que ha ocurrido aquí básicamente? Pues que la multinacional angloholandesa Dutch Shell tiene una filial nigeriana que tiene su sede social en Nigeria y, por lo tanto, tiene nacionalidad nigeriana. La multinacional tiene una participación del 30 % en esta filial nigeriana. Hay otros participantes, pero los más importantes son esta multinacional angloholandesa y una empresa pública nigeriana que depende del gobierno nigeriano y que ostenta el 55 % de la propiedad de esa filial nigeriana. ¿Qué han intentado las víctimas de estos delitos medioambientales y algunas organizaciones que han tratado de buscar justicia en esta situación? Bueno, en primer lugar han intentado, como es lógico, acudir a los tribunales nigerianos porque el delito se ha cometido en Nigeria –tanto si atendemos a la acción típica como al resultado lesivo– y, además, se ha cometido por una empresa de nacionalidad nigeriana, que es esta filial de la empresa multinacional.

No obstante, los tribunales nigerianos no son independientes, es decir, no tienen un nivel de independencia adecuado en relación con el gobierno. El gobierno mantiene muchos intereses en esta multinacional con lo cual todas las demandas y reclamaciones de las víctimas de ese delito ecológico han caído en saco roto. Junto con otras acciones interpuestas ante los tribunales internacionales y ante los tribunales ingleses que no han tenido demasiado éxito, cabe destacar la demanda interpuesta frente a los tribunales civiles holandeses. ¿Por qué? Porque aquí las víctimas del delito han demandado, por una parte, a la filial nigeriana y, por otra parte, a la multinacional. Con lo cual, al tener uno de los demandados domicilio en Países Bajos, en Holanda y, por lo tanto, al ostentar nacionalidad holandesa, los tribunales holandeses se han declarado competentes para conocer de esa demanda y han terminado condenando a la filial nigeriana.

Similares hechos podrían ocurrir en España en el orden civil, en reclamaciones civiles, porque se cuenta con una norma de jurisdicción civil que permite que cuando uno de los demandados tiene nacionalidad española otras personas de diferente nacionalidad pueden ser demandadas por hechos realizados en el extranjero. Sin embargo, para el orden jurisdiccional penal no existe una norma análoga con lo cual, a efectos penales, nos encontramos con un problema de jurisdicción. Los tribunales españoles no serían competentes, por ejemplo, para conocer de los delitos cometidos en Brasil por la filial de Inditex en aquel país, si esta tiene nacionalidad brasileña.

En este sentido, siguiendo con el tema de la jurisdicción, lo primero que habría que determinar es si en realidad la matriz en un grupo de empresas, por ejemplo, esa filial angloholandesa de Shell o, en su caso, la matriz Inditex de la cual dependen las diferentes filiales que existen en el mundo tendría responsabilidad propiamente por lo que sus filiales desarrollan o si, por el contrario, esas filiales son autónomas. Bien, aquí lo que nos dice la norma UNE 19601 en relación con los sistemas de gestión de compliance es que las matrices tienen que responsabilizarse de las actuaciones que sus filiales realicen en el mundo, con lo cual una matriz tiene que asegurarse de si sus filiales o las empresas que controla, al igual que en general sus socios de negocio, tienen implementados determinados modelos de prevención delictiva. De este modo, pueden exigirles la adopción o la implementación de ese tipo de modelos de prevención delictiva para que eviten la comisión de delitos en su seno. Esto tiene que ver con la responsabilidad sustantiva, es decir, si podemos imputar responsabilidad a la empresa matriz por lo que hacen sus filiales.

¿Pero qué ocurre cuando bajamos al terreno de la práctica? Cuando se trata de determinar desde la óptica procesal si los tribunales españoles pueden ejercer su soberanía, pueden ejercer su jurisdicción en relación con esas entidades de nacionalidad extranjera que delinquen en el extranjero, pero que dependen de una entidad matriz española, ahí empiezan los problemas. En este sentido, hay que advertir que existen ciertos criterios de atribución de la jurisdicción que atienden

al tipo de delito (jurisdicción universal y principio real o de protección) respecto de los cuales tenemos un listado de delitos. Así, España puede perseguir esos delitos independientemente de que quien los cometa sea extranjero e independientemente del lugar en que se cometa el delito.

Pero cuando se habla del principio de territorialidad y del principio de nacionalidad e intentamos aplicar estos criterios a las personas jurídicas nos encontramos con problemas importantes. Por ejemplo, imaginémosnos las dudas que surgen respecto del principio de territorialidad. ¿Cuándo se considera un delito cometido en España? Aunque parece fácil de determinar, cuando hablamos de delincuencia empresarial no es tan sencillo. Volvamos al mismo ejemplo. Si Inditex a través de su filial extranjera en Brasil comete ciertos delitos medioambientales o delitos contra los derechos de los trabajadores en el ejercicio de su actividad en Brasil ¿ese delito puede considerarse cometido en España? Cabría argumentar, por ejemplo, que la empresa matriz que está domiciliada en España ha dado la orden de actuar con criterios medioambientales poco respetuosos con el entorno o de contratar con determinados criterios de desempeño laboral que vulneran los derechos de los trabajadores.

Es decir, la pregunta sería ¿podemos entender que el delito se ha cometido ahí donde se ha decidido qué se va a adoptar esa política empresarial o solamente podemos entender que el delito se comete donde se desarrolla la acción típica o donde se materializa el resultado dañoso? Así, por ejemplo, en el caso apuntado, si se comete un delito relacionado con la explotación laboral de menores en Brasil, ¿se puede entender ese delito cometido en España por el hecho de que la matriz española haya consentido, haya tolerado o, incluso, haya ordenado la contratación de menores de edad para el desarrollo de ciertos trabajos? Bueno, pues la respuesta a tal pregunta no está clara con la legislación que, a día de hoy, rige en España.

Desde luego parece que hacerse de la vista gorda, por así decirlo, o entender que cada una de las filiales extranjeras es absolutamente independiente y autónoma en sus actuaciones parece convertir en agua de borrajas, en ineficaz esta responsabilidad penal de las empresas. Las entidades empresariales, a diferencia de las personas físicas, tienen mucha capacidad para actuar de forma simultánea en diferentes lugares del mundo a través de diferentes estructuras jurídicas que no tienen por qué ser una filial con personalidad jurídica propia, sino que también pueden ser una sucursal, un establecimiento permanente u otro tipo de instrumentos jurídicos. Entonces, tenemos que buscar alguna manera de que, de alguna forma, la matriz controle a sus filiales y de que la jurisdicción del lugar donde está esa matriz pueda extender su soberanía, concretamente, su poder jurisdiccional a esos otros territorios. Y ello porque, en otro caso, nos vamos a encontrar con la ineficacia en este tipo de responsabilidad.

De igual manera, en cuanto a la nacionalidad habría que determinar qué empresas tienen nacionalidad española. De nuevo, tenemos aquí dos alternativas: entender que solo aquellas entidades que tienen domicilio social en España son, en sentido estricto, españolas; o entender que las filiales extranjeras de esas multinacionales españolas o sus establecimientos permanentes o sucursales etc. también pueden ser considerados a estos efectos de nacionalidad española y, por lo tanto, extender hasta ellos nuestra jurisdicción. De nuevo, en función del criterio que elijamos eso puede determinar la eficacia o ineficacia preventiva de la responsabilidad penal de empresa.

Para cerrar el tema de la jurisdicción, se debe tener en cuenta ciertos criterios. El primero es que el principio de territorialidad debe de prevalecer sobre los demás porque es el más respetuoso con la soberanía nacional, es decir, si algo ocurre en un determinado territorio, evidentemente, los primeros tribunales que deben de actuar son los tribunales de ese territorio. ¿Qué ocurre? Muchas veces, esos tribunales no tienen capacidad para actuar, por ejemplo, por falta de independencia, como ocurría con los tribunales nigerianos que no tienen independencia frente al gobierno nigeriano. Otras veces, el Estado en que se ha cometido el delito no tiene los instrumentos jurídicos necesarios, no tiene responsabilidad penal de empresa, no tienen tipificados esos delitos, no tiene una protección lo suficientemente robusta. Por eso, para evitar esas lagunas de punibilidad parece conveniente usar el criterio de la nacionalidad como complemento al de territorialidad.

Por último, hay que atender también a razones de economía procesal, es decir, de nada nos vale atribuirle poder para enjuiciar y para investigar a un Estado cuando las pruebas, los testigos, los acusados se encuentran en la otra esquina del mundo o cuando no tenemos ningún mecanismo coercitivo para después hacer efectivas esas sanciones. Por ejemplo, en el caso Volkswagen, empresa automovilística alemana, cuyos operarios trucaron intencionadamente los sistemas de los coches para detectar ciertas emisiones de gas y, de esta manera, poder sortear los controles de las autoridades en relación con los niveles máximos de emisión de gas. Este caso fue, enjuiciado en Estados Unidos de forma autónoma. Sin embargo, en España, los tribunales españoles decidieron inhibirse en favor de Alemania argumentando que en Alemania están los documentos, en Alemania están los testigos, en Alemania están la mayor parte de las pruebas.

Ahora, el problema específico que se plantea en este caso es que en Alemania no hay responsabilidad penal de las personas jurídicas, ergo, la empresa en sí va a quedar imprejuizada, no va a poder ser juzgada en Alemania porque su ordenamiento jurídico no prevé la responsabilidad penal de empresa. En este caso, podrán ser enjuiciados los directivos, pero no la empresa en sí misma. En este caso, parece que España no actuó de forma adecuada inhibiéndose en favor de Alemania porque no existía ningún riesgo del *ne bis in idem*, no había identidad de sujeto. Así, era debido continuar con el proceso, al menos, frente a la persona jurídica. Además, entre España y Alemania sí existe la posibilidad de compartir pruebas o cooperar en la investigación, en tanto que se trate de dos Estados miembros de la Unión Europea y hay mecanismos de cooperación disponibles a tal fin.

En cuanto a la competencia, simplemente señalar que en España la competencia se rige, por una parte, por el criterio general de la gravedad de la pena y, por otra, por ciertos criterios especiales de aplicación preferente que tienen que ver con el tipo de delito y con el tipo de persona enjuiciada, especialmente, cuando hablamos de ciertos cargos públicos o de ciertos sujetos que desempeñan determinadas funciones públicas. Lo que aquí interesa destacar es que el legislador español ha introducido una norma específica para determinar la competencia en el caso de las personas jurídicas.

Esta regla competencial indica que cuando la competencia venga determinada por el criterio general de la gravedad de la pena no vamos a atender a la gravedad de la pena señalada para la empresa, sino única y exclusivamente a la pena señalada para la persona natural o persona física. Con lo cual, lo que estamos diciendo es que la pena de la persona jurídica, a efectos de determinar la competencia, deviene irrelevante, no nos importa. Solamente se va a atender a la pena que, en su caso, corresponda al directivo, al empleado o, en general, al autor material del hecho.

Con esto, parece que el legislador lo que pretende, de alguna manera, es favorecer ese *simultaneus processus*, es decir, favorecer que se enjuicien siempre conjuntamente persona física y persona jurídica. Por otra parte, esta regla de competencia, criticada por algunos autores, tiene cierta lógica dado que, básicamente, lo que viene a reconocer el legislador es que, en definitiva, como decíamos al inicio, persona física y persona jurídica responden por un núcleo común, por un delito base que es común.

Con lo cual, atendiendo a la gravedad de ese delito podremos determinar qué tribunal es el competente, sin necesidad de estar jugando con esta doble penalidad. Imaginémosnos que en el caso de una persona física un delito de estafa puede llevar aparejada una pena de hasta 5 años de prisión, mientras que la pena para la persona jurídica puede ser una multa, puede ser la disolución, puede ser el cierre de un local o puede ser la prohibición de recibir subvenciones durante un determinado periodo de tiempo, lo cual dependerá de una serie de circunstancias, a veces, ajenas a la gravedad del delito, tales como las consecuencias para los trabajadores o la necesidad de prevenir la continuidad delictiva (art. 66 bis CP).

En consecuencia, el legislador no va a atender a otras circunstancias que determinan la pena

de la persona jurídica, sino única y exclusivamente a la pena de la persona física. Lo cual, en definitiva, a efectos de determinar la pena facilita bastante la labor de los operadores jurídicos además de que, como se señaló hace un momento, se favorece también ese enjuiciamiento conjunto.

En cuanto a la capacidad para ser parte habría que hablar de ¿qué personas jurídicas son imputables? ¿Qué personas jurídicas tienen capacidad para adquirir esa condición de sujeto pasivo, de parte pasiva del proceso penal? En definitiva, qué entidades tienen capacidad para adquirir esa condición de imputado, de encausado, acusado o procesado según el momento procesal en que nos encontremos. Aquí también hay una cierta analogía entre lo que dice la legislación española y la legislación ecuatoriana. Ambas limitan esta responsabilidad a las personas jurídico-privadas, es decir, quedan fuera las entidades que no son persona jurídica, que carecen de personería jurídica o personalidad jurídica y quedan fuera, asimismo, las personas jurídico-públicas (el Estado, las Administraciones Públicas u otros entes públicos).

En España esto no ha sido una cuestión inamovible, el legislador ha ido cambiando de criterio a lo largo de los años. Inicialmente, se excluía específicamente de la responsabilidad penal a los partidos políticos y a los sindicatos. Esto se modificó en el año 2012, con lo cual, a día de hoy, un partido político o un sindicato pueden ser perseguido penalmente y pueden ser penados con cualquier tipo de pena, incluso con la disolución.

El hecho de que no haya ningún tipo de límite en cuanto a las penas para estas entidades que desarrollan funciones de indudable relevancia constitucional quizás pueda resultar un poco arriesgado. Por ejemplo, el caso de un partido político que tiene una gran representatividad y representación en el país que, de repente, un juez de instrucción como medida cautelar, previo a la existencia de una sentencia de condena, decide suspender sus actividades en pleno período de elecciones afectando a la realización de la campaña y su consecuente ausentismo. En el ejemplo, los hechos sucedidos podrían resultar peligrosos en un pretendido y ansiado equilibrio entre los poderes del Estado, en donde se deberá repensar el tipo de limitación en cuanto a las penas.

Esta limitación se establece, por ejemplo, sorprendentemente para las sociedades mercantiles estatales, concretamente, para las sociedades mercantiles que actúan como una empresa en el mercado, pero cuya propiedad pertenece mayoritariamente al Estado, es decir, más del 50 % de su capital es público, es estatal. En este caso, sí que tenemos limitación de penas, solo se les pueden imponer multa e intervención judicial, pero no se les puede prohibir realizar sus actividades ni se puede acordar su disolución (art. 31 quinquies 2 Código Penal español). Bueno, parece que quizás aquí hay un cierto desequilibrio o discriminación en el tratamiento que no encuentra una justificación objetiva y razonable. Quizás sería conveniente aplicar también esa limitación de penas a los partidos políticos o a los sindicatos.

En cuanto a las personas jurídico-públicas, estas sí quedan excluidas expresamente de la regulación de la responsabilidad penal de empresa. Dice el Código Penal que el Estado, las Administraciones Públicas, los organismos reguladores, por ejemplo, el organismo que regula la bolsa de valores, el Banco de España, etc., todas estas entidades también quedan excluidas de responsabilidad, al igual que las organizaciones internacionales. No tienen responsabilidad penal porque expresamente así lo ha querido el legislador. Bien, aquí habría que pensar si realmente la exclusión de estas entidades, especialmente, de esos organismos reguladores, de esas entidades públicas empresariales es adecuada porque, en definitiva, no tenemos que pensar que esto es algo que viene dado por la naturaleza de las cosas. Esto no deja de ser una opción legislativa.

En otros Estados los entes públicos responden penalmente, es decir, un ayuntamiento u otro ente de la administración local o regional puede ser imputado penalmente, como ocurre, por ejemplo, en Estados Unidos, en los Países Bajos, en Italia, entre otros Estados. Además, hay que tener en cuenta, como indica Zúñiga Rodríguez, que la exclusión de estos entes del régimen general de responsabilidad supondría darles un trato privilegiado y crear ámbitos de impunidad

intolerables en el sentido de que, si la regla es que las personas jurídicas responden penalmente, para excluir a una determinada persona jurídica tendremos que tener un fundamento objetivo y razonable. No se puede simplemente excluir arbitrariamente a ciertos entes públicos y dejar incluidos a otros, porque, en definitiva, lo que se va a provocar es que se trate de canalizar la actividad criminal a través de aquellas formas jurídicas en las cuales la posibilidad de responder penalmente es menor o, en su defecto, inexistente.

De la misma manera que se ha comentado, a modo personal considero que lo más adecuado, mejor que excluir de plano a estos entes de la rueda penal o de la responsabilidad penal sería limitar sus penas, es decir, establecer penas que, en definitiva, preserven su función pública, que preserven su capacidad de prestar un servicio público o de ejercer una actividad de pública necesidad como, por ejemplo, hace el sistema italiano.

La regulación italiana señala que los entes públicos responden penalmente, pero que, si la sanción implica suponer que un servicio público se corte o deje de prestarse esta sanción deberá ser sustituida por otra que no sea perjudicial para el público en general, por ejemplo, una intervención judicial. De tal forma que un juez, o más bien un administrador o un interventor nombrado por un juez controle lo que ocurre en el desarrollo de la actividad de ese ente público. Así, puede, en definitiva, intervenir su administración y su organización, pero siempre tratando de preservar el servicio público que presta.

En relación con los entes sin personalidad jurídica cabe reiterar, en cierta medida, la misma idea que en relación con los entes públicos: si la regla es la responsabilidad tendríamos que ver si existe una justificación objetiva y razonable para descartar a estos entes sin personalidad y dejarlos fuera de la rueda penal porque, de lo contrario, su exclusión puede dar lugar a arbitrariedades e indebidos ámbitos de impunidad.

En España, se excluyen los entes que no tienen personalidad jurídica o personería jurídica, por ejemplo, una unión temporal de empresas o una sociedad de información. Estos no responden porque no tienen personería jurídica propia. Sin embargo, la legislación italiana claramente establece que hay responsabilidad administrativa derivada del delito (como le llaman ellos, aunque la dicta un juez penal en un proceso penal) para personas jurídicas y también para entes sin personalidad jurídica.

Además, surgen otros problemas cuando se excluye de la rueda penal a los entes sin personalidad. Así, se les está negando los derechos procesales a estas entidades. El Código Penal señala que los entes sin personalidad no responden penalmente, no se les impondrá penas en sentido estricto, pero se impondrá consecuencias accesorias. Tras un análisis, ambas penas resultan en cuanto a su contenido idénticas -intervención de actividades, prohibición de subvenciones, etc.- art. 129 Código Penal español. Por lo tanto, se establece que estos entes sin personalidad no van a adquirir la condición de parte en el proceso, no van a tener derecho a un abogado, a ser representados en el proceso, a declarar, etc. No obstante, se les impondrá una sanción o consecuencia jurídica que, en definitiva, es sustancialmente igual a las penas.

Otra cuestión relevante en relación con la capacidad para ser parte sería el tratamiento de las sociedades de pantalla o las sociedades fantasma. Resulta que aquí existe una entidad que tiene personalidad jurídica, pero lo que no tiene es actividad real, es decir, carece de un sustrato organizativo propio, una infraestructura propia, unos trabajadores, no desarrolla una actividad económica real, en definitiva, es tan solo una tapadera para el desarrollo de la actividad criminal. Es simplemente una inscripción en el registro mercantil señalando que existe esta entidad (con el nombre que sea), sin embargo, este ente, en la práctica, no desarrolla ninguna actividad lícita.

¿Qué se hace con estas sociedades fantasma, con estas sociedades pantalla? La respuesta radica en que la Fiscalía General del Estado española entiende que lo más adecuado, en relación con estas entidades, es tratarlas como meros objetos decomisables. Es decir, señala que estas entidades, en realidad, no deben ser imputadas en el proceso penal, no deben adquirir la condición

de parte ni gozar de derechos procesales, sino que lo que deberán hacer los jueces es levantar el velo de la personalidad jurídica e ir en contra de las personas físicas que han creado esa persona jurídica ficticia y, así mismo, proceder a decomisar los bienes de esa persona jurídica que pasarán a ser propiedad del Estado.

Por lo tanto, estas entidades serán tratadas no como sujeto de derechos, sino como un objeto decomisible. Esto es lo que la Fiscalía General del Estado decía en el año 2011. La jurisprudencia ha venido a matizar o a rodear, si se quiere, de ciertas garantías esta interpretación de la Fiscalía diciendo lo siguiente en una sentencia del año 2014: la personalidad jurídica que tienen estas sociedades 'pantalla' les otorga cierta apariencia de realidad, es decir, tenemos que partir de que si tienen personalidad jurídica y están correctamente inscritas en un registro no debemos de asumir o presumir *a priori* que se trata de una sociedad pantalla o de una sociedad fantasma, tenemos que asegurarnos de que esto es así.

La decisión de ser considerada como una sociedad pantalla tiene que ser tomada por un juez –el juez de instrucción, normalmente– en una resolución motivada y jurídicamente fundada tras el necesario debate contradictorio, es decir, se escuchará a la sociedad pantalla o sus administradores y después de practicado ese debate contradictorio y esa mínima prueba se determinará fundadamente que esa entidad no tiene actividad real, que no es más que un fantasma jurídico. Entonces sí podremos decomisar sus bienes y tratarle como un mero objeto, pero siempre y cuando haya previamente una resolución judicial fundada que así lo establezca y tras el necesario debate contradictorio.

En cuanto a las sociedades pantalla ha habido otras sentencias interesantes que incluso llegan a distinguir distintas categorías dentro de las personas jurídicas en orden a determinar su imputabilidad. La sentencia de la audiencia providencial de Huesca de 20 de noviembre de 2017 señala que se puede distinguir tres tipos de personas jurídicas. Las primeras son aquellas que operan con normalidad en el mercado, que son para las que, en definitiva, se han establecido las obligaciones de compliance o de cumplimiento normativo.

Las segundas son las sociedades que desarrollan una actividad ilícita importante, pero también desarrollan una actividad lícita. Aunque la actividad ilícita sea mayor que la actividad lícita estas entidades siguen siendo imputables, de tal forma que se las debe tratar como tal y reconocerles sus derechos de defensa y representación. Todo ello debido a que el Código Penal español establece como criterio para determinar la penalidad de las personas jurídicas el hecho de que la entidad sea usada instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales, lo que se asimila *ex lege* a que su actividad ilegal o su actividad ilícita sea mayor que la actividad legal (art. 66 bis Código Penal español).

Con lo cual se presupone que el hecho de que la mayor parte de los ingresos de la empresa sean ilícitos no la convierte en inimputable, la entidad sigue siendo una entidad imputable y la consecuencia será que se le impondrán penas más graves. Esto es muy típico en esquemas de blanqueo de capitales cuando, en definitiva, hay una entidad que tiene una actividad lícita, pero esa actividad lícita no es suficientemente lucrativa, con lo que la entidad se iría a la quiebra seguramente si dependiese únicamente de esa actividad lícita, con lo que empieza a blanquear capitales, a hacer circular un dinero que proviene o que tiene un origen ilícito y de ahí se nutren principalmente sus cuentas. En estos casos, el delito de blanqueo hace que esa empresa pueda sobrevivir, seguramente, a partir de ingresos en su mayoría de origen ilícito.

¿Esto la convierte en inimputable? No. Lo que va a suceder es que sea acreedora de una pena, seguramente, más grave de la que recibiera si su actividad ilícita fuera menos relevante respecto de su actividad total, pero, en todo caso, será imputable y tendrán que respetarse sus derechos procesales. ¿Cuáles son entonces las entidades inimputables, esto es, las que deben ser tratadas como un objeto decomisible, como una sociedad fantasma o como una sociedad pantalla y no como sujeto de derechos? Pues según la referida sentencia solo aquellas cuyo carácter instrumental excede de lo que acabamos de exponer. Es decir, aquellas que no

desarrollan ninguna actividad legal más allá de la que funciona como mera tapadera para la actividad ilegal. Esto es, aquellas entidades cuya actividad es ilícita en su práctica totalidad y única y exclusivamente desarrollan algún tipo de actividad lícita para cubrirse, para aparentar una licitud que, en realidad, no existe.

La jurisprudencia proporciona algunos ejemplos de este tipo de entes inimputables. Por ejemplo, las sociedades que se emplean para un único uso. Creamos una sociedad para que se le impute la plusvalía de la venta de un activo financiero o de la venta de un inmueble y, seguidamente, una vez realizada la operación generadora de tal plusvalía, disolvemos esa entidad. De esta forma, evitamos que esa plusvalía tribute en el Fisco Público. Otro ejemplo sucede cuando se crea una entidad con un uso meramente finalista: para ser tenedora de un bien, para ser titular de un fondo, etc., pero sin ningún tipo de actividad empresarial o actividad real.

Para terminar con el tema relativo a la capacidad para ser parte habría que hacer aún una pequeña alusión al caso de las sociedades unipersonales, es decir, las que tienen un único socio. Aquí la jurisprudencia también resulta muy útil, de manera que algunas han entendido que en la sociedad unipersonal, cuando la sociedad y el socio único son acusados en el mismo proceso, la entidad no debe de responder penalmente porque habría *ne bis in idem*, puesto que, en un caso como el descrito no habría alteridad. El socio y la persona jurídica serían lo mismo, con lo cual, bastaría con condenar únicamente al socio. Esto es lo que dice la audiencia providencial de Zaragoza en una sentencia de 22 de septiembre del año 2016.

Por su parte, la audiencia providencial de Huesca en sentencia de 20 de noviembre del año 2017, también referida a una sociedad unipersonal, una sociedad familiar con un único socio, en la cual el administrador único había fallecido, sí condena a la persona jurídica unipersonal. Aquello porque habiendo fallecido el autor material del delito no habría riesgo de incurrir en *ne bis in idem*.

Se concluye que las sociedades unipersonales son imputables, pero que, cuando el socio único está siendo acusado y es condenado en el mismo proceso pueden surgir problemas de *ne bis in idem*, porque hay una identidad de sujeto, porque se confunden el socio y la sociedad, no hay alteridad y, por lo tanto, para respetar el *ne bis in idem* basta con condenar a uno de ellos. Al mismo tiempo, si ese socio, por lo que sea, se fuga, fallece, etc. podremos condenar a la persona jurídica porque, de esta manera, evitamos lagunas de punibilidad que es una de las finalidades propias de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bien, esto en cuanto a la capacidad para ser parte, esto es, en cuanto a la determinación de cuáles son las entidades que pueden responder penalmente o cuáles son inimputables penalmente.

En cuanto a la capacidad procesal, esto es, ¿cómo actúa válidamente la persona jurídica en el proceso?, ¿quién puede representar a la persona jurídica en el proceso? Aquí se hace alusión a la regulación que establece nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal que, a mi juicio, crea más problemas de los que resuelve. La Ley de Enjuiciamiento Criminal se limita a señalar que la persona jurídica será representada por quién especialmente designe para tal fin, pero no nos dice quién puede ser ese representante ni quién, si cabe más importante, no debe ocupar esa posición.

Básicamente esta Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que la persona jurídica tiene la posibilidad o la carga –no la obligación– de designar a alguien para que actúe por ella en el proceso. Debido a lo cual, no se configura su comparecencia en el proceso a través de este representante especialmente designado como una obligación, sino más bien como una carga procesal. Es decir, si la persona jurídica no cumple con la carga de designar un representante y si el representante designado no comparece el día del juicio oral o en las diligencias de investigación durante la fase de instrucción, ¿cuál será la consecuencia? ¿se le impondrá una sanción a la persona jurídica? No, en ningún caso, porque esto no es una obligación. La única consecuencia será que la empresa, la persona jurídica perderá sus posibilidades, sus oportunidades de autodefenderse, es decir, no podrá declarar, no podrá ejercitar el derecho a la última palabra, no podrá realizar las actuaciones propias del acusado, las actuaciones personales o personalísimas que normalmente desarrollaría

el acusado por sí mismo.

En España se señala que se parte de un modelo de ausencia voluntaria en el sentido de que la persona jurídica tiene 2 opciones: comparecer únicamente a través del abogado encargado de su defensa técnica o comparecer a través de este representante especialmente designado, que actuará como si fuese la persona jurídica acusada. Lo cual es, como digo, una opción para la persona jurídica y no una obligación.

Como se mencionó antes ¿quién va a ser esa persona especialmente designada? ¿Quién puede ser esa persona especialmente designada? La ley no nos dice demasiado. Solamente se limita a decir que no se podrá designar como tal a quien haya de declarar en el juicio como testigo (art. 786 bis LECrim). Es decir, si alguien, un empleado de la empresa, el encargado de cumplimiento normativo, el *compliance officer*, un directivo, los miembros del consejo de administración han sido llamados como testigos ya no van a poder asumir la representación procesal de la persona jurídica.

Esto crea un dilema porque realmente no se define cómo proceder si la Fiscalía o las partes acusadoras –que en España pueden ser también la víctima o cualquier ciudadano español personado como acusación popular– deciden, por ejemplo, llamar a declarar como testigos a todos los miembros del consejo de administración. ¿Esto impide a la persona jurídica que cualquiera de sus administradores pueda actuar como su representante en el proceso? Si la respuesta es afirmativa estaríamos dándole a la Fiscalía y al resto de las acusaciones una suerte de veto anticipado para imposibilitar la designación como representante de todo aquel que tenga conocimiento sobre los hechos o sobre la organización de la empresa, los cuales, precisamente por motivo de ese conocimiento extraprocesal de los hechos podrían ser llamados a declarar como testigos.

Para evitar que la designación del representante y el ejercicio de los derechos procesales de autodefensa queden al arbitrio de la acusación lo que hace la mayor parte de la doctrina española es interpretar esta norma como una norma antifraude. Es decir, la doctrina señala que esta norma tiene sentido solo en el caso en el que se intente designar como representante a aquel testigo clave de la acusación, por ejemplo, el trabajador del ámbito operativo en el que se ha cometido el delito, el director del departamento financiero en caso de un delito económico-financiero que es quien, en definitiva, será el testigo clave de la acusación. ¿Tiene sentido que la empresa designe a esta persona como representante, por lo tanto, con derecho a no declarar y con los derechos propios del acusado? Pues parece que lo que pretende esta norma es, precisamente, evitar ese tipo de situaciones. Por lo tanto, parece que hay que entenderla de esta forma, como una norma antifraude y no como ese veto anticipado para todo aquel que sea llamado como testigo.

Por otra parte, al existir una ausencia dentro de la ley sobre quién debe actuar como representante y al limitarse exclusivamente a señalar que el testigo no podrá hacerlo, la doctrina ha especulado al respecto y ha tratado de ver cuáles podrían ser las posibilidades que se abren aquí. Por ejemplo, ¿el abogado podría actuar como representante especialmente designado, por lo tanto, ejercer el derecho a la última palabra, el derecho a declarar en nombre de la empresa, etc.? No parece que sea muy atinado que se confunda al abogado con la parte, puesto que, podría haber una suerte de confusión de funciones o roles, con lo cual no parece que esto deba ser, al menos, la regla general. Pero desde luego cabe en la letra de la ley que no dice nada al respecto.

¿Podría ser designado como representante un tercero ajeno a la entidad, con tal de que sea apoderado, específicamente, para actuar en nombre de la empresa? Podría ser, pero seguramente la credibilidad de esta persona quedaría bastante en entredicho, pues es un tercero ajeno a la entidad que no se integra en el organigrama de la empresa, que no tiene conocimientos propios sobre lo que ha podido ocurrir, etc.

La posibilidad más seguida por la doctrina española para determinar quién ha de asumir la representación de la persona jurídica es optar por el *compliance officer*, siempre y cuando no esté

siendo investigado personalmente en la causa y siempre que no sea llamado como testigo. En efecto, el *compliance officer* parece ser la persona idónea para defender a la entidad, para ejercer esas facultades auto defensivas de la empresa y, por lo tanto, para declarar en su nombre. Esta opción responde al entendimiento de que la defensa de la persona jurídica va a girar, en gran medida, en torno a la existencia o inexistencia de los modelos de prevención delictiva y, por lo tanto, el *compliance officer*, el encargado de cumplimiento normativo dentro de la empresa será seguramente quien tenga mayor información para poder ejercer de forma eficaz la defensa de la empresa.

El problema más grave que presenta esta regulación es que la ley no prohíbe designar como representante defensivo de la empresa a quien se halla personalmente investigado. Imaginémos que en una empresa hay 3 consejeros en el consejo de administración y los 3 están personalmente imputados, o sea, los 3 están siendo investigados personalmente por la comisión del delito objeto del proceso. ¿Una de esas personas podría asumir la representación procesal de la empresa? La ley no lo prohíbe.

Indudablemente, en tal caso concurre un potencial conflicto de intereses. En definitiva, a ese administrador le puede convenir negar los hechos para eximirse de responsabilidad cuando a la persona jurídica le convendría conformarse con la pena solicitada por la acusación o reconocer los hechos para evitar el daño reputacional derivado de la publicidad de un largo proceso penal. Es muy posible que los dos acusados tengan estrategias defensivas distintas. Con lo cual, no parece adecuado que quien está siendo personalmente investigado y tenga intereses concretos y personales en el resultado del proceso sea el que represente los intereses de la persona jurídica coacusada.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de febrero de 2016, le ha dado, por así decirlo, un tirón de orejas al legislador, indicándole que debiera de regular esta cuestión de manera adecuada. Existen en el derecho comparado diferentes modelos de representación para la persona jurídica acusada. Por ejemplo, el designar a un defensor judicial o que se constituya un órgano colegiado con representantes de los trabajadores, con representantes del consejo de administración y otros grupos de interés, siempre que ninguno de ellos esté personalmente investigado en el proceso.

La Ley Procesal Penal, en definitiva, en su afán de dar libertad a la empresa para designar a quien quiera no prohíbe la designación de quien se encuentra personalmente investigado, desconociendo que, en tal caso el conflicto de intereses amenaza con resolverse en perjuicio de la persona jurídica representada. De hecho, en 2 sentencias el Tribunal Supremo ha venido a decir que si quien es designado para representar a la persona jurídica –por lo tanto, para actuar en el proceso como si fuese la persona jurídica acusada– se encuentra personalmente investigado y eso provoca una situación de indefensión para la empresa, esto es, la privación de determinadas posibilidades o de facultades de auto defensa de la empresa, esto puede provocar la nulidad del juicio.

Es decir, si *a posteriori* el Tribunal Supremo entiende que el haber designado como representante a ese administrador personalmente investigado ha supuesto indefensión para la empresa representada puede ocurrir que declare la nulidad de todas las actuaciones procesales y tenga que repetirse ese proceso penal, con las consecuencias que ello tiene en relación con las dilaciones del proceso o con la reparación de las víctimas, entre otros muchos problemas que podrían derivarse de la repetición del juicio.

Antes de ir concluyendo, me gustaría hacer alusión al tema de la persona jurídica como titular de derechos procesales. Considero que es una parte interesante de lo que tiene que ver con los aspectos procesales de los procesos penales frente a las personas jurídicas. En este sentido, es necesario partir de esta máxima: las personas físicas y las personas jurídicas son realidades diferentes, es decir, no podemos tratar de establecer un mimetismo acritico entre ellas. La persona jurídica no tiene corporeidad física, no tiene dignidad humana, no actúa por sí misma,

sino a través de representantes, etc.

Estas diferencias hacen que, efectivamente, el estatuto jurídico procesal y los derechos que se le reconocen a la persona jurídica no tenga por qué ser idénticos a los que se le reconocen normalmente al acusado (persona física). Sin embargo, hay ciertos derechos que son insoslayables y, básicamente, son aquellos que tienen que ver con el respeto de las garantías del debido proceso. Es decir, tenemos que permitir que todo acusado, persona física o persona jurídica, pueda defenderse de forma efectiva en un proceso basado en los principios de contradicción y de igualdad de armas. Con lo cual, no es necesaria una identidad total en el estatuto jurídico procesal de persona física y persona jurídica, pero sí es necesario garantizar unos mínimos y entre esos mínimos están, desde luego, los principios estructurales del proceso penal: contradicción, igualdad de armas y garantías básicas del debido proceso.

Se podría hablar de multitud de derechos procesales. Al respecto hay controversia sobre si estos deben reconocer a la persona jurídica o no. Un claro ejemplo de ello es en el derecho de asistencia jurídica gratuita. ¿A un ente con ánimo de lucro tenemos que darle el derecho a tener un abogado y un procurador gratuito cuando, por ejemplo, está en quiebra o ha sido declarado concurso de acreedores y no puede satisfacer los honorarios de esos profesionales? Seguramente se deberá repensar este derecho a la luz del hecho de que la persona jurídica tiene que poder defenderse efectivamente en el proceso penal y, en algunas ocasiones, no va a poder afrontar los gastos que ello supone. Por ejemplo, en España, las personas jurídicas están excluidas, como regla general, de este beneficio de asistencia jurídica gratuita. Seguramente, esto habrá que repensarlo para el caso de que la persona jurídica sea acusada en un proceso penal, cuestión que no era posible y que no era factible en el momento en que se aprobó la ley de asistencia jurídica gratuita.

Hay otros 2 derechos en los que me quisiera detener un momento. El derecho a la presunción de inocencia y el derecho a no auto incriminarse. El derecho a la presunción de inocencia debe ser reconocido, sin lugar a dudas y sin ambages, a las personas jurídicas. Lo traigo aquí a colación porque este reconocimiento es, en cierta medida, controvertido. Hay quien sostiene que, en definitiva, a las personas jurídicas acusadas, en tanto que son entes ficticios carentes de dignidad humana, se les podría exigir un cierto esfuerzo probatorio para acreditar su diligencia en la prevención de delitos sin que deba de recaer toda la carga de probar en la acusación.

Considero que existen suficientes razones para establecer que el derecho a la presunción de inocencia debe ser reconocido a las personas jurídicas, entre ellas, porque el derecho a la presunción de inocencia no es solo un derecho fundamental del individuo, sino que es, sobre todo y principalmente, un principio estructural del proceso penal. Entonces, si se decide utilizar el derecho penal y el proceso penal frente a las empresas se lo debe hacer asumiendo todas las consecuencias. En otro caso, se estará utilizando un expediente sancionador distinto, pero no será ya un proceso penal. Algo que es característico y básico en el proceso penal es, precisamente, la presunción de inocencia y, por lo tanto, esa distribución de las cargas probatorias entre la acusación y la defensa, así como el hecho de que el juez solo pueda condenar cuando está convencido, más allá de cualquier duda razonable, de la culpabilidad del acusado.

En España, esto no es tan controvertido. La Fiscalía General del Estado, al igual que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el resto de tribunales penales, reconoce el derecho de presunción de inocencia a las personas jurídicas. Sin embargo, a nivel de la Unión Europea, la directiva del año 2016 sobre ciertos aspectos de la presunción de inocencia excluye a las personas jurídicas de su ámbito de aplicación. Si bien, lo cierto es que lo hace con un argumento que no es definitivo señala que, a día de hoy, es prematuro legislar, a escala de la Unión, en relación con esta cuestión. Por lo tanto, a día de hoy, el reconocer o no la presunción de inocencia a las personas jurídicas acusadas en un proceso penal va a depender de la apreciación de cada uno de los Estados nacionales, sin que la Unión Europea imponga nada al respecto, por lo menos, hasta el momento.

También se debe hacer alusión al derecho a no auto incriminarse, precisamente, porque es un derecho cuyo reconocimiento a las personas jurídicas resulta especialmente controvertido. Dentro de esta dinámica existen una serie de argumentos en contra de reconocerles este derecho y otros argumentos a favor. En contra del reconocimiento de este derecho se puede alegar que la vinculación del derecho a no auto incriminarse con otros derechos que no corresponden a las personas jurídicas, como la dignidad humana, como el derecho a la intimidad en sentido estricto o con la prevención de la tortura, entre otros argumentos que se han dado en contra de reconocer a una organización empresarial este derecho. Además, algo que parece evidente es que el reconocer este derecho dificulta la investigación. En efecto, si se le permite a la persona jurídica que actúe a través de un representante que no tiene obligación de decir la verdad, ni de declarar y, además, se le permite a la persona jurídica que se niegue a entregar determinados documentos incriminatorios, estas dos circunstancias van a dificultar la investigación penal.

De hecho, este es uno de los argumentos que la Corte Suprema de Estados Unidos utiliza para negar, de plano, el derecho a no auto incriminarse a las personas jurídicas. Habría algunos otros, pero me interesa más poner de manifiesto algunos argumentos a favor de reconocer este derecho a las empresas investigadas o acusadas en un proceso penal. El primero sería que el derecho a no auto incriminarse o el derecho al silencio –que no deja de ser una forma de ejercicio legítimo del derecho de defensa, es decir, es un derecho instrumental del derecho de defensa y, además, es una exigencia de la presunción de inocencia– implica, en definitiva, que la acusación debe construir el caso y debe probar el caso sin depender de la colaboración del acusado.

Si se afirma que la persona jurídica tiene derecho a la defensa y tiene derecho a la presunción de inocencia, a mi juicio, ineludiblemente también se debe reconocer, en cierta medida, el derecho a no auto incriminarse. Esto porque los tres derechos se encuentran interrelacionados. Aquí simplemente se expone lo controvertido que resulta el tema en relación con el derecho a no auto incriminarse y las diferentes posturas de distintos Estados nacionales. En Estados Unidos se les niega. En Canadá se les niega con otros argumentos relacionados con la dignidad y con la intimidad. En Australia se les niega también. En Chile, por su relación con la libertad y la seguridad individual, en el "Caso Pollos" se les negó a las personas jurídicas el derecho a no auto incriminarse.

En Inglaterra, Noruega y Nueva Zelanda la jurisprudencia ha reconocido a las personas jurídicas el derecho a no auto incriminarse. En España, nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal dice que el representante defensivo especialmente designado por la entidad para actuar en su nombre tendrá los mismos derechos que cualquier acusado, por lo tanto, derecho al silencio, derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio (art. 786 bis LECrim).

No queda claro si la empresa tiene derecho, por ejemplo, a negarse a entregar una determinada documentación que pudiera resultar incriminatoria. Parece que aquí, si acudimos a la jurisprudencia que tradicionalmente ha ido desarrollando el Tribunal Supremo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, habría que entender que aquellos documentos que existen por voluntad de la ley. Por ejemplo, documentos o libros contables de tenencia obligatoria para una empresa no estarían protegidos por el derecho a no auto incriminarse, porque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que estos documentos que existen por virtud y por voluntad de la ley no son, en sentido estricto, una declaración. Por lo cual, no se encuentran protegidos por ese derecho a no declarar o a no auto incriminarse.

Sin embargo, si se habla de documentos de existencia voluntaria, imaginémosnos en el caso de las personas jurídicas el resultado de una investigación interna o las denuncias que han sido canalizadas por el sistema de denuncias interno de la empresa e incluso el propio programa de cumplimiento, la empresa podrá decidir si entregarlos o no entregarlos, especialmente, cuando presenten un contenido incriminatorio, sin que la autoridad puede requerir a la empresa, bajo amenaza de sanción, que estos documentos sean entregados.

La última cuestión tiene que ver con la carga de la prueba en relación con los programas de

prevención delictiva. Esta es una cuestión especialmente controvertida en España y por eso es que la traigo aquí a colación. A modo de recordatorio, antes de hablar de la carga de la prueba en relación con los *compliance* o con los programas de prevención delictiva hay que decir qué es un programa de prevención delictiva. El Código Penal establece en el artículo 31 bis 5 cuáles son, en forma de listado, el contenido básico y los elementos básicos de un programa de prevención delictiva. A mí me gusta verlo más en forma de ciclo en el sentido de que, en definitiva, un programa de prevención delictiva no es otra cosa que un sistema de organización empresarial.

Para adoptar esa forma de organizarse la empresa tiene que seguir una serie de pasos. El primero va a ser siempre una evaluación de riesgos, es decir, a qué riesgos delictivos se enfrenta mi organización en su quehacer diario. El segundo paso tiene que ver con el diseño de los protocolos de actuación, de prevención y de control que sean adecuados para prevenir esos riesgos que se ha detectado. El tercer paso se refiere a la implementación, es decir, se va a adaptar la institución, la organización y su organigrama al programa diseñado. Por último, un cuarto paso que tiene que ver con la verificación periódica y la evaluación del modelo, es decir, ver si hay fallas, ver si se detecta algún tipo de error, actualizaciones periódicas para, en definitiva, poder mejorar y actualizar la evaluación de riesgos, el diseño del programa, así como, en el eventual caso, enmendar fallos en la implementación del mismo.

Respecto del programa de cumplimiento como objeto de prueba hay una cuestión clave que tiene que ver con los medios de prueba idóneos para acreditar la eficacia del programa de cumplimiento en el proceso. Muchas veces existe la idea, errónea a mi juicio, de que el programa de cumplimiento va a entregarse de forma documental en el proceso y que eso es suficiente para acreditar su idoneidad y su eficacia. Es decir, yo como empresa para acreditar que tengo un programa de cumplimiento y que mi programa de cumplimiento es eficaz me limitaré a entregarle al juez o, en su caso, al fiscal en el marco de la investigación mi programa de cumplimiento documentado en el que se reflejará el diseño, el código de conducta, el código ético, los protocolos de auditoría previstos, etc. Esto, desde luego, es algo necesario, pero no suficiente. La prueba documental es imprescindible, es necesaria, pero es insuficiente. Tiene que ser complementada con otros medios probatorios para acreditar, en definitiva, la idoneidad y la eficacia de ese programa de cumplimiento.

Básicamente, la prueba documental debe ser complementada, en primer lugar, con la prueba pericial. Dicho de otra forma, expertos independientes que se pronuncien sobre la idoneidad del programa (pueden ser profesionales de empresas de certificación, expertos en evaluación de riesgos, pero también puede ser un asesor fiscal, un experto en medio ambiente, dependiendo de cuál sea el riesgo delictivo que se haya materializado). No puede actuar como tal quien ha auditado el programa o quien ha certificado el programa extraprocesalmente, sino que debe tratarse de un profesional contratado en el marco del proceso para emitir un informe en relación con la idoneidad de ese programa de cumplimiento (perspectiva *ex ante*), así como con su eficacia (perspectiva *ex post*).

Me parece que la prueba pericial es la prueba testifical, es decir, el trabajador concreto que desarrollaba sus funciones en el ámbito operativo en el que se cometió el delito, o el encargado de prevención tendrán que decirnos si, efectivamente, esos controles que están diseñados y documentados en el programa entregado en soporte documental se estaban aplicando en el momento de cometerse el delito. De qué le sirve al juez tener un documento técnico desarrollado por un reputado profesional en *compliance*, o un modelo certificado por la mejor certificadora de *compliance* en el que se determine que el modelo de prevención delictiva era idóneo y que estaba correctamente diseñado y que la evaluación de riesgos es correcta y completa, si resulta que el director del departamento financiero me señala que los protocolos previstos en el programa documentado no se aplicaban en la práctica. Por ejemplo, el programa dice que las salidas de caja de x euros tienen que ir firmadas por una determinada persona, pero en la práctica no se venía operando de ese modo y cada trabajador tenía plena disponibilidad para acceder a la caja. Entonces, para acreditar la vigencia del programa se necesita de los testigos, de manera que no basta con los documentos o los peritos.

En cuanto a la carga de la prueba en relación con el *compliance* quisiera poner de manifiesto la controversia que existe dentro de la jurisprudencia y de la doctrina española. Parece claro, al menos teniendo en cuenta lo que se ha dicho en relación con la presunción de inocencia, que los elementos constitutivos de la responsabilidad penal de la empresa tienen que ser acreditados, en todo caso, por la acusación. Por lo tanto, la acusación tendrá que acreditar que se ha cometido un delito, que ese delito ha sido cometido por alguno de los miembros de la entidad (un directivo, un empleado), que se ha cometido ese delito por cuenta y en beneficio de la empresa o, en caso de que se trate de un delito de empleados o subalternos, que se han incumplido gravemente los deberes de supervisión y vigilancia de la alta dirección en relación con ese subalterno.

Pero la cuestión controvertida es ¿quién tiene que acreditar que existía un programa de cumplimiento y que el programa era eficaz? O, en contraste, ¿quién tiene que acreditar que no existía ese programa o que el programa era ineficaz? Aquí, hay una controversia muy importante. Hay quien dice que la respuesta dependerá del encuadramiento dogmático que se les otorga a esos deberes de cumplimiento. En este sentido, se entiende que el incumplimiento de los deberes de prevenir, de supervisar, de controlar es el núcleo de la culpabilidad de la empresa, es el núcleo del injusto, es, en definitiva, el fundamento de su culpabilidad. Por ello, este extremo deberá ser acreditado, en todo caso, por la acusación. Esto es lo que opina la mayoría de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo español, órgano superior en el orden jurisdiccional penal.

En una sentencia de pleno de 29 de febrero de 2016, 8 magistrados votaron a favor de esta interpretación. Sin embargo, los otros 7 magistrados integrantes de la Sala emitieron un voto particular a la referida resolución en la que entendían que la existencia de un programa de cumplimiento era una causa de exención de la culpabilidad. Con lo cual, en tanto que causa de exención debía ser acreditada por la defensa. En general, es la defensa la que tiene que acreditar las atenuantes, las agravantes, las exenciones. Con lo cual, tendría que ser la defensa la que, en definitiva, acreditase que la entidad contaba con un programa de cumplimiento y que este era idóneo y eficaz.

¿Qué dice la Fiscalía General del Estado español? Este órgano realiza un encuadramiento dogmático un poco distinto, señalando que la existencia de estos programas de cumplimiento es una causa de exclusión personal de la punibilidad, pero llega a la misma conclusión que el voto minoritario de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, es decir, dice que, en tanto que causa de exclusión personal de la punibilidad la existencia, idoneidad y eficacia del programa de cumplimiento tiene que ser acreditada, siempre y en todo caso, por la defensa. Nos encontramos aquí con un problema. Si en nuestro máximo órgano judicial ocho magistrados entienden que esta cuestión debe ser probada por la acusación, mientras que otros 7 magistrados entienden que están ante una causa de exención de responsabilidad y que, como tal, debe ser acreditada por la defensa, parece que la controversia está servida. Esto pone de manifiesto la complejidad, la dificultad del tema que, en definitiva, no va a tener fácil resolución en los próximos años.

Se considera adecuado o, en su defecto, se asemeja al principio de solución, asumir que normalmente no se tendrá una prueba directa en relación con la existencia o inexistencia, eficacia o ineficacia de los programas de cumplimiento, sobre todo, cuando la empresa no quiera colaborar en ejercicio de su derecho a no auto incriminarse. La empresa acusada, por así decirlo, no tiene por qué mostrar sus cartas, no está obligada a dar toda la información que tenga en relación con ese programa de cumplimiento. ¿Qué se debe hacer entonces? ¿Se debe presumir sin más que el programa era ineficaz porque la empresa se niega a colaborar? En un caso como el descrito seguramente se deberá acudir, como suele ser habitual en los procesos penales, a la prueba por indicios. Esa prueba por indicios nos lleva a afirmar que la comisión de un delito es un indicio de que el modelo es ineficaz. Sin embargo, al ser un indicio no quiere decir que sea algo de lo que se derive automáticamente y de forma determinante la ineficacia del modelo.

Para determinar la fuerza incriminatoria de ese indicio hay que atender a diversos factores. Por ejemplo, si esa conducta se ha realizado una única vez o de forma duradera en el tiempo; la

intensidad del fraude empleado para eludir el modelo de prevención; la extensión de la conducta en la corporación, es decir, si era un departamento o varios departamentos los implicados y, sobre todo y muy importante, si la alta dirección estaba implicada. En este sentido, se puede afirmar que, al menos, en la regulación española existe un principio de solución que, además, distingue entre delito de directivos y delito de empleados. Esta distinción sería un cauce para dar solución a esta cuestión de la carga de la prueba en relación con los programas de cumplimiento.

Cuando un directivo o la alta dirección están implicados en la comisión del delito se puede presumir razonablemente que el modelo de prevención o el modelo de compliance era ineficaz. Esto resulta coherente con la importancia que la norma UNE 19601 sobre gestión de sistema de compliance otorga al compromiso y liderazgo de la alta dirección en la gestión del cumplimiento normativo. Aquello porque resulta lógico pensar que si los encargados de supervisar y de controlar, quienes tienen esas facultades indelegables, en definitiva, de implementar un programa de cumplimiento, han actuado de forma dolosa, de forma imprudente o han intervenido de forma culpable en la comisión de un delito. Seguramente, no han sido diligentes a la hora de controlar a sus subalternos o a la hora de implementar ese modelo de prevención delictiva.

En ese caso, cuando están implicados los altos cargos cabe desplazar a la defensa la carga de acreditar que el modelo era eficaz y que, en definitiva, la entidad tenía una cultura de cumplimiento adecuada y que fue ese sujeto individualmente el que delinquirió eludiendo fraudulentamente los controles preventivos implementados por la organización, así como la acción del *compliance officer*.

A modo de conclusión, se considera que es bastante coherente lo señalado en el artículo 31 bis del Código Penal español. Sin embargo, analizando la regulación ecuatoriana se evidencia un problema en relación con el artículo 49 del Código Orgánico Integral Penal en donde no se distingue entre delito de directivos y delito de empleados, sino que incluye a todos los autores del delito en un mismo saco, a los representantes legales, a los apoderados, a los agentes, etc. Con lo cual, en este caso no se tiene ese asidero legal para establecer la distinta fuerza incriminatoria que debe atribuirse a la comisión del delito según quien haya sido el sujeto autor del mismo o según la posición que ese sujeto ocupe en el organigrama de la empresa.

Recuperación de activos de origen delictivo



Isidoro Blanco Cordero

Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Diploma Superior en Criminología y Master en Criminología por el Instituto Vasco de Criminología (IVAC / KREI), Universidad del País Vasco UPV/EHU.

Master en Derecho Comunitario, Universidad del País Vasco, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Alicante. Anteriormente Profesor Titular de la Universidad de Alicante y de la Universidad de Vigo.

Ha colaborado con Naciones Unidas en la elaboración de legislaciones modelo sobre blanqueo de capitales y decomiso, y ha sido consultor de la Organización de Estados Americanos (OEA) sobre temas de blanqueo de capitales y ha sido Secretario General Adjunto de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP).

Entre mis publicaciones más recientes caben destacar: "Responsabilidad penal de la sociedad matriz por los delitos cometidos en el grupo de empresas", en Estudios jurídico penales y criminológicos: En homenaje a Lorenzo Morillas Cueva, Vol. 1, 2018; "Landesbericht Spanien", en Waffen und gefährliche Werkzeuge als Strafschärfungsgrund. Rechtsvergleich und Reform, Gudrun Hochmayr (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2019; "Homo sapiens y ¿machina sapiens?: un Derecho Penal para los robots dotados de inteligencia artificial", en el libro colectivo Nuevos retos de la ciberseguridad en un contexto cambiante, Mallada Fernández, Covadonga (Dir.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019.

El objetivo de este tema es ofrecer una panorámica del desarrollo a nivel internacional de la recuperación de activos. Para ello, se partirá de un ejemplo que permitirá después explicar el origen del concepto de recuperación de activos, las fases (en las que se hará una breve pausa) y, por último, la evolución de los instrumentos de decomiso.

A modo de ejemplo de esta temática, se plantea el caso ocurrido en el Reino Unido, en el cual se detectó que una señora extranjera procedente de Azerbaiyán gastó en una compra £ 30.000 en chocolate, £ 3500.000 en joyería francesa de diseño y gastó más de £ 150.000 en perfumes. Todos estos gastos impulsaron una investigación que detectó que había gastado en estos artículos lujosos alrededor de USD 20'000.000. La peculiaridad del caso es que la señora era cónyuge de un sujeto que había ejercido el cargo de presidente de un banco de Azerbaiyán, que era una empresa del Estado y que había sido condenado en su país por delitos de fraude, malversación de fondos y administración desleal en 2016 y que, según medios de comunicación, se habría apropiado de cerca de tres mil millones de dólares. Esto llamó la atención de las autoridades británicas, que procedieron a aplicar una nueva herramienta incorporada a su legislación para mejorar la persecución de estos delitos y lograr privar a los delincuentes de sus beneficios mal habidos, la denominada Orden de Riqueza Inexplicable (*Unexplained Wealth Orders*).

Esta figura consiste en la emisión de una orden del Tribunal del Reino Unido mediante la cual se ha exigido que la mujer justifique el origen de todo el dinero que manejó, no solo de las compras, sino también de otra serie de bienes que se habían encontrado en Reino Unido, una casa valorada en £ 12'000.000, un campo de golf, etc. Esta persona, por lo tanto, debe explicar cuál es el origen de sus bienes de manera que, si la explicación que realiza no es convincente, perderá ese dinero, es decir, se le va a poder decomisar ese dinero por vía civil.

Este es un ejemplo de cómo se está presentando este tipo de delincuencia que, en los últimos años, ha generado grandes cantidades de beneficios económicos. Precisamente, para hacer frente a la delincuencia económica se ha elaborado un criterio o principio denominado *crime doesn't pay*, es decir, que el delito no resulte beneficioso. Este principio se encamina a evitar que los delitos, sobre todo de carácter económico, generen ganancias para los delincuentes. Esto, a través de una estrategia de política criminal que se asienta sobre los siguientes pilares:

1. El primero de ellos consiste en la sanción penal del delito de lavado de activos. Se trata de castigar a todas aquellas personas que lavan los dineros de origen delictivo. De este modo, se evita que ingresen en el circuito económico lícito y, por lo tanto, puedan ser disfrutados por los delincuentes.
2. Otro pilar muy importante en este contexto es el decomiso de bienes y la recuperación de activos para el Estado
3. Un tercer elemento de esta estrategia político criminal es la aplicada en Europa y Estados Unidos, la denominada estrategia Al Capone. Esta se basa en obligar a los delincuentes a que paguen impuestos por sus bienes de origen delictivo.

Se trata de un mecanismo inspirado en lo sucedido al conocido mafioso italoamericano del que proviene el nombre, a quien no se le pudo condenar por los variados delitos por los que era investigado (desde contrabando de alcohol, juego, prostitución), pero sí por delitos fiscales en la medida en que no había pagado impuestos por los beneficios obtenidos de sus diversas actividades ilegales.

4. Otros países que no están lo suficientemente armados desde el punto de vista fiscal o tributario recurren a la figura del enriquecimiento ilícito. Países como España, Francia, Reino Unido, Alemania o los Estados Unidos aplican la estrategia Al Capone, puesto que, no pueden recurrir al delito de enriquecimiento ilícito por no tenerlo tipificado en sus ordenamientos jurídicos.

Cabe recalcar que el delito de enriquecimiento ilícito, esencialmente aplicado a empleados

públicos, pretende castigar a aquellos empleados públicos que no puedan justificar razonablemente el origen de sus bienes y los incrementos del patrimonio obtenido. No obstante, existen ordenamientos jurídicos que prevén el delito de enriquecimiento ilícito tanto para funcionarios públicos como privados.

El concepto de recuperación de activos surge a nivel internacional en el contexto de los delitos de corrupción. La recuperación de activos constituye un principio esencial de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción del año 2003, principio que fue impulsado por países, sobre todo en desarrollo, países que están dotados de grandes riquezas naturales que están siendo expoliados por sus propios representantes o políticos dirigentes que solo buscan llevarse el dinero del país. A través del principio de recuperación de activos se busca conseguir que tales riquezas retornen al país de origen.

La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción incluye diversas medidas o mecanismos para recuperar los bienes:

- Medidas dirigidas a la prevención del lavado de activos,
- Medidas como medidas que permitan el ejercicio de acciones civiles para que los Estados víctimas puedan recuperar los bienes procedentes de los delitos de corrupción, así como para indemnizar los daños y perjuicios.
- Mecanismos de cooperación internacional sobre todo con fines de decomiso por la vía penal. Se tratará normalmente de situaciones en las que quizás se haya procesado penalmente a los corruptos y declarado el decomiso de los bienes que están en el extranjero, para lo cual, por medio de mecanismos de cooperación internacional se busca el retorno a los países de origen.
- Medidas relativas a la disposición de los bienes decomisados, que permite a los Estados llegar a acuerdos sobre el reparto de los bienes decomisados y la deducción de los gastos razonables en que haya incurrido el Estado que haya decomisado los bienes en las investigaciones o actuaciones judiciales que hayan posibilitado la restitución o disposición de los bienes decomisados.

Si bien la recuperación de activos surge, como principio, en el ámbito de la corrupción, se ha evidenciado que es posible ampliarlo a otros delitos, especialmente, a los relacionados con el crimen organizado. De tal modo, permitiéndole al Estado recuperar bienes que han sido originados en un hecho delictivo y que, por lo tanto, no pertenecen a terceras personas. A modo de ejemplo, si se trata de un delito de estafa y se decomisa el dinero de la estafa, el beneficiario es la víctima más no el Estado, pero si se trata de un delito de tráfico de drogas, en ese caso, la víctima es más difusa por lo que este rol lo asume el Estado quien será el beneficiario de las ganancias que haya producido ese delito. Por lo tanto, como se ha expuesto anteriormente, la recuperación de activos no debe limitarse solo a la corrupción, sino que debe ampliarse a otras figuras delictivas que generan beneficios ilícitos.

Cuando se habla de recuperación de activos es pertinente tratar el procedimiento a través del cual se recuperan los mismos. A continuación, se diferencia aquellos casos en los que los bienes delictivos se encuentran en el mismo Estado en el que se ha cometido el delito de aquellos en los que los bienes se han transferido a otros Estados.

1. Así, cuando un sujeto comete un delito que genera grandes beneficios económicos, si el dinero se encuentra en su país de origen, lo primero que se deberá hacer es investigar los bienes de origen delictivo con la finalidad de localizar e identificar los bienes y su conexión con las actividades delictivas. A partir de aquello se adoptará algún tipo de medida cautelar real como el embargo o la incautación de los bienes. En este sentido, los embargos preventivos básicamente se establecen como una prohibición temporal de transferir los bienes, de convertirlos, de enajenarlos, o trasladarlos, normalmente, sobre la base de la orden de un tribunal. Por lo tanto, el embargo

supone un carácter temporal, no es definitivo. Establece esa prohibición de transferencia o de conversión de los bienes con base en una orden que emite un tribunal competente.

Una vez que localizados los bienes que han sido generados o están conectados con el hecho delictivo, se celebra el juicio y, en caso de que el juez considere que los bienes proceden del hecho delictivo, declarará sentencia y el decomiso de los bienes por vía civil o penal.

2. En caso de que los bienes se encuentren en el extranjero aparecerán limitaciones para la localización e identificación los bienes y el establecer su conexión con las actividades delictivas.

La localización de los bienes en el extranjero puede hacerse por dos vías básicamente:

a) La vía formal, que consiste en una solicitud de cooperación internacional, una comisión rogatoria a otro país solicitando información de unos bienes. Por ejemplo, si se cree que los bienes se encuentran en Francia, se envía una comisión rogatoria al país requerido para que inspeccionen si, efectivamente, los bienes se encuentran ahí.

b) Actualmente existen las vías informales para tratar de investigar los bienes. Estas vías suponen la cooperación entre unidades de policía, de inteligencia, entre otros profesionales para obtener información y localizar los bienes, que son los denominados organismos de recuperación de activos. A nivel internacional, existen varios organismos de recuperación de activos, como es el caso de la plataforma RRAG a nivel de Latinoamérica que es la red de recuperación de activos del Grupo de Acción Financiera de Latinoamericano (GAFILAT), creado cuando aún se constituía como el Grupo de Acción Financiera Sudamericana. En esencia, su función es el intercambio de información sobre los bienes que pueden tener determinadas personas físicas o jurídicas para poder localizarlos e identificarlos.

Por lo tanto, se puede concluir que las investigaciones de los bienes se pueden realizar a través de la vía formal, recurriendo a las comisiones rogatorias, o por una vía no tan formal, pero que incluye ciertas formalidades establecidas a partir de organismos de recuperación de activos como la Red de Recuperación de Activos del GAFILAT (RRAG), Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de Camden (CARIN), Red Interinstitucional de recuperación de bienes del África Meridional (ARINSA), entre otras. Estos organismos permiten ese intercambio, ese flujo de información entre profesionales que llevan a cabo investigaciones patrimoniales relacionadas con bienes procedentes de hechos delictivos.

En el particular caso de que los bienes o dinero se encuentren en el extranjero se deberán adoptar medidas cautelares y la cooperación internacional será más formal. En efecto, será cuestión de que el país requirente solicite que se proceda al embargo preventivo de esos bienes en el país donde se encuentran. El requerimiento se efectuará a las autoridades extranjeras que pueden ejecutar directamente la solicitud o establecer un nuevo procedimiento para que un juez nacional autorice el embargo preventivo.

Por último, si los bienes están en el extranjero es conveniente decomisarlos o que se decrete el decomiso en el país del que proceden. En este último caso se solicitará al país requerido que proceda a decomisar definitivamente los bienes y, de ser posible, que esos bienes sean repatriados. Ante lo anterior, se puede sostener que la fase más importante de la recuperación de activos es el decomiso mediante el cual se priva definitivamente de los bienes a los delincuentes.

En este apartado se abordará las fases por las que ha pasado el decomiso, ejemplificado a través de la experiencia europea. De hecho, algunos autores entienden que existen generaciones de decomiso. Veamos:

1. La primera de ellas está integrada por el decomiso penal de instrumentos y ganancias del delito, el decomiso tradicional, que todos los países lo han adoptado. En esta modalidad de decomiso, el juez decreta en sentencia que sean decomisados los instrumentos del delito

(instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados para cometer un delito) y las ganancias del delito, lo que se lleva a cabo en el marco de un proceso penal y requiere una condena final por un delito. En este proceso se plantean varios problemas, entre ellos, la duda de si las ganancias que se pueden decomisar son las brutas o las netas, o si es posible decretar el decomiso penal cuando la persona imputada carece de responsabilidad penal por ser un menor de edad o una persona con una enfermedad mental a la que no se puede condenar, o se encuentra prófuga.

En el ámbito del tráfico de drogas surge la posibilidad de decomisar el valor equivalente de las ganancias, es decir, de aquellos bienes que pueden ser incluso lícitos, pero por un valor igual al de las ganancias cuando estas hayan desaparecido. Este decomiso del valor equivalente tiene un carácter subsidiario: en primera instancia se decomisan las ganancias de origen delictivo y, en el caso de que estas hayan desaparecido, se decomisa el valor equivalente de las ganancias.

2. Para superar algunos de los problemas que genera el decomiso tradicional se presenta una segunda modalidad de decomiso empleada, principalmente, en los países europeos, el denominado decomiso ampliado. Este permite el decomiso de bienes que no derivan directamente del delito enjuiciado, sino que se encuentran presuntamente vinculados a otras conductas delictivas pasadas, pero de las cuales el acusado no ha sido imputado ni condenado.

Por ejemplo, en el caso de la detención a una persona en una operación de tráfico de drogas que ha importado cinco toneladas de cocaína. En este caso se puede decomisar evidentemente las drogas y, además, en caso de que su llegada sea vía marítima se puede incluso decomisar el barco o el transporte en el que venga como instrumento del delito. En principio, no se va a poder decomisar nada más. Pero puede que con investigaciones patrimoniales posteriores se determine que la persona responsable del delito disponga de más bienes y dinero, cuyo origen no pueda acreditar razonablemente. ¿Se pueden decomisar estos bienes? En principio y si se recurre solo al decomiso penal tradicional de instrumentos y ganancias, no es posible decomisar tales bienes, puesto que, si bien se puede sospechar que proceden de un delito, no existe la conexión con el delito de importación de toneladas de cocaína.

Como consecuencia en varios países europeos ha aparecido una segunda modalidad denominada decomiso ampliado que, básicamente, persigue decomisar los bienes producto de delitos cometidos por varios años. Por lo tanto, se decomisan solo bienes presuntamente vinculados a conductas delictivas pasadas, pero por las cuales el sujeto no está siendo condenado. Esto es algo que, en cierta medida, aligera y modera el requisito de concretar el delito del que proceden los bienes. En lugar de centrarse en las ganancias y/o beneficios de un delito en particular, el decomiso ampliado se dirige a los bienes derivados de actividades delictivas previas, respecto de las cuales el sujeto no está haciendo ni acusado ni condenado. Por lo tanto, este decomiso ampliado se basa en el dato o en la presunción de que se han cometido delitos previos y los beneficios son producto de estos.

Para efectivizar esta figura se recurre a la prueba indiciaria que permite al sujeto la posibilidad de explicar el origen de sus bienes y, en el caso de no hacerlo, se procede al decomiso dentro del proceso penal. De esta manera, al sujeto se le procesa por el delito de narcotráfico, tráfico de drogas, pero no solo se le decomisa la cocaína y el barco en el que ha venido la cocaína, sino también todos los demás bienes sin justificar. Esto se lo hace bajo la premisa de que fueron obtenidos mediante actividades delictivas similares por las que el sujeto no está siendo condenado. Este tema se ha vuelto tan controversial que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que esta modalidad de decomiso no vulnera los derechos humanos.

3. Un obstáculo adicional es que, en muchas ocasiones, los delincuentes se distancian de los bienes de origen delictivo utilizando terceras personas, como familiares, amigos o personas jurídicas, a quienes se les transfiere la propiedad de los bienes o derechos. Tradicionalmente, la regla general ha sido que el decomiso recaiga solo sobre los bienes de los criminalmente responsables del delito, por lo que no procede el decomiso si los bienes están en manos de un tercero no condenado.

Con el fin de dar respuesta a estos hechos, la Unión Europea ha aprobado el denominado decomiso de bienes en poder de terceros, también en el ámbito penal. De tal forma que se permite decomisar bienes que estén conectados o relacionados con un delito aun cuando hayan sido transferidos a terceras personas que carecen de responsabilidad penal y que actúen, de alguna manera, de mala fe. Es decir, son personas que conocen o deberían conocer que están recibiendo los bienes para evitar el decomiso, esto es, sujetos que actúan de mala fe.

¿Cómo se le atribuye mala fe a un tercero? Para ello, se recurre a la prueba indiciaria. Especialmente, la normativa europea señala que se pueden decomisar los bienes cuando se hayan transferido al tercero de manera gratuita, o a cambio de un importe inferior al valor de mercado.

Por ejemplo, el delincuente que obtiene grandes cantidades de dinero y se compra una casa. Si quiere evitar que el decomiso del bien lo transferirá a una tercera persona y, en caso de que este tercero pague el valor total, no está escondiendo nada. Sin embargo, si se procede a la donación del bien al tercero o si la venta se realizó a un precio muy inferior al de mercado se puede determinar que el tercero está tratando de ocultar esos bienes de origen delictivo.

4. Continuando con la evolución de las modalidades de decomiso, en Europa surge el decomiso sin condena, que en los Estados Unidos y países anglosajones se denomina decomiso civil y que en los países de Latinoamérica, de manera concreta en Colombia, se conoce como la extinción de dominio. Esta figura no pertenece al ámbito penal y para ello no es exigible una condena penal. Se caracteriza por la aplicación de normas civiles sobre el estándar de la prueba, de tal forma que se utilizan otros criterios para determinar cuándo unos bienes pueden proceder o no de un hecho delictivo. En definitiva, este método se trata en realidad de procedimientos que se dirigen contra los bienes, más no en contra del sujeto.

Esta figura del decomiso sin condena o de extinción de dominio está vigente en muchos países. España maneja una modalidad de decomiso sin condena en el Código Penal que se tramita por la vía penal, pero no un decomiso civil, como la extinción de dominio. En algunos países europeos existen muchas reticencias a esta modalidad de decomiso en la medida que se considera que existe un fraude de etiquetas, toda vez que se trata de sacar del ámbito de lo penal algo que es penal. Sin embargo, conviene señalar que existen algunas modalidades de comiso que, en realidad, no tienen carácter penal, sino más bien son de carácter civil y así lo ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

5. El último hito de la evolución de los mecanismos de recuperación de activos y de decomiso lo constituyen las *Unexplained Wealth Orders* existentes en el Reino Unido, Australia e Irlanda. Son las órdenes de las ganancias o de la riqueza no justificada y que se aplicó al ejemplo inicial de la señora en Reino Unido. Esta figura se crea a consecuencia de las críticas que se vertieron contra el decomiso tanto el penal como el civil (extinción de dominio).

Estas modalidades de decomiso tradicional, ampliado, de terceros y civil no son efectivas para recuperar el producto del delito del crimen organizado, de la corrupción e incluso de los delitos económicos. Aquello, puesto que, estos mecanismos de decomiso en casi todos los supuestos implican la acreditación de la comisión de un hecho delictivo, lo cual, en muchos casos, resulta complejo de probar.

Como ejemplo de lo mencionado, normalmente se hace alusión a personas poderosas, líderes de organizaciones criminales o empresarios muy poderosos que cuentan con recursos suficientes para evitar que se puedan conectar sus bienes con la comisión de un hecho delictivo. Claro ejemplo de ello, es el caso citado del dinero presuntamente procedente de delitos cometidos por su marido en territorio extranjero. El papel de la globalización de la delincuencia y el hecho de que los bienes se puedan transferir de manera inmediata de un país a otro está generando

muchísimos problemas, sobre todo, para poder recabar pruebas suficientes del origen delictivo de los bienes.

Si se procediera a través del decomiso civil a intentar decomisar estos bienes, habría que acreditar que los mismos proceden del delito que se ha cometido en Azerbaiyán, lo que implicaría comenzar todo un procedimiento de cooperación internacional. Este procedimiento puede resultar extremadamente complicado por diversos motivos, por ejemplo, porque el país requerido no tiene recursos para otorgar la información o investigar el delito, porque no contempla la legislación este tipo de cooperación internacional o porque es un país poco cooperativo.

A partir de esta experiencia Reino Unido aprobó las *Unexplained Wealth Orders*, que permiten a la autoridad nacional –normalmente, la Agencia Nacional contra el Crimen– solicitar al tribunal la orden respecto de una persona que posea bienes por valor superior a las £ 50.000, siempre y cuando el Tribunal Superior esté convencido de que existen motivos razonables para sospechar que los ingresos legítimos del demandado son insuficientes para permitirle adquirir la propiedad. Estas órdenes se aplican a sujetos que tienen la cualidad de ser personas políticamente expuestas, o si existen motivos razonables para sospechar que el sujeto está o ha estado involucrado en un delito grave.

¿En qué consiste esta orden? Básicamente, con esta orden el Tribunal requiere que el demandado proporcione una declaración que explique ciertos elementos como la naturaleza y alcance del interés sobre los bienes, los medios de obtención y cualquier otro tipo de información relacionada con tales bienes. Así, la señora del ejemplo inicial tendrá que explicar el origen de todos esos bienes, la procedencia del dinero gastado y de los bienes inmuebles.

Para continuar con el caso anterior, se presentan dos alternativas. Una de ellas es que la señora no justifique el origen de los bienes. En este caso se presume que ese dinero es recuperable y se inicia un procedimiento de decomiso civil. En contraste, si los bienes son justificados los bienes se pararía el procedimiento. Sin embargo, en este último caso, si se incurre en una declaración falsa se crea un delito específico que puede dar lugar a la imposición de una pena.

De lo analizado se concluye que los mecanismos del decomiso y la recuperación de activos han ido evolucionando con el fin de convertirlos en útiles y eficaces para arrebatar a los delincuentes los beneficios de origen delictivo. Si bien se reconoce que los mecanismos actuales no son perfectos, su constante evolución supone un avance importante en relación con aquellos que se disponía hace algunos años.

Incidencias sustantivas y procesales del blanqueo de capitales en España



Jerónimo García San Martín

Magistrado-Juez con destino en el Juzgado de Instrucción nº 5 de Algeciras, ex Letrado del Gabinete Técnico de la Sala 2ª del Tribunal Supremo. Doctor en Derecho. Máster de Derechos Fundamentales. Experto en Práctica Procesal Penal. Miembro del Observatorio de Criminalidad Organizada Transnacional. Premio Nacional de Derecho Penitenciario Victoria Kent, otorgado por el Ministerio del Interior del Gobierno de España por el trabajo "La acumulación jurídica de penas". Ha impartido docencia como profesor de derecho penal en las Universidades Pablo de Olavide de Sevilla y en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Autor de siete monografías y una veintena de artículos doctrinales. Ponente en diversos congresos internacionales y nacionales.

La presente ponencia pretende poner de relieve aquellos aspectos que pueden resultar controvertidos, tanto en un plano sustantivo como procesal, respecto al delito de blanqueo de capitales.

El fundamento de la persecución del delito del blanqueo de capitales guarda estrecha conexión con la inocularización de las organizaciones criminales. Estas organizaciones precisan introducir en el mercado financiero lícito las ganancias ilícitas procedentes del delito, estableciendo o creando una estructura financiera que les dota de estabilidad y les permite operar de forma eficaz. Esta operación aplica tanto para la ulterior comisión de otros delitos como para asegurar los rendimientos ilícitos derivados de otros precedentes, delitos de especial gravedad como delitos contra la salud pública, trata de seres humanos, extorsiones, secuestros e, incluso, delitos contra la vida.

Por tanto, la lucha contra el blanqueo de capitales es, en definitiva, una lucha contra la delincuencia organizada transnacional que necesita servirse de la comisión del blanqueo de capitales para operar con mayor estabilidad.

Para esa persecución eficaz es necesario delimitar y regular de manera correcta los tipos penales previstos en torno al blanqueo de capitales, de tal forma que se permita resolver las posibles contradicciones y ambigüedades presentes dentro del plano tanto sustantivo como procesal.

El delito de blanqueo de capitales en sus diferentes formas, modalidades, subtipos cualificados y formas de comisión se encuentra regulado en el Código Penal Español y se caracteriza por constituir una unidad típica de acción. Dicho de otra manera, son tipos penales que recogen o describen conceptos globales, lo que conlleva una primera singularidad que es trascendental en cuanto al origen de un único delito constituido por tipos penales que recogen acciones plurales, como ocurre con los delitos contra la salud pública y también en los diversos tipos de blanqueo de capitales.

De modo que una pluralidad de actos de blanqueo da lugar a un único delito, lo que conlleva una incompatibilidad natural con el delito continuado. Por tanto, salvo algún pronunciamiento doctrinal aislado que apunte a la oportunidad del delito continuado en el blanqueo de capitales, tal posición se encuentra, casi de forma unánime, rechazada actualmente por la jurisprudencia. Precisamente, por esa consideración como unidad típica de acción, los diferentes actos del blanqueo de capitales dan lugar a un único delito de blanqueo de capitales.

Unidad que se extiende hasta que se produce un acto de imputación, el cual puede identificarse con la citación judicial en calidad de investigado, la detención o cualquier otro acto jurisdiccional que conlleve una imputación, como la resolución judicial que acuerda una diligencia de entrada y registro. De modo que, a partir de ese acto de imputación los ulteriores actos de blanqueo darán lugar, en su caso, a un segundo delito de blanqueo de capitales, pero, en ningún caso, a la consideración global junto con los anteriores de un delito continuado de blanqueo de capitales.

En España, la regulación del tipo básico del delito de blanqueo de capitales se encuentra en el artículo 301 del Código Penal Español, el cual, en su apartado primero, previene la comisión dolosa. Un tipo penal bastante amplio que por establecer una pluralidad de acciones tiene similitud con el tipo regulado en el Ecuador previsto en el Código Orgánico Integral Penal (COIP). En Ecuador no se denomina blanqueo de capitales, se denomina delito de lavado de activos regulado en el artículo 317 del COIP, pero prácticamente, la descripción del tipo entre las dos legislaciones es semejante. En definitiva, lo que se castiga en el apartado primero del artículo 301 del Código Español es la comisión dolosa, esto es, adquirir, poseer, utilizar, convertir y transmitir bienes sabiendo que estos tienen su origen en una actividad delictiva. Tipicidad que contempla, expresamente, que el delito precedente ha sido cometido por el propio autor del delito de blanqueo, dando paso así al llamado autoblanqueo típico. Durante muchos años no estuvo expresamente prevista la posibilidad del autoblanqueo. Aquello aunque la jurisprudencia fue avalando progresivamente tal

oportunidad hasta que, finalmente, fue recogida expresamente en el texto legal.

En principio, la pena prevista para ese tipo básico doloso es prisión de 6 meses a 6 años y una multa equivalente al triplo del valor de los bienes. En el propio artículo 301, en el párrafo segundo, se prevé un subtipo cualificado para los supuestos en los que el delito precedente constituye un delito contra la salud pública, contra la administración pública, en concreto, cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, con la previsión de las penas previstas en el apartado primero, pero en su mitad superior. Por su parte, la Sala 2ª del Tribunal Supremo no solamente exige para la tipicidad de la acción la comisión de un delito previo y encubrir su origen, sino también que se realicen actos idóneos para incorporar el activo ilícito en el tráfico financiero lícito, así como la intención del autor de sacar provecho de esas ganancias en tales canales financieros.

Este tipo básico de blanqueo de capitales, plantea una serie de singularidades. La primera de ellas consiste en que uno de sus elementos del tipo es la comisión de un delito previo, advirtiéndose una ligera nota distintiva en comparación con el régimen penal de Ecuador. En el Código Orgánico Integral Penal no se exige la comisión de un delito previo, sino que es suficiente el origen ilícito de esas ganancias. En el ordenamiento jurídico español se exige que ese origen ilícito sea constitutivo de delito, por tanto, quedan ajenos al tipo penal de blanqueo de capitales todos aquellos actos de ocultación o encubrimiento de ganancias derivadas, por ejemplo, de infracciones administrativas o de cualquier otro ilícito que no sea la comisión estricta de un delito. Actualmente, el texto de la norma tras la reforma sustituyó el término delito por el de actividad delictiva, pretendiendo así el legislador ampliar el marco de posibilidades en torno al origen del que proceden las ganancias.

Por otra parte, el hecho de que uno de los elementos del tipo sea la comisión de un delito precedente y se prevean subtipos cualificados en función del delito previo cometido, la exigencia de acreditar todos y cada uno de sus elementos se extiende a la necesidad de acreditar y concretar el delito precedente. Al respecto, ha existido una evolución jurisprudencial que pasaba, primero, por una relajación a la hora de exigir la prueba y concreción de ese delito precedente, hasta una tendencia que pasa por exigir cada vez con más rigor y determinación esa actividad delictiva previa. Por tanto, se hace necesaria la acreditación tanto del autor o los partícipes de ese delito precedente, como de las circunstancias de tiempo y lugar. En efecto, hay que concretar el tipo penal, la circunstancia de tiempo-lugar, así como los autores y partícipes.

Otra de las controversias doctrinales planteadas y que ha sido objeto de profusos debates es la relativa a la extensión del concepto actividad delictiva precedente. Hay autores que consideran que la actividad delictiva debe ser una acción típica, antijurídica, culpable y punible; no obstante, las tendencias o posiciones mayoritarias abogan por considerar como tal a una acción u omisión meramente típica y antijurídica. Por tanto, es necesario acreditar que se ha realizado una acción típica y antijurídica, lo que en el caso de bienes que procedan de delitos contra la salud pública podrían pasar por la exigencia de analizar si la sustancia es o no compatible con el autoconsumo, o si concurre o no alguna causa de exclusión de la antijuridicidad. En consecuencia, la actividad delictiva precedente debe quedar perfectamente acreditada como una acción típica y antijurídica y, por ende, en la que no concurre ninguna causa de exclusión de la antijuridicidad.

En muchas ocasiones, uno de los problemas que se plantea en relación a la acreditación del delito precedente en el blanqueo de capitales es la recurrente confusión entre el tipo de prueba y el objeto de la prueba. Tipos de prueba lo serán la prueba directa, indirecta, indiciaria, anticipada, preconstituida, etc., y el irrenunciable e inderogable objeto de la prueba es la comisión de un delito precedente. Es decir, una cuestión es la validez de la prueba indiciaria para acreditar la comisión del delito precedente y otra es la inoportunidad de servirse de la prueba indiciaria para acreditar indicios de la comisión de tal delito precedente. De este modo, la comisión del delito precedente es susceptible de ser acreditada a través de la prueba indiciaria, lo que no puede traducirse en una relajación del objeto de la prueba que, en este caso, es la exhaustiva acreditación de la comisión de un delito precedente, lo que tiene directa afectación en la propia

subsunción de los hechos en el tipo básico o en el tipo cualificado. En otras palabras, si bien es válido –en ocasiones, necesario– servirse de la prueba indiciaria ante la dificultad probatoria, no se puede limitar su recurso a la exigencia probatoria de indicios del delito precedente.

Por su parte, en el segundo apartado del artículo 301 del Código Penal Español se establece una segunda modalidad de blanqueo doloso que determina las mismas penas previstas en el primer apartado del mencionado artículo, pero con la distinción de que se sancionará la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre los bienes, o propiedad de los mismos a sabiendas de que proceden de algunos de los delitos señalados o de un acto de participación en ellos. Por otro lado, en el apartado tercero del artículo 301 del Código Penal Español se regula el supuesto del blanqueo de capitales cometido por imprudencia grave, previendo penas de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triple. Imprudencia grave que, como todos los delitos imprudentes, al final pivota sobre la diligencia media empleada sobre la previsibilidad y la sujeción a las normas procedimentales propias de la profesión.

En el blanqueo de capitales por imprudencia grave, la tipicidad o no de los hechos siempre va a recaer sobre el concepto de la diligencia media empleada por el sujeto activo. Es decir, si existe una previsibilidad que no ha sido atendida o no se ha dispuesto de la diligencia media exigible en esos casos, siempre y cuando se den todos los elementos del tipo, nos encontraremos ante un delito de blanqueo de capitales por imprudencia grave, contrario a lo que sucede cuando sí se ha empleado la diligencia media que debe extenderse a la previsibilidad del riesgo, lo que descartaría la tipicidad de los hechos.

Otro problema se plantea en torno al llamado autoblanqueo, es decir, cuando el delito precedente es cometido por el mismo autor que lleva a cabo el blanqueo de capitales. En este caso es necesaria la delimitación entre los actos de agotamiento del delito precedente –que serían identificados con el disfrute de las ganancias del mismo y que serían susceptibles de ser decomisadas– y los posibles actos ulteriores de encubrimiento, transformación e introducción de las mismas en el mercado financiero lícito que serían constitutivos del llamado autoblanqueo.

Así, el uso o disfrute de las ganancias derivadas de un hecho delictivo por parte de los partícipes en el mismo no constituye per se un delito de blanqueo de capitales, es necesario un ulterior acto idóneo de transformación de las mismas para poder introducirlas en el mercado financiero lícito. Es decir, cuando un sujeto activo comete un delito contra la salud pública los bienes obtenidos por estos beneficios no se los puede catalogar como blanqueo de capitales, a menos que se pretenda o se realicen actos de transformación de los bienes producto del delito contra la salud pública para su introducción en los canales financieros lícitos. Por tanto, en la práctica existe la dificultad de delimitar las ganancias del delito precedente con el delito de blanqueo de capitales autónomo.

La normativa española regula el delito de blanqueo de capitales cometido a través de organizaciones criminales y, además, establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cabe mencionar que no todos los delitos son susceptibles de ser cometidos por personas jurídicas, sino solamente aquellos que se encuentran expresamente previstos en el Código Penal.

Otro subtipo del delito de blanqueo de capitales hace relación al cometido por facultativos, funcionarios públicos, trabajadores sociales, docentes, educadores en el ejercicio de sus cargos, casos en los que se establecen penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio de 3 a 10 años, pena privativa de libertad y pena de multa, por otro lado, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de 10 a 20 años cuando los referidos hechos fueron realizados por autoridad o agente de la misma. Por último, el artículo 304 Código Penal Español establece la oportunidad de la comisión del delito de blanqueo de capitales en los supuestos de provocación, conspiración y proposición.

Los problemas e incidencias procesales que más relieve tienen en la práctica son la persecución,

la investigación y el enjuiciamiento del delito de blanqueo de capitales y el delito precedente. Obviamente, tanto el delito de blanqueo de capitales como el delito precedente están conectados de forma sustantiva natural, en consecuencia, a efectos de poder acreditar todos y cada uno de los elementos del tipo se debería mantener la unidad procesal ante la eminente conexidad natural que mantienen tales delitos. Sin embargo, en España no es una solución inderogable que ambos se sigan en el mismo procedimiento.

Al respecto, en su última reforma, el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española estableció algunas previsiones al respecto. En principio, se determinó que cada delito da lugar a la formación de una única causa, con excepción de los llamados delitos conexos que deben ser investigados y enjuiciados dentro de la misma causa, siempre que la investigación, la prueba y los hechos resulten convenientes para el esclarecimiento y para la determinación de las responsabilidades procedentes. Salvo que los hechos que se sigan en el mismo procedimiento supongan para la investigación una excesiva complejidad o dilación procesal.

Otra consecuencia de las reformas que se aplicaron al artículo 17 es la incorporación al catálogo de delitos conexos el blanqueo de capitales y el delito precedente, ya que este último se constituye en elemento del tipo de aquel. De este modo, se evita la duplicidad de la práctica de diligencias sumariales, así como por razones probatorias obvias. En la práctica, la aplicación de procedimientos separados provoca una subordinación procesal entre el delito precedente y el blanqueo de capitales que, en determinados supuestos, puede conllevar considerables disfunciones.

Una aproximación a las dificultades en la investigación y persecución de los cibercrímenes

Dr. Ricardo Posada Maya¹



Ricardo Posada Maya

Abogado con Honores de la Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín, Colombia), Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Antioquia (Colombia), Doctor y DEA en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Su tesis doctoral en Derecho Penal recibió la máxima calificación de sobresaliente Cum Laude por unanimidad del Tribunal y obtuvo el Premio Extraordinario de Doctorado 2010-2011.

Profesor Asociado III del área de Derecho penal, procesal penal y criminología de la Facultad de Derecho en la Universidad de Los Andes (Bogotá-Colombia). Director del Grupo de investigación en Derecho Penal y Justicia Transicional "Cesare Beccaria". Conjuez de la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia de Colombia. Director del Blog académico Derecho Penal y Sociedad.

Es profesor de las cátedras de Derecho Penal General, Derecho Penal Especial, Punibilidad, Cibercrimen y Constitución & Democracia. Miembro del grupo de investigación GECTI de la Universidad de Los Andes. Miembro del Observatorio de Criminalidad Organizada Transnacional de la Universidad de Salamanca (España) y del Instituto di Studi Penalistici "Alimena", del Centro de Investigación Interdepartamental de la Universidad de Calabria (Italia). Conferencista invitado a seminarios, congresos y postgrados en diferentes universidades nacionales e internacionales, autor de múltiples publicaciones en el ámbito del Derecho Penal y Consultor en Derecho penal.

¹ Profesor de Derecho Penal y Constitución y Democracia del Área de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología de la Universidad de los Andes, Bogotá-Colombia. Doctor en derecho por la Universidad de Salamanca, España. Especialista en Derecho penal por la Universidad de Antioquia. El presente artículo se inscribe en la línea de aspectos fundamentales del derecho penal sustantivo y procesal penal del Grupo de Investigaciones en Derecho Penal y Justicia Transicional "Cesare Beccaria" de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Igualmente, se inscribe en el proyecto DER2016-79705R del Observatorio de Criminalidad Organizada Transnacional de la Universidad de Salamanca, España.

Resumen. Esta conferencia analiza las más importantes dificultades sustantivas, materiales y probatorias que enfrentan las autoridades al momento de investigar y juzgar los delitos cometidos utilizando sistemas informáticos, electrónicos o telemáticos. En tal sentido, en primer lugar, se distingue entre los conceptos de cibercrimen y delitos informáticos en sentido amplio, precisando cómo estos protegen de forma diferente los bienes jurídicos tutelados, especialmente, las funciones informáticas referidas a la confidencialidad, la integridad, la disponibilidad y el no repudio de los datos y la información susceptible de ser tratados mediante sistemas de información. En segundo lugar, se desglosan los diferentes inconvenientes que permiten llevar a cabo una investigación digital adecuada. Entre las dificultades mencionadas, llaman la atención la falta de conceptos uniformes y claros en la materia, la carencia de estudios estadísticos y criminológicos sobre los mercados del cibercrimen, la ausencia de medios e instrumentos tecnológicos para enfrentarlo, la ausencia de políticas criminales regionales para combatir las organizaciones criminales que utilizan la tecnología para sus delitos, entre otros inconvenientes relacionados con la falta de planeación de las investigaciones y las técnicas para la obtención de evidencia digital que permita demostrar estos delitos. En definitiva, se plantea una aproximación de los principales retos para reducir la impunidad en los delitos tecnológicos.

Palabras claves: Cibercrimen; Delitos informáticos; Evidencia digital; Persecución penal; Datos e información.

Sumario: 1. Aspectos preliminares; 2. Dificultades para combatir de manera adecuada los Cibercrímenes; 3. Conclusión; y 4. Bibliografía.

1. Aspectos preliminares

Cuando se piensa los principales obstáculos teóricos y prácticos para llevar a cabo una adecuada investigación, persecución y judicialización (imputación, acusación y juzgamiento) de los cibercrímenes o los delitos informáticos –en sentido amplio– debe concluirse que son inconvenientes generales a nivel de Iberoamérica².

No es un secreto que, a partir de la década de los años 80, con la entrada de la tecnología informática y digital a todos los aspectos de la vida social, familiar e individual³, comenzaron a surgir nuevos riesgos personales y sociales automáticos, anónimos y descentralizados que demandaron el estudio de los delitos informáticos⁴, convertidos en un nuevo paradigma de criminalidad.

² M. C. R. Ballesteros & J. A. G. Hernández. "Cibercrimen: Particularidades en su investigación y enjuiciamiento/Cybercrime: Particularities in investigation and prosecution", En: Anuario Jurídico y Económico Escurialense, 47, (2014): 209-233; Jason P. Gonzalez; Matthew A. S. Gauger, Neal J. Criminal Justice; CASES WITHOUT BORDERS: The Challenge of International Cybercrime Investigations, (Chicago, Tomo 30, N.º 4, 2016), 15-18; Anthony Reyes; Richard Britton; Kevin O'Shea; David A. Makin; Amber L. Morczek "Investigating and Prosecuting Cyber Crime: Forensic Dependencies and Barriers to Justice", En: International Journal of Cyber Criminology, Jan-Jun2015, Vol. 9 Issue 1, (2015): 55-119; James Steele. Cyber Crime Investigations: Bridging the Gaps Between Security Professionals, Law Enforcement, and Prosecutors, (Rockland, MA, Syngress, 2007), 194 y ss. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=e00xww&AN=211407&lang=es&site=eds-live&scope=site>; Shipley, Todd G.; Bowker, Art. Investigating Internet Crimes: An Introduction to Solving Crimes in Cyberspace, Syngress, 2014. Accessed April 16, 2021. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=e00xww&AN=503592&lang=es&site=eds-live&scope=site>

³ En general: Enrique, Anarte Borrillo "Incidencias de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al derecho penal en la sociedad de la información", En: Derecho y conocimiento 1, 2010, pp. 191-257; Informe Explicativo del Convenio contra el Cibercrimen, ETS-185, del Consejo de Europa y el Parlamento Europeo, 1 y ss. v. <https://rm.coe.int/16802fa403>; Fernando, Miró Linares, El cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio, (Madrid, Marcial Pons, 2012), 231; David S., Wall. Cybercrime. The transformation of crime in the information age. (UK, Polity, 2007), 31 y ss.

⁴ Ricardo, Posada Maya. "Aproximación a la Criminalidad informática en Colombia", en Revista de derecho, comunicaciones y nuevas tecnologías, núm. 2, Cijus-Gecti, Universidad de los Andes, (2006): 15; "Así las cosas, la fenomenología criminal ha variado como secuela del cambio informático global; pues la primera se ha adaptado al segundo, con el efecto previsible de que los mecanismos institucionalizados de regulación de la vida social han transformado –no siempre de manera adecuada– sus propias perspectivas y criterios de imputación. Especialmente el Derecho penal, con el fin de mejorar sus herramientas de prevención, control y sanción. Y ello es así, pues se afirma que las técnicas jurídicas de control tradicionales resultan cada vez menos eficaces –aunque ello sea discutible– para prevenir o someter formas de criminalidad masificadas, especializadas, continuas, lesivas, muy difíciles de descubrir, rastrear y criminalizar; por oposición a la progresiva vulnerabilidad de las víctimas y de las funciones protegidas".

Una necesidad que se ha incrementado de modo sustancial durante la pandemia del Covid-19, debido al modelo virtual que se ha impuesto en nuestra vida cotidiana. Un cambio que sin duda ha incrementado la vulnerabilidad de las personas y las ha hecho dependientes a la tecnología, lo que ha provocado el aumento de la ciberdelincuencia⁵, en especial, aquellas conductas punibles que lesionan o ponen en peligro la intimidad personal y el patrimonio económico.

Buenos ejemplos de estas conductas punibles son las estafas realizadas por medios informáticos (ventas fraudulentas en páginas falsas, ofrecimientos engañosos en línea, inversiones o estafas piramidales online, casinos o loterías arregladas, etc.), la transferencia no consentida de activos patrimoniales (incluyendo monedas virtuales o "puntos" de supermercados o aerolíneas), las defraudaciones y el tráfico ilícito de datos personales (el fishing o la violación de datos), los delitos de intrusión o acceso abusivo a los sistemas informáticos –piénsese en las intrusiones en plataformas virtuales como Zoom o Microsoft Teams, que han afectado la intimidad de los usuarios educativos–, el mercadeo ilícito de productos a través de internet, los delitos de obstaculización de datos o sistemas informáticos (sabotajes o denegaciones de servicios informáticos), entre otros comportamientos que lesionan de manera grave los bienes jurídicos. De allí que sea necesario promover la adecuada investigación, judicialización y sanción de estos delitos, no solo con el fin de prevenir su comisión futura, sino también para proteger la seguridad de la información, los datos y las infraestructuras informáticas críticas⁶.

Sin embargo, a pesar de los notables esfuerzos jurídicos y técnicos que han hecho los países de América Latina para combatir el cibercrimen y adecuar sus ordenamientos jurídicos⁷, lo cierto es que la cifra oculta de esta clase de criminalidad y la impunidad siguen siendo la regla general en nuestras sociedades. En parte, ello se debe a la falsa creencia de seguridad que tienen las personas de los dispositivos informáticos que utilizan y por la falta de cultura en ciberseguridad y seguridad digital, particularmente, por parte de los sectores más vulnerables a estos delitos, como las pequeñas empresas o los ciudadanos.

2. Dificultades para combatir de manera adecuada los cibercrímenes

En este contexto, se plantean siete causas que afectan de manera clara la lucha contra el cibercrimen, así:

La primera causa es, justamente, que los encargados del sistema de justicia penal no siempre saben distinguir entre los delitos informáticos (en sentido amplio) y los cibercrímenes. Incluso, sectores importantes de la doctrina y la jurisprudencia le restan importancia a esta distinción teórica y la simplifican, con indeseables consecuencias jurídicas y teóricas⁸.

⁵ Según el Balance Cibercrimen. (2020). Caivirtual Policia. Recuperado el marzo de 2020, de Centro cibernético policial de Colombia: https://caivirtual.policia.gov.co/sites/default/files/balance_cibercrimen_2020_-_semana_45.pdf, durante el período entre el 2019 y el 2020, el cibercrimen aumentó en Colombia en un 96% (particularmente por la pandemia del Covid-19). Dicho incremento puede discriminarse frente al período anterior, así: delitos de acceso abusivo a un sistema informático (94%), suplantación de identidad digital o de sitios Web para la captura de datos personales (377%), violación de datos personales y tráfico ilícito de datos (185%), defraudaciones económicas y transferencias no consentidas de activos (103%), entre otros.

⁶ En general, Edward G. Amoroso Cyber Attacks: Protecting national infrastructure, (Burlington, Butterworth-Heinemann, 2011); Kenneth Geers "The Cyber Threat to National Critical Infrastructures: Beyond Theory", En: Information Security Journal: A Global Perspective, Jan2009, Vol. 18 Issue 1, (2009): 1-7. DOI: 10.1080/19393550802676097.

⁷ En relación con los esfuerzos comparados que ha realizado el Ecuador, frente a los demás países de la región, vale la pena revisar el Reporte de Ciberseguridad 2020 del Bid y la OEA, sobre los Riesgos, avances y el camino a seguir en América Latina y el Caribe, que puede consultarse en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Reporte-Ciberseguridad-2020-riesgos-avances-y-el-camino-a-seguir-en-America-Latina-y-el-Caribe.pdf>

⁸ Sin embargo, la distinción entre estos delitos y los cibercrímenes se puede advertir con claridad en el Informe Explicativo del Convenio contra el Cibercrimen, § 79, al señalar que los artículos 7 a 10 del Convenio de Budapest se refieren a "(...) delitos comunes que se cometen frecuentemente mediante la utilización de un sistema informático"; también: v. Consejo Nacional de Política Económica y social (Conpes), Documento n.º 3858, 11 de abril de 2016, Bogotá. En línea: <https://colaboracion.dnp.gov.co/>

En este sentido, es usual advertir que se promueven definiciones generales con la finalidad de abarcar como delitos informáticos en sentido estricto, todos aquellos delitos comunes que han sido realizados utilizando medios informáticos, electrónicos o telemáticos; o aquellas conductas punibles que pretendan lesionar o poner en peligro las infraestructuras informáticas, como medio y como fin. Todo indica que esta definición general resulta anacrónica, no solo porque impide considerar de manera adecuada las verdaderas características técnicas y jurídicas del cibercrimen, sino además porque desconoce la evolución que han tenido estas figuras en las últimas décadas, por cuenta de los avances tecnológicos que han comenzado a transformar la teoría del delito⁹.

A. En realidad, los cibercrímenes son delitos especiales¹⁰ que tienen la función de proteger el bien jurídico tutelado de la seguridad de la información y los datos en formatos electrónicos o informáticos¹¹ y los sistemas informáticos¹² durante su acceso, procesamiento automático y transmisión eficaz. De manera precisa, buscan proteger las funciones informáticas, es decir, la disponibilidad (o capacidad de uso y tratamiento), la integridad y la confidencialidad (calidad, pureza, idoneidad y corrección) de los datos, la información y las infraestructuras y sistemas informáticos (compuestos por *hardware* y *software*)¹³; además, garantizar a los usuarios el no repudio de sus mensajes y la capacidad de buscar datos específicos en los sistemas de almacenamiento de sus

CDT/Conpes/Económicos/3854.pdf

⁹ Ricardo, Posada Maya "El Cibercrimen y sus efectos en la teoría de la tipicidad: de una realidad física a una realidad virtual", En: Revista Nuevo Foro Penal, Vol. 13, n.º 13, enero-junio, Medellín, Universidad EAFIT, (2017): 72-112. ISSN 0120-8179.

¹⁰ Gustavo Eduardo Aboso y María Florencia Zapata. Cibercriminalidad y derecho penal: la información y los sistemas informáticos como nuevo paradigma. (Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2006), 21 y cita 5; Matellanes Rodríguez, "Algunas notas sobre las formas de delincuencia informática en el Código Penal", 130; Ricardo Posada Maya. Los cibercrímenes: Un nuevo paradigma de criminalidad. Un estudio del título VII Bis del Código Penal Colombiano, 103 y 104, dice que son "[...] aquellos comportamientos ilícitos que se dirigen a la indebida creación, procesamiento, almacenamiento, adquisición, transmisión, divulgación, daño, falsificación, interceptación, manipulación previa o posterior, y ejecución automática de datos o sistemas informáticos sin el consentimiento o con abuso del mismo. La finalidad usual de estos comportamientos es lesionar o poner en peligro de manera ilícita [...] la seguridad de las funciones informáticas [...]". Agrega Posada Maya, "Aproximación a la Criminalidad informática en Colombia", 13-60 (19-20): "[...] no se trata de delitos comunes sino de tipologías especiales realizadas a través de procedimientos informáticos, que gozan de cierta riqueza técnica, aunque no abandonan los tipos penales ordinarios como referentes dogmáticos y criminológicos"; Enrique Rovira Del Canto. Delincuencia informática y fraudes informáticos, Estudios de Derecho penal No. 33, (Dir.) Carlos María Romeo Casabona, (Comares, Granada, 2002), 130 y 187; Fernando Velásquez Velásquez, "Criminalidad informática y derecho penal: Una reflexión sobre los desarrollos legales colombianos", En: Derecho penal y nuevas tecnologías. A propósito del título VII bis del Código Penal, Memorias 4, Fernando Velásquez Velásquez, Renato Vargas Lozano, Juan David Jaramillo Restrepo (Comp.), (Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2016), 353-382 (355).

¹¹ La Convención sobre el Cibercrimen, Budapest 23 de Noviembre de 2001, define los datos informáticos en el capítulo 1, artículo 1, literal b, de la siguiente manera: "(...) se entenderá cualquier representación de hechos, información o conceptos de una forma que permita el tratamiento informático, incluido un programa diseñado para que un sistema informático ejecute una función", V. <https://www.boe.es/eli/es/ai/2001/11/23/1/dof/spa/pdf>. De manera similar lo hace la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa del 12.07.2013, artículo 2, lit. c), se entiende por dato informático "(...) toda representación de hechos, informaciones o conceptos de una forma que permite su tratamiento por un sistema de información, incluidos los programas que sirven para hacer que dicho sistema de información realice una función". V. <https://www.boe.es/doue/2013/218/L00008-00014.pdf> V. igualmente, Informe Explicativo del Convenio contra el Cibercrimen, § 25.

¹² La Convención sobre el Cibercrimen, Budapest 23 de Noviembre de 2001, define los sistemas informáticos en el capítulo 1, artículo 1, literal a, como "(...) todo dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados o relacionados entre sí, siempre que uno o varios de ellos permitan el tratamiento automatizado de datos en ejecución de un programa". Por su parte, la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa del 12.07.2013, artículo 2, literal a), se entiende por sistema de información: "todo aparato o grupo de aparatos interconectados o relacionados entre sí, uno o varios de los cuales realizan, mediante un programa, el tratamiento automático de datos informáticos, así como los datos informáticos almacenados, tratados, recuperados o transmitidos por dicho aparato o grupo de aparatos para su funcionamiento, utilización, protección y mantenimiento".

¹³ Aclara el Informe Explicativo del Convenio contra el Cibercrimen, § 23, que "[...] A los efectos de este Convenio, un "sistema informático" es un dispositivo que consta de hardware y software cuya función es el tratamiento automatizado de datos digitales. Puede incluir facilidades de entrada (input), salida (output) y almacenamiento. Puede funcionar en forma independiente o estar conectado a una red con otros dispositivos similares. "Automatizado" significa sin intervención directa de un ser humano; "tratamiento de datos" significa que los datos que se encuentran en un sistema informático son operados mediante la ejecución de un programa informático. Un "programa informático" es un conjunto de instrucciones que pueden ser ejecutadas por el equipo para alcanzar el resultado deseado. Un equipo puede ejecutar diversos programas. Un sistema informático por lo general consta de diferentes dispositivos, diferenciándose entre el procesador o unidad de procesamiento central y los periféricos. Un "periférico" es un dispositivo que realiza ciertas funciones específicas interactuando con la unidad de procesamiento, como puede ser una impresora, una pantalla de video, un dispositivo para leer o escribir CD u otros dispositivos de almacenamiento de datos" (énfasis propio).

equipos e infraestructuras¹⁴.

A modo de ejemplo, cuando una persona adquiere un dispositivo móvil o una computadora no solo adquiere los servicios que ofrece el dispositivo, sino que también busca la protección de los datos contenidos en él y la defensa de su confidencialidad. Igualmente, se protege su disponibilidad, es decir, que el ciberusuario pueda acceder según su conveniencia –de manera directa o remota– a un equipo conectado a redes de telecomunicaciones y usar o tratar la información almacenada allí, sin ninguna clase de obstáculo o impedimento grave, ilegítimo o no consentido.

Por supuesto, para el ciberusuario es fundamental que el sistema informático, los datos y la información permanezcan íntegros y funcionen en todo momento de manera correcta, sin ser vulnerados de manera violenta o abusiva por parte de terceros que pretendan modificarlos, manipularlos o disminuir su calidad con el propósito de lesionar otros bienes jurídicos como la intimidad personal. Finalmente, es importante garantizar que el sujeto conserve la capacidad de buscar información en el dispositivo o en la nube, ante la enorme cantidad de información que se conserva en estos medios. La seguridad de todas estas situaciones garantiza de manera adecuada la seguridad colectiva e individual de la interacción tecnológica.

Continuando el desarrollo del ejemplo anterior, en el supuesto de que un criminal envíe un correo electrónico infectado con un virus malicioso a otra persona, con el propósito de dañar o deteriorar a un sistema informático y borrar, falsificar o destruir sus datos, se podría configurar una conducta punible de ataque a la integridad de sistemas informáticos (artículo 232) o de falsedad informática (artículo 415, mod. Ley No. 2002-67, artículo 61)¹⁵, con efectos virtuales que no existirán en el mundo físico o analógico causados por medio de instrucciones operativas que se dan durante un procedimiento tecnológico.

Otros buenos ejemplos de cibercrímenes en el Código Orgánico Integral Penal, que se valen de procedimientos de manipulación de sistemas¹⁶, son los delitos de apropiación fraudulenta por medios electrónicos y de telecomunicaciones (COIP, artículo 190; Ley No. 2002-67, artículo 61) que consisten en procurar la transferencia no consentida de bienes valores o derechos en perjuicio de terceros, "alterando, manipulando o modificando el funcionamiento de redes electrónicas, programas, sistemas informáticos, telemáticos y equipos terminales de telecomunicaciones"; y el delito de transferencia o apropiación electrónica de activo patrimonial (COIP, artículo 231), cuando el sujeto activo del tipo penal "altere, manipule o modifique el funcionamiento del programa o sistema informático o telemático", para obtener beneficios con ánimo de lucro.

Como se puede apreciar, estas conductas punibles tienen una estructura jurídica particular¹⁷. Por ejemplo, se realizan de manera automatizada en un ámbito virtual deslocalizado –sin límites físicos precisos–, lo que permite redefinir instituciones dogmáticas como el nexo de causalidad en sentido ontológico, o replantear la estructura tradicional del dolo basada en el conocimiento actual y presencial de la conducta con relevancia jurídico-penal. Más allá, dicha noción implica actualizar los límites de los riesgos programables y su desaprobación jurídica en el mundo virtual y tecnológico que, por cierto, no parecen idénticos a los que se analizan en la imputación objetiva

¹⁴ Wall, Fighting computer crime. A new framework for protecting information, EE.UU. Wiley, 1998), 120 y Ricardo, Posada Maya, Aproximación a la criminalidad informática en Colombia. (Medellín, Universidad EAFIT, 2017), 22 y ss.; Ricardo, Posada Maya. "¿Puede ser el cibercrimen un delito transnacional?", En: Temas de Derecho penal económico y patrimonial, (Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2018), 217-251 (235 a 240). ISBN. 978-958-764-251-7; Rovira del Canto, Delincuencia informática y fraudes informáticos, 65 y ss., 72, 130 y 131; id, "Hacia una expansión doctrinal y fáctico del fraude informático", 118; Id, Los cibercrímenes, 120 a 122; Ricardo Posada Maya "El Cibercrimen y sus efectos en la teoría de la tipicidad: de una realidad física a una realidad virtual", 83.

¹⁵ Convención sobre el Cibercrimen, artículo 4.º (Interferencia de datos); Informe Explicativo del Convenio contra el Cibercrimen, §§ 60 y ss. En cuanto a la integridad del sistema, ibíd., §§ 65 y ss.

¹⁶ Convención sobre el Cibercrimen, artículo 8.º (Fraude informático); Informe Explicativo del Convenio contra el Cibercrimen, §§ 86 y ss.

¹⁷ Posada Maya, "Los cibercrímenes", 207 – 216; Posada Maya, "El cibercrimen y sus efectos en la teoría", 84 – 88.

tradicional en el mundo físico, regulados por la normativa nacional o por reglas de práctica profesional (*lex artis*, etc.). Así mismo, los avances tecnológicos en el derecho moderno exigen revisar igualmente teorías como la participación de personas en la conducta punible, dispositivos amplificadores del delito como la tentativa o causales de ausencia de responsabilidad penal como el error o el consentimiento, que no parece posible seguirlas aplicando sin modificaciones técnicas importantes en esta clase de (ciber)delitos.

Finalmente, teniendo en cuenta que los ataques ciberdelictivos son verdaderas cadenas de ataques o amenazas informáticas que en algunos ordenamientos jurídicos cubren el reconocimiento de vulnerabilidades (como acto preparatorio), el acceso no consentido a todo o parte del sistema y la obtención ilícita de privilegios virtuales que permitan la realización de ataques (sabotajes, espionaje, etc.) es fundamental que las normas penales le permitan al intérprete delimitar cuidadosamente la posible aplicación concursal de estos comportamientos y evitar desconocer el postulado de *non bis in idem*. Usualmente, esto sucede cuando se imputan cargos por el delito medio de acceso abusivo a un sistema informático y, simultáneamente, el delito fin de transferencia informática de activos patrimoniales, pues se desconoce el principio de subsidiariedad material. La importancia de delimitar este tema redundaría, entonces, en la precisión de las imputaciones de cargos y en los pliegos de acusación fiscales en nuestro medio.

B. Por el contrario, los delitos informáticos en sentido amplio¹⁸ son aquellas conductas punibles que pueden ser realizadas mediante el empleo de medios informáticos, electrónicos o telemáticos. Sin embargo, dicha forma de comisión es solo circunstancial y no hace parte de la definición del tipo penal fundamental. Sería el caso, por ejemplo, un delito de estafa (COIP, artículo 186) realizado mediante el empleo de un correo electrónico para engañar a los sujetos pasivos (simulación de hechos falsos o deformando u ocultando hechos verdaderos) y obtener de ellos un provecho patrimonial ilícito, que sigue siendo un delito económico común. Así, esta conducta de ingeniería social solo protege de forma residual la seguridad de la información, los datos y los sistemas informáticos.

La naturaleza de este delito tampoco cambia a una especial cuando su comisión esté precedida del "uso de dispositivos electrónicos que alteren, modifiquen, clonen o dupliquen los dispositivos originales de un cajero automático para capturar, almacenar, copias o reproducir información de tarjetas de crédito, débito, pago o similares" (COPI, inciso 2.º *ibid.*). En estos casos, el incremento de la pena se justificaría por el uso de esta clase de instrumentos que facilitan la ejecución del delito y dificultan la defensa de la víctima (mayor desvalor de acción objetivo).

Por tal motivo, a pesar de que los ciberdelitos y los delitos informáticos –en sentido amplio– son estructuras jurídicas que comparten algunos elementos típicos, todo indica que conservan su propia naturaleza y protegen con diferente prioridad los bienes jurídicos tutelados.

18 Citas de delito informático en sentido Amplio: José Luis, De La Cuesta Arzamendi (Dir.) /Norberto J. De La Mata Barranco (Coord.). Derecho penal informático, (Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2010), 31 y 159; Alfonso, Galán Muñoz, El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos: análisis del artículo 248.2 C.P., (Valencia, Tirant lo Blanch, 2005), 29 y ss.; Nuria, Matellanes Rodríguez, "Algunas notas sobre las formas de delincuencia informática en el Código penal", En: Hacia un Derecho penal sin fronteras, Coord. María Rosario Diego Díaz-Santos y Virginia Sánchez López, XII Congreso Universitario de Alumnos de Derecho penal, (Madrid, Colex, 2000), 129-147 (130); Miró Llinares, El cibercrimen: Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio, 33 y ss.; Laura, Mayer Lux "Defining cyberterrorism", En: Revista Chilena de derecho y tecnología, vol. 7, núm. 2, (2018), 5-25 (13). Doi 10.5354/0719-2584.2018.51028; Ricardo Posada Maya, Los cibercrimenes: Un nuevo paradigma de criminalidad. Un estudio del título VII Bis del Código Penal Colombiano, 101-102; Helmut, Satzger, "La protección de datos y sistemas informáticos en el derecho penal alemán europeo. Tentativa de una comparación con la situación legal en Colombia", En: Derecho penal y nuevas tecnologías. A propósito del título VII bis del Código Penal, Memorias 4, Fernando Velásquez Velásquez, Renato Vargas Lozano, Juan David Jaramillo Restrepo (Comp.), (Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2016), 11 y ss. (12); Ulrich, Sieber, Computerkriminalität und Strafrecht. Neue Entwicklungen in Technik und Recht, 2a ed., (Köln-Berlin-Bonn-München, Heymanns, 1980), 39; Klaus, Tiedemann, "Criminalidad mediante computadoras", trad. de Amelia Mantilla viuda de Sandoval, En: Nuevo Foro Penal No. 30, octubre-diciembre de 1985, (Bogotá, Temis), 481 a 492; Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT/ITU), Understanding Cybercrime: phenomena, challenges and legal response, Ginebra, UIT, 2012, 11. <http://www.itu.int/ITU-D/cyb/cybersecurity/docs/Cybercrime%20legislation%20EV6.pdf>; Wall, "Criminalizing cyberspace: the rise of the Internet as a 'crime problem'", 22-103. En general: Alberto, Suárez Sánchez, Manual de delitos informáticos en Colombia. Análisis dogmático de la ley 1273 de 2009, (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016).

La segunda causa que obstaculiza la persecución y sanción de la cibercriminalidad en nuestro medio es que las autoridades usualmente califican los cibercrimenes (en términos jurídicos y estadísticos) con base en simples criterios formales, esto es, por el solo hecho de estar previstos de esa manera en la legislación penal (COIP)¹⁹. Una postura que carece de criterios materiales y que resulta problemática por las siguientes razones:

De un lado, desconoce las consecuencias que tiene esta distinción teórica en la práctica judicial. Es conveniente destacar que los cibercrimenes son realizados mediante instrucciones informáticas programadas en un mundo virtual (deslocalizado y desregulado) por un ciberusuario (con identidad física y digital) y ejecutadas por un sistema informático conectado a la red. No son delitos realizados por sujetos mediante acciones físicas en un mundo analógico como unas lesiones personales o un hurto con arrebato de la cosa. El solo hecho de que estas conductas sean realizadas por ciberusuarios conectados a sistemas informáticos supone una compleja transformación de los presupuestos sustantivos del crimen y de la prueba requerida para superar el estándar de responsabilidad penal (particularmente, para vincular la identidad del usuario digital y el físico en la ejecución del crimen, una vez se ha descartado la existencia de una suplantación durante la conexión de estos con el sistema informático)²⁰.

Por otro lado, esta postura formal induce a una importante equivocación metodológica que consiste en equiparar las técnicas o los modos de ejecución empleados en los cibercrimenes con los delitos imputables en cada caso. En efecto, una cosa es el delito de violación o interceptación ilegal de datos o uso de herramientas para vulnerar seguridades informáticas u obtener información protegida o secretos (COIP, artículo 230 y Ley No. 2002-67, artículo 58) y otra son las múltiples técnicas informáticas utilizadas por los criminales para interceptar información en su origen o para copiar o clonar información de las tarjetas bancarias, u obtener información que deba permanecer en reserva o secretos. Incluso, estas técnicas informáticas son diferentes a las técnicas populares de engaño para obtener datos personales como el fishing o "los ataques de fuerza bruta" para acceder de forma no consentida a sistemas informáticos (COIP, artículo 234). Es cierto que en algunos casos este inconveniente surge debido a una inadecuada traducción o interpretación de la literatura científica, del Convenio contra el Cibercrimen (Budapest), de su reporte explicativo o de la legislación europea o norteamericana, no obstante, en su mayoría estas confusiones son superables.

De igual manera, esta tendencia teórica permite que, al momento de definir los cibercrimenes en la ley, se confundan conceptos como los medios de comunicación, los medios ejecutivos del crimen y las redes sociales, cuando es claro que todos ellos se refieren a ámbitos y contextos diferentes. De este modo, por ejemplo, la red debe entenderse como un medio que permite la interconexión de los sistemas en un mundo virtual, más no como una estructura delictiva

19 Dicho criterio formal ha sido problemático, pues ha permitido que algún sector de la doctrina colombiana, por ejemplo, indique el delito de Hurto por medios informáticos, previsto en el C.P. de 2000, artículo 269l, es un cibercrimen, cuando en realidad es un simple delito común de naturaleza patrimonial que puede ser realizado por medio de sistemas informáticos, electrónicos o telemáticos, superando las medidas de seguridad (por manipulación del sistema o por suplantación del usuario legítimo) que permiten el apoderamiento de una cosa mueble ajena. En tal sentido, resulta más coherente el COIP, pues consagra como verdaderos delitos patrimoniales, los delitos de Estafa simple y agravada por copia, hurto, etc. de tarjetas bancarias (artículo 186, inciso 2.º, núm. 1) y agravado por el uso de dispositivos electrónicos en cajeros bancarios automáticos para alterarlos o para obtener códigos personales (artículo 186, inciso 2.º, núm. 2). Mientras que dispone de los cibercrimenes en los delitos contra la seguridad de los activos de los sistemas de información y comunicación, a partir de los artículos 229 y ss.

20 Me he referido al tema previamente, Ricardo, Posada Maya, "El Cibercrimen y sus efectos en la teoría de la tipicidad: de una realidad física a una realidad virtual", sobre el concepto de ciber acción: 82 y ss.; sobre el concepto de ciberusuario: 88 y ss. Sobre la suplantación, Cristian Borghello / Marcelo G. I. Temperini, "Suplantación de identidad digital como delito informático", En: Daniela, Dupuy, (Dir.) / Mariana, Kiefer (Coord.), Cibercrimen, Aspectos de derecho penal y procesal penal. Cooperación internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet, (Buenos Aires-Montevideo, BdeF, 2017), 291-311; María Belén, Sánchez Domingo, "Robo de identidad personal a través de la manipulación o el acceso ilegítimo a sistemas informáticos, ¿Necesidad de una tipificación específica?", En: Revista General de Derecho Penal (IUSTEL), No. 26, noviembre de 2016, No. 418038, PDF on-line, España, pp. 1/34. Sankhwar, S., Pandey, D., Khan, R.A. "A Step Towards Internet Anonymity Minimization: Cybercrime Investigation Process Perspective", En: Satapathy S., Tavares J., Bhateja V., Mohanty J. (eds) Information and Decision Sciences. Advances in Intelligent Systems and Computing, vol. 701, (2018), Springer, Singapore. https://doi-org.ezproxy.uniandes.edu.co/8443/10.1007/978-981-10-7563-6_27

autónoma que califique los delitos.

Como se puede apreciar, en este ámbito coexisten una serie de prejuicios y malentendidos teóricos y prácticos que desorientan a los especialistas técnicos y a los estudiosos del derecho penal cuando pretenden definir esta clase de criminalidad. Ello exige una mejor y más clara interacción interdisciplinaria entre la ingeniería de sistemas, la criminología y el derecho penal al momento de desarrollar las diferentes categorías dogmáticas y estudiar con mayor rigor los diferentes bloques o modelos de micro y macro criminalidad y las tendencias ejecutivas que afectan la seguridad de la información, los datos y los sistemas informáticos (electrónicos y telemáticos).

La tercera causa tiene relación con el déficit de estadísticas criminales confiables que reflejen la ocurrencia y los efectos del cibercrimen en nuestras sociedades (efectos económicos, sexuales, de protección de datos, contra la intimidad, violaciones a los derechos morales y patrimoniales de autor, etc.). Este problema también impacta en la calidad de las bases de datos que gestionan los servicios jurídicos, de seguridad e inteligencia del Estado, entre ellos, Policía Nacional y la Fiscalía General del Estado (instituciones que no siempre comparten la información de manera bidireccional). Además, se acepta que la ausencia de cifras o su figuración hace difícil el desarrollo mecanismos de colaboración de información efectivos que permitan crear e implantar en Latinoamérica políticas públicas y criminales que puedan ser verificadas a largo y a corto plazo, o enmendar las que existen a partir de dicha información. Un ulterior efecto es la dificultad para que las agencias estatales puedan desarrollar controles de (ciber)seguridad que permitan la protección eficiente de los intereses públicos y de los derechos ciudadanos.

Este inconveniente también se compondría si nuestros países limitan la existencia de entidades de investigación con funciones de policía judicial paralelas (judiciales, administrativas, ejecutivas, etc.) que duplican de forma innecesaria los esfuerzos para esclarecer los delitos, producen información contradictoria y reducen de manera sustancial los escasos recursos económicos y técnicos que usualmente se destinan a esta materia.

En definitiva, se puede concluir que América Latina aún no cuenta con una definición uniforme y clara sobre la cibercriminalidad –que la distinga de los delitos comunes que pueden ser realizados por medios informáticos–, ni dispone de diagnósticos completos sobre su ocurrencia, sus modalidades y las víctimas más vulnerables²¹, ni de protocolos unificados que posibiliten determinar las metodologías de ejecución más empleadas por los criminales²². Estas deficiencias teóricas y técnicas también permiten explicar el por qué en nuestras legislaciones penales –más allá de la influencia de los convenios, tratados y directivas internacionales– son tan usuales los trasplantes jurídicos en derecho penal y tecnología que, por cierto, muchas veces hacen invisibles o dependientes los desarrollos y esfuerzos locales para adaptar nuestros ordenamientos jurídicos a la realidad social. No es de extrañar entonces, que esta materia en los códigos penales termina siendo más simbólica que preventiva.

La cuarta causa consiste en las notorias dificultades que se les imponen a las víctimas en nuestro entorno cultural para acceder a la administración de justicia, investigar y denunciar esta clase de delitos virtuales, en particular, tras la aparición de la pandemia del Covid-19. Del mismo modo, a pesar de los ingentes esfuerzos de las autoridades, tampoco se observa en nuestra región una reducción sustancial del plazo razonable entre las denuncias de los posibles cibercrímenes y el comienzo de las investigaciones formales. Todo lo contrario, dicho plazo parece incrementarse con el tiempo, incluso en perjuicio de los actos fiscales urgentes (COIP, artículo 583).

²¹ Stancu, AI. "Cybercriminals and the Victims of Cybercrime", *Journal of Law and Administrative Sciences* [s. l.], v. 14, n. 14, (2020), 127–136 <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db-edshol&AN-edshol.hein.journals.jladsc14.17&lang-es&site=eds-live&scope=site>

²² Rachana Y. Patil; Satish R. Devane "Network Forensic Investigation Protocol to Identify True Origin of Cyber Crime", *En: Journal of King Saud University - Computer and Information Sciences*, January (2019), DOI: 10.1016/j.jksuci.2019.11.016

Con esto en mente, la investigación y judicialización de esta clase de comportamientos representa un enorme desafío para los Estados de la región, especialmente, en lo que concierne a las imputaciones y acusaciones de cargos y a la obtención de evidencias y pruebas (digitales). Aquello no solo por las lagunas en la regulación legal que impiden adelantar investigaciones técnicas, sino también porque es frecuente que en el sector privado las empresas de telecomunicaciones o el sistema financiero se impongan restricciones u obstáculos para conocer y tratar su información comercial o financiera, incluso por parte de ciertas entidades del Estado, lo que redundará en una mayor impunidad o en una mayor cifra oculta de criminalidad. Así, se demuestra que estamos frente a un verdadero círculo vicioso que se extiende también a la posibilidad de que las víctimas obtengan directamente dicha información en sus investigaciones privadas, cuando estas estén habilitadas por la ley para hacerlo en modelos procesales de tendencia acusatoria²³.

Adicionalmente, incluso si las compañías que prestan los servicios de información entregan o revelan oportunamente la información solicitada a las autoridades judiciales o las víctimas, no siempre es posible garantizar su calidad o su identidad, entre otras cosas, porque los funcionarios de la policía judicial que adelantan esta clase de diligencias difícilmente la buscan y obtienen directa y personalmente de los sistemas informáticos requeridos (en general, es entregada o enviada por los funcionarios de la entidad requerida) lo que desconoce las reglas usuales de cadena de custodia de evidencia digital.

Para terminar este aparte, es inevitable insistir en mejorar las condiciones materiales y de infraestructura que requieren los protocolos de cadena de custodia para datos o información en formato informático o digital. En particular, aquellas prácticas que, por ejemplo, suponen utilizar el simple correo para el envío de información, la obtención no personal de datos o información, o la manipulación de la evidencia, etc. Prácticas que pueden tener un impacto importante en la valoración de la evidencia digital y en la formación de la convicción del juez, respecto a la identidad de los elementos presentados o incorporados como pruebas al juicio oral²⁴.

La quinta causa, como desarrollo de la anterior, consiste en la falta de normativa clara sobre las obligaciones de conservación, protección y exhibición de datos informáticos para garantizar las actuaciones urgentes de las autoridades judiciales en los casos de cibercrimen o de delitos informáticos en sentido amplio. Dentro de los temas importantes, se pueden mencionar los siguientes:

A. La conservación de los datos informáticos previamente almacenados por entidades públicas o privadas, especialmente, aquellos referidos al sector bancario o de las telecomunicaciones. Como lo señala la Convención de Budapest, esto tiene la mayor importancia cuando se trata de actividades de investigación en las cuales las autoridades necesitan la conservación rápida de datos informáticos o de información almacenados en sistemas informáticos o lógicos, cuando su naturaleza volátil implique el riesgo de que estos puedan perderse, o cuando puedan ser modificados por terceros de manera ilegítima²⁵ con grave perjuicio de su custodia

²³ Sobre la posible investigación de las víctimas: Prunckun, Henry W. *Intelligence and Private Investigation: Developing Sophisticated Methods for Conducting Inquiries*. Charles C Thomas; 2013, 2 y ss. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=e000xww&AN=608003&lang-es&site=eds-live&scope=site>

²⁴ En general, sobre el tema del cibercrimen y la cadena de custodia, Michael, Meek Neira. *Delito informático y cadena de custodia*, (Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2013).

²⁵ La Convención sobre el Cibercrimen, Budapest 23 de Noviembre de 2001, artículo 16.1; Informe Explicativo del Convenio contra el Cibercrimen, §§ 149 y ss. La convención distingue entre el hecho de guardar datos almacenados de forma segura y retener o acumular datos a partir de un momento determinado. Justamente, en el § 155, señala: "Por lo tanto, valiosas pruebas de un delito pueden desaparecer fácilmente debido a negligencias en el manejo o las prácticas de almacenamiento; a la manipulación o borrado deliberados de los datos con el fin de destruir las pruebas, o a la eliminación sistemática de datos cuya conservación no se requiere por más tiempo. Un método de preservar la integridad de los datos es que las autoridades competentes registren, o accedan de manera similar, y confisquen, o consigan de manera similar, los datos necesarios. Sin embargo, cuando los datos están bajo la custodia de alguien de confianza, tal como una empresa de renombre, la integridad de los datos puede preservarse más rápidamente con una orden de conservación de datos. Para las empresas legítimas, una orden de conservación de datos puede representar también un menor perjuicio para sus actividades normales y su reputación que el efectuar un registro y confiscación en sus instalaciones". COIP, artículo 476, núm. 8.

(COIP, artículo 500, núm. 2) y del principio de identidad de la prueba en el juicio oral.

En el mismo sentido, debería incluirse la posibilidad de que las autoridades judiciales le puedan ordenar a los particulares –comprendidas las víctimas– conservar, guardar y proteger, durante un tiempo determinado, los datos (reservados o no) que posean en sus sistemas informáticos o en sistemas de almacenamiento lógico, aun si estos no sean de su titularidad²⁶. La normativa internacional sugiere que ello se pueda realizar con independencia de que en el tráfico de la información o los datos protegidos o almacenados hayan participado varias personas de manera conjunta, alternativa o secuencial, o múltiples proveedores de servicios de telecomunicaciones²⁷.

Dichos documentos también proponen que estas facultades se extiendan a la obligación de garantizar –como se ha destacado en la cuarta causa– la obligación de las entidades públicas o privadas de revelar de manera ágil datos informáticos específicos a los agentes de la policía judicial, con el fin de que estos pueden identificar aspectos importantes como los proveedores, los emisores o receptores de comunicaciones previas y los canales por medio de los cuales fue tratada la información o los datos por parte de los posibles responsables del delito²⁸.

B. La presentación o comunicación voluntaria de datos informáticos a las autoridades judiciales. En este caso, la normativa procesal debería permitirle a una persona o a una entidad pública o privada entregar o comunicar de manera voluntaria a las autoridades judiciales datos informáticos de su titularidad o de terceros –que este posea, controle o haya almacenado previamente, etc. –, de los cuales se pueda inferir la posible comisión de un ciberdelito o de un delito informático en sentido amplio. La normativa internacional recomienda que la información también incluya los datos de los clientes anteriores que estos hayan incluido en el tráfico electrónico o que puedan dar pistas de su navegación en internet, así como los datos de los usuarios, su posible localización, los datos de los dispositivos utilizados, incluyendo los números de identificación y de conexión IP, información contractual, financiera y de facturación de los servicios, etc.²⁹

C. Otras medidas o actividades que permitan la investigación ciberdelictiva. De igual forma, los documentos mencionados aconsejan reglamentar diferentes medidas de investigación, entre las cuales vale la pena destacar las siguientes³⁰:

1. Búsquedas y registros selectivos de datos informáticos en bases de datos públicas o privadas (reservadas), sistemas de almacenamiento de información o sistemas informáticos, cuando estos estén relacionados con la posible comisión de una conducta punible. Tales facultades deberían permitirles a las autoridades mecanismos ágiles para obtener la extensión de la búsqueda a otros sistemas o medios de almacenamiento que resulten vinculados o conectados con los datos

²⁶ La Convención sobre el Ciberdelito, Budapest 23 de Noviembre de 2001, artículo 16.2.

²⁷ La Convención sobre el Ciberdelito, Budapest 23 de Noviembre de 2001, artículo 17.1.a)

²⁸ La Convención sobre el Ciberdelito, Budapest 23 de Noviembre de 2001, artículo 17.1.b); Informe Explicativo del Convenio contra el Ciberdelito, §§ 165 y ss. Se agrega a § 166, que: "La obtención de los datos relativos al tráfico almacenados correspondientes a comunicaciones pasadas puede ser esencial para determinar el origen o el destino de las comunicaciones realizadas, elemento crucial para identificar a las personas que han distribuido, por ej., pornografía infantil, información fraudulenta como parte de un plan fraudulento o virus informáticos, o que han intentado acceder o han accedido ilegalmente a sistemas informáticos, o que han transmitido comunicaciones a un sistema informático causando interferencias, ya sea a los datos contenidos en el sistema o a su correcto funcionamiento".

²⁹ La Convención sobre el Ciberdelito, Budapest 23 de noviembre de 2001, artículo 18; Informe Explicativo del Convenio contra el Ciberdelito, §§ 170 y ss.

³⁰ En general, Daniela, Dupuy (dir.); Mariana, Kiefer (coord.). Ciberdelitos: aspectos de derecho penal y procesal penal. Cooperación internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet; prólogo de Germán C. Garavano; presentación Luis J. Cevasco, B de F; (Buenos Aires, Euros Editores, 2016); Daniela, Dupuy (dir.); Mariana, Kiefer (coord.). Ciberdelitos II: nuevas conductas penales y contravencionales, inteligencia artificial aplicada al derecho penal y procesal penal, novedosos medios probatorios para recolectar evidencia digital, cooperación internacional y victimología; prólogo Marcos Salt, (Buenos Aires: B de F, 2018).

registrados previamente³¹ (por ejemplo, correos electrónicos).

Estas medidas deberían mejorar las operaciones encubiertas (COIP, artículo 483) realizadas por agentes encubiertos en operaciones digitales.

2. La confiscación, copia y conservación confidencial e íntegra de los datos obtenidos con fines judiciales en los procedimientos de búsqueda o registro; y confiscación o copia de dispositivos de almacenamiento lógico o de sistemas informáticos como computadores o teléfonos móviles, entre otros³². Medidas que se integrarían con aquellas cautelares ordinarias y las que permite adoptar el COIP, artículo 494, para efectos de la cooperación eficaz con otros Estados de la región.

3. Eliminar los datos originales o información encontrados en los registros selectivos en sistemas informáticos o medios de almacenamiento lógico cuando estos puedan poner en peligro la seguridad o los derechos fundamentales de personas, o la seguridad de entidades o del Estado (por ejemplo, piénsese en material sexual con menores de edad, documentos oficiales secretos o reservados, información sensible o privada de las personas, etc.)³³.

4. Interceptar canales, obtener o grabar datos informáticos por medios técnicos en su territorio, sea a través de sus agencias judiciales o con la asistencia de entidades que presten servicios de telecomunicaciones, con el fin de esclarecer delitos graves. La idea es que la obtención de información o datos se dé durante su tráfico mediante la interceptación de aquellos canales que permiten las comunicaciones transmitidas por sistemas informáticos, o que sean obtenidos durante su proceso de almacenamiento. Lo dicho incluye la obligación de mantener en reserva dichas actividades y los resultados de la búsqueda³⁴.

En fin, como estas actividades de investigación complejas afectan derechos constitucionales fundamentales como la intimidad, el debido proceso, el derecho de defensa, el derecho a la no autoincriminación o pueden lesionar derechos de terceros de buena fe, es imprescindible que la ley procesal penal disponga de los respectivos controles judiciales –previos y/o posteriores– para garantizar que las actividades resulten ajustadas a la ley y a los tratados internacionales, necesarias, proporcionales y razonables en el marco de una investigación judicial de interés público³⁵.

La sexta causa radica en los inconvenientes relacionados con la prueba técnica informática o digital, la investigación de la escena digital y con la falta de planificación de las investigaciones sobre ciberdelitos³⁶. En este sentido, se pueden mencionar varias deficiencias importantes, que deben ser corregidas por nuestros ordenamientos procesales.

A. El desconocimiento de los agentes de la policía judicial o de la fiscalía en cuanto a la

³¹ La Convención sobre el Ciberdelito, Budapest 23 de Noviembre de 2001, artículo 19; Informe Explicativo del Convenio contra el Ciberdelito, §§ 184 y ss.

³² La Convención sobre el Ciberdelito, Budapest 23 de Noviembre de 2001, artículo 19.

³³ La Convención sobre el Ciberdelito, Budapest 23 de Noviembre de 2001, artículo 19.

³⁴ La Convención sobre el Ciberdelito, Budapest 23 de Noviembre de 2001, artículos 20 y 21; Informe Explicativo del Convenio contra el Ciberdelito, §§ 205 y ss.; §§ 216 y ss. En el § 209 se afirma: "Se pueden obtener dos tipos de datos: los datos relativos al tráfico y los datos relativos al contenido. De acuerdo con la definición del artículo 1.d se entiende por "datos relativos al tráfico" todos los datos relativos a una comunicación realizada por medio de un sistema informático, generados por este último en tanto que elemento de la cadena de comunicación, y que indiquen el origen, el destino, la ruta, la hora, la fecha, el tamaño y la duración de la comunicación o el tipo de servicio subyacente. En el Convenio no se define el término "datos relativos al contenido", pero este se refiere al contenido comunicativo de la comunicación, es decir, el significado o la finalidad de la comunicación, o el mensaje o información transmitidos por la comunicación (excepto los datos relativos al tráfico)".

³⁵ Informe Explicativo del Convenio contra el Ciberdelito, §§ 146 y ss.

³⁶ Learner, D. E. Electronic Crime Scene Investigation, New York, Nova Science Publishers Inc; 2009. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=e000xww&AN=311082&lang=es&site=eds-live&scope=site>; Albert J, Marcella; Frederic, Guilloisou. Cyber Forensics: From Data to Digital Evidence, (New Jersey, Wiley, 2012). 207 y ss.

obtención o recuperación estándar, aducción, aseguramiento y exhibición –con cumplimiento de la cadena de custodia– de aquella evidencia digital³⁷ o medio probatorio en formato informático o digital que puede ser reconocido (auditada y trazable)³⁸ como prueba en los juicios, en relación con los delitos realizados en entornos o con medios virtuales. Al margen de lo anterior, debe existir amplia regulación de los mensajes de datos almacenados en dispositivos tecnológicos y lógicos que puedan ser declarados admisibles como medios de prueba en la legislación interna, conforme a los estándares ISO internacionales.

Por lo demás, ello exige que la autoridad competente regule de forma clara y precisa, a través de protocolos, las técnicas digitales forenses específicamente admitidas para enfrentar las diferentes características de la evidencia digital (volátil, eliminable, duplicable, anónima, alterable y modificable)³⁹. Esto, además, para garantizar que las actividades de investigación respetan y cumplen con los diferentes requisitos legales para considerarla legal, lícita, creíble, admisible, auténtica, completa y confiable⁴⁰. No basta con una somera mención de dichas características en la ley, es necesario desarrollarlas para que todos puedan entender sus alcances y las limitaciones que se desprenden de ellas.

B. La falta de programas metodológicos serios que permitan planificar adecuadamente el diseño de la búsqueda, recolección, obtención, preservación, embalaje, etc. de la prueba digital necesaria para demostrar los cibercrímenes en el juicio. En otras palabras, para garantizar la práctica adecuada de la prueba y su análisis técnico–científico. Ello es particularmente importante cuando se trata de casos que afectan la seguridad o la defensa nacional⁴¹.

Naturalmente, para que la planificación de la investigación judicial pueda ser exitosa es primordial que las actividades judiciales estén precedidas por aproximaciones interdisciplinarias y colaborativas, que utilicen de manera correcta los diferentes términos técnicos y jurídicos en las diferentes etapas de una investigación digital forense. En dichas actividades de colaboración se deben seguir de manera estricta los diferentes deberes de actuación para no producir inconvenientes innecesarios⁴². Así, por ejemplo, los líderes técnicos de la investigación deben ser principalmente ingenieros, mientras que los líderes que impulsan la imputación de cargos y la acusación de los posibles autores deberán ser abogados especializados.

C. También es importante anotar que las entidades del Estado encuentran importantes obstáculos en la falta de iniciativas y desarrollo en *legal tech*, especialmente, de equipos y software especializados, licenciados y autorizados –con código abierto– para adelantar toda clase de investigaciones o pesquisas judiciales efectivas. La carencia de estos medios implica que, en muchos casos, la actividad de investigación no se ajuste a los estándares legales o

37 Fredy, Bautista García; Álvaro José, Mosquera Suárez; Andrés, Meneses Obando y Daniel Ríos Sarmiento. Evidencia Digital. Aspectos generales, Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, (Bogotá, 2020), 7 y ss.

38 S. M. Nirkhi, R. V. Dharaskar and V. M.Thakre, "Analysis of online messages for identity tracing in cybercrime investigation," Proceedings Title: 2012 International Conference on Cyber Security, Cyber Warfare and Digital Forensic (CyberSec), (Kuala Lumpur, Malaysia, 2012), 300-305, doi: 10.1109/CyberSec.2012.6246131.

39 Nirkhi, Dharaskar and Thakre, "Analysis of online messages for identity tracing in cybercrime investigation", 46 - 48. Cano Martínez, Jeimy. Computación forense: descubriendo los rastros informáticos, 2ª ed., Bogotá, Alfaomega, 2015, 109 y ss.; Cross, Michel. Scene of the Cybercrime, 2.ª ed., Burlington, Syngress, 2008, 201-242; Da-Yu, Kao; Ni-Chen, Wu; Fuching, Tsai. "The Governance of Digital Forensic Investigation in Law Enforcement Agencies", 21st International Conference on Advanced Communication Technology (ICACT), (PyeongChang, South Korea, 2019), 61-65, doi: 10.23919/ICACT.2019.8701995; Kyung-Shick Choi, Toro-Álvarez, Marlon Mike. Cibercriminología: guía para la investigación del cibercrimen y mejores prácticas en seguridad digital- Cybercriminology: guide for cybercrime investigation and best practices in digital security, (Bogotá: Universidad Antonio Nariño; Boston MA: Boston University, 2017), 20 y ss.

40 Bautista García; Mosquera Suárez; Meneses Obando; y Ríos Sarmiento, "Evidencia Digital. Aspectos generales", 48 - 50.

41 M, Eckenwiler; S. McCulloch National Security Cyber Investigations: Considerations and Challenges. United States Attorneys' Bulletin [s. l], v. 67, n. 1, (2019), 43-64. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db-edshol&AN-edshol.hein.journals.usab678&lang-es&site=eds-live&scope=site>

42 Peter M. Bednar; Vasilios, Katos; Cheryl, Hennell "On the Complexity of Collaborative Cyber Crime Investigations", En: Digital Evidence and Electronic Signature Law Review. Vol. 6, (2009): 214-219.

internacionales en materia de identidad y seguridad de la evidencia digital, además de hacer muy dispendiosa (y costosa) la obtención y disposición de múltiples versiones de software licenciado que le permitan realizar las correspondientes comparaciones y averiguaciones técnicas de la evidencia, a partir del software empleado efectivamente por los cibercriminales.

D. Las malas prácticas al momento de producir la prueba en el proceso. Uno de los fenómenos más comunes en el ámbito de las investigaciones digitales es la falta de selección de la evidencia obtenida, exhibida y solicitada como prueba en el juicio oral (o en las audiencias públicas correspondientes), que luego no se practica en su totalidad por la renuncia expresa de alguna de las partes procesales. Así mismo, el solo hecho de que las contrapartes tengan que revisar grandes volúmenes de evidencia e información que se descubre de manera innecesaria en los procedimientos judiciales, sin ninguna clase de control previo de material, produce una quiebra del plazo razonable del proceso judicial y afecta de manera tangible los derechos de defensa y contradicción, así como en la eficacia del juicio y en la intermediación del juez.

E. Para terminar este aparte, es necesario evitar la alta rotación de funcionarios judiciales o de investigación entre las diferentes entidades del Estado. Rotación que no solo permite una dispersión injustificada de las distintas investigaciones judiciales, sino también que se desperdicien las capacitaciones especializadas a funcionarios judiciales y agentes fiscales y, con ello, la oportunidad de hacer investigaciones realmente eficaces. Es inconcebible que dichos funcionarios sean reemplazados por personas que desconocen las técnicas de investigación o el lenguaje técnico aplicado.

Finalmente, la séptima causa es que muchos de los cibercrímenes (ciber lavado, ciberterrorismo, narcotráfico por medios informáticos, pornografía, etc.) más graves en la región no están regulados de manera similar por los Estados que deben enfrentarlos conjuntamente⁴³. Indudablemente, tales crímenes no pueden ser investigados o perseguidos de forma insular, sobre todo, cuando tienen alcances o repercusiones transnacionales. La situación precisa de una mejor armonización de la normativa penal internacional y regional en el ámbito de la cibercriminalidad organizada transnacional⁴⁴.

Cabe agregar la necesidad de explorar y conocer, desde una perspectiva criminológica, las distintas formas de macro y micro criminalidad relacionadas con el internet que tiene especial repercusión en América Latina, como por ejemplo, el narcotráfico y el lavado de activos, la venta de armas y de órganos humanos, los delitos de explotación sexual, pornografía infantil⁴⁵, financiaciones ilícitas, el terrorismo y, en general, aquellos mercados criminales que son liderados por organizaciones virtuales transnacionales⁴⁶. Hay que recordar que esta clase de criminalidad utiliza sitios temporales con seguridad reforzada en la deep web o de mecanismos de ocultamiento, pseudonimización para ocultar la identidad digital de los criminales, o de otras técnicas que permiten asegurar transacciones sin trazo u ocultas en monedas digitales o medios de pago digitales con equivalencia económica.

43 Sobre los efectos transnacionales del cibercrimen. Abraham D.Sofaer. / Seymour E. Goodman "Cyber Crime and Security. The transnational dimension", En: Hoover Press, Cyber, SF, (Stanford University: California, 2013), 6 y ss. En : http://media.hoover.org/sites/default/files/documents/0817999825_1.pdf

44 Convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos (En adelante, Convención de Palermo), oficina de las naciones unidas contra la droga y el delito, Nueva York, Naciones Unidas, 2004, <https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf>; Resolución AG/RES. 2026 (XXXIV-O/04) contra la Delincuencia Organizada Transnacional en el Hemisferio, aprobada en la cuarta sesión plenaria de la Organización de Estados Americanos (OEA), celebrada el 8 de junio de 2004: http://www.oas.org/juridico/spanish/ag04/agres_2026.html; Ricardo, Posada Maya "¿Puede ser el cibercrimen un delito transnacional?", 217-251; Laura, Zúñiga Rodríguez, Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal, (Granada, Comares, 2009), 6 y ss.; Laura, Zúñiga Rodríguez, "El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas", En: Revista Nuevo Foro Penal, Vol. 12, No. 86, enero-junio 2016, (Universidad EAFIT, Medellín, 2016): 62-114.

45 Gonzalo, Quintero Olivares. "Problemas de la perseguibilidad de los cibercrimes". En: Cibercrimes. Grooming – Stalking – Bullying – Sexting – Ciber odio – Propiedad intelectual – Problemas de perseguibilidad –Ciberpornografía infantil, Marcelo Riquert (Coord.), (Buenos Aires: Hammurabi, 2014), 171-196.

46 Lillian, Ablon / Martin C. Libicki/ Andrea A. Golay Markets for Cyber Crime, tools and stolen data. Hacker's Bazaar, (California: Rand, 2014), 3 y ss.

En la medida en que son delitos difíciles de rastrear o detectar, es necesario construir verdaderas políticas criminales de naturaleza preventiva, coordinadas entre los países de la región⁴⁷. Todo ello, complementado por políticas públicas eficaces que permitan reducir la impunidad en estos crímenes.

Sin embargo, ello no podrá ser una realidad si los Estados no desarrollan e implantan mecanismos de cooperación recíproca a escala regional⁴⁸ que integren y complementen las legislaciones nacionales (COIP, arts. 488, 491, 494 y 496) para hacer posibles, entre otras actividades de cooperación ágiles, remitir rápidamente elementos y evidencias digitales a otros Estados, realizar actos de asistencia administrativa y judicial, adoptar instrumentos de extradición activa y pasiva menos burocráticos (pero igualmente respetuosos de las garantías ciudadanas) e incluso, adoptar medidas cautelares sobre datos o información requerida por otros Estados o practicar pruebas en formato electrónico por delegación.

La idea central de esta clase de mecanismos es que los jueces penales nacionales puedan desarrollar en tiempo razonable los procedimientos judiciales sobre los cibercrímenes, sin que ello sea entorpecido por oficinas de trámites internacionales en los entes de investigación o en los respectivos ministerios de relaciones exteriores. Es más, el paso a seguir es considerar que los jueces puedan ser facultados para solicitar directamente la información, a otros jueces extranjeros que sirvan de enlace judicial en el país requerido. Naturalmente, cuando ello sea previsto en acuerdos o convenios de carácter internacional.

3. Conclusión

Sin lugar a duda, los cibercrímenes y los delitos informáticos en sentido amplio constituyen un nuevo y peligroso paradigma de criminalidad que debemos combatir con todas las herramientas que brinda el modelo de Estado social y democrático de derecho. Una nueva criminalidad que no solo ha mostrado la existencia de nuevos riesgos sociales, sino que, en el ámbito jurídico, viene transformando la teoría del delito, el ejercicio profesional, e invita a replantear la mayoría de las estructuras fundamentales de la investigación y el proceso penal moderno. Es claro que esta clase de delitos no pueden ser acreditados o demostrados utilizando técnicas ordinarias de investigación en la obtención, recolección, embalaje, etc. de los elementos materiales probatorios y evidencia relevante que ahora, en su mayoría, es de naturaleza informática o digital.

De igual manera, la existencia de esta clase de crímenes señala la importancia real de proteger la información, los datos y los sistemas informáticos en una sociedad altamente mediática, hiperconectada a la internet y dependiente de dispositivos electrónicos e informáticos en casi todas las actividades personales y sociales. Protección que se viene ajustando de forma progresiva, pero lenta, particularmente en América Latina.

Además, las carencias del sistema penal, como se ha señalado en este texto, son múltiples, variadas y complejas; a tal punto que resulta imprescindible corregirlas rápidamente, con el fin de reducir las altas tasas de impunidad que existen en perjuicio de las víctimas y evitar mayores perjuicios económicos en nuestras sociedades. Son particularmente llamativas,

⁴⁷ Kamini, Dashora. "Cyber Crime in the Society: Problems and Preventions", En: Journal of Alternative Perspectives in the Social Sciences, Feb2011, Vol. 3 Issue 1, (2011): 240-259; Oscar, Morales García. "Apuntes de política criminal en el contexto tecnológico. Una aproximación a la convención del Consejo de Europa sobre Cybercrimen", En: Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad, Oscar Morales García (Dir.), Cuadernos de derecho judicial IX-2002 (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2002), 11-34; Britton Reyes; Steele, O'Shea. Cyber Crime Investigations: Bridging the Gaps Between Security Professionals, Law Enforcement, and Prosecutors, 262 y ss.

⁴⁸ La Convención sobre el Cibercrimen, Budapest 23 de Noviembre de 2001, artículos 23 y ss. En general, v. Santiago Deluca y Enrique Del Carril, "Cooperación internacional en materia penal en el MERCOSUR: el cibercrimen", En: Revista De La Secretaría Del Tribunal Permanente De Revisión, (Números), (2017): 13-28. <https://doi.org/10.16890/rstpr.a5.n10.p13>; Kiefer Dupuy, Cibercrimen. "Aspectos de derecho penal y procesal penal. Cooperación internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet".

aquellas deficiencias que tienen relación con aspectos sustantivos, como por ejemplo, el concepto de cibercrimen y sus diferencias con los delitos informáticos en sentido amplio, con los procedimientos judiciales para perseguirlos o judicializarlos, y con las técnicas de investigación digital o informática para demostrar su ocurrencia y descubrir a los verdaderos responsables.

Dicho lo anterior, los esfuerzos por perfeccionar la investigación y la persecución de los cibercrímenes deben orientarse a proteger las funciones informáticas (confidencialidad, integridad, disponibilidad, no repudio y capacidad de búsqueda de los datos informáticos) y la seguridad de la información de las personas, las empresas y el Estado. Pero ello debe estar precedido por la adopción de políticas públicas que refuercen la seguridad de digital, eduquen seriamente a la población en el gobierno de sus datos personales y en la protección de los datos empresariales y las estructuras críticas de la región.

4. Referencias

Aboso, Gustavo Eduardo y Zapata, María Florencia. *Cibercriminalidad y derecho penal: la información y los sistemas informáticos como nuevo paradigma*. Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2006.

Ablon, Lillian, Libicki, Martin C. y Golay, Andrea A. *Markets for Cyber Crime, tools and stolen data*. Hacker's Bazaar. California: Rand, 2014.

Anarte Borrillo, Enrique. "Incidencias de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al derecho penal en la sociedad de la información". En: *Derecho y conocimiento* 1. (2010).

Balance Cibercrimen. (2020). Caivirtual Policia. Recuperado el marzo de 2020, de Centro cibernético policial de Colombia: https://caivirtual.policia.gov.co/sites/default/files/balance_cibercrimen_2020_-_semana_45.pdf

Ballesteros, M. C. R., & Hernández, J. A. G. "Cibercrimen: Particularidades en su investigación y enjuiciamiento/Cybercrime: Particularities in investigation and prosecution". En: *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. (47). 2014.

Bautista García, Fredy; Mosquera Suárez, Álvaro José; Meneses Obando, Andrés; y Ríos Sarmiento, Daniel. *Evidencia Digital. Aspectos generales*. Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá, 2020.

Bednar, Peter M.; Katos, Vasilios; Hennell, Cheryl. "On the Complexity of Collaborative Cyber Crime Investigations". En: *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*. Vol. 6.

Borghello, Cristian/Temperini, Marcelo G. I. "Suplantación de identidad digital como delito informático". En: *Cibercrimen, Aspectos de derecho penal y procesal penal. Cooperación internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet*, de Dupuy, Daniela (Dir.)/Kiefer, Mariana (Coord.). Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2017.

Cano Martínez, Jeimy. *Computación forense: descubriendo los rastros informáticos*. 2ª ed. Bogotá: Alfaomega, 2015.

Cross, Michel. *Scene of the Cybercrime*, 2ª ed. Burlington: Syngress, 2008.

Consejo Nacional de Política Económica y social (Conpes), Documento n.º 3858, 11 de abril de 2016, Bogotá. En línea: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Económicos/3854.pdf>

Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos (En adelante, Convención de Palermo). Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, Nueva York, Naciones Unidas. 2004. <https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCebook-s.pdf>

Convención sobre el Cibercrimen, Budapest 23 de Noviembre de 2001, [https://www.boe.es/eli/es/ai/2001/11/23/\(1\)/dof/spa/pdf](https://www.boe.es/eli/es/ai/2001/11/23/(1)/dof/spa/pdf).

Dashora, Kamini. "Cyber Crime in the Society: Problems and Preventions".

En: *Journal of Alternative Perspectives in the Social Sciences*, Feb2011. Vol. 3 Issue 1.

Da-Yu, Kao; Ni-Chen, Wu; Fuching, Tsai. "The Governance of Digital Forensic Investigation in Law Enforcement Agencies". 21st International Conference on Advanced Communication Technology (ICACT). PyeongChang, Korea (South), 2019. 61-65. DOI: 10.23919/ICACT.2019.8701995.

De La Cuesta Arzamendi, José Luis (Dir.) /De La Mata Barranco, Norberto J. (Coord.). *Derecho penal informático*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2010.

Deluca, Santiago y Del Carril, Enrique. "Cooperación internacional en materia penal en el MERCOSUR: el cibercrimen". En: *Revista De La Secretaría Del Tribunal Permanente De Revisión*, 2017. <https://doi.org/10.16890/rstpr.a5.n10.p13>

Dupuy, Daniela (Dir.) y Kiefer, Mariana (Coord.). *Cibercrimen, Aspectos de derecho penal y procesal penal. Cooperación internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet*. Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2016.

Dupuy, Daniela. *Cibercrimen II: nuevas conductas penales y contravencionales, inteligencia artificial aplicada al derecho penal y procesal penal, novedosos medios probatorios para recolectar evidencia digital, cooperación internacional y victimología; prólogo Marcos Salt* Buenos Aires: B de F, 2018.

Eckenwiler, M; McCulloch, S. *National Security Cyber Investigations: Considerations and Challenges*. *United States Attorneys' Bulletin* [s.l.]. v.67.n.1.2019. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edshol&AN=edsholhein:journals.usab67.8&lang=es&site=eds-live&scope=site>

Galán Muñoz, Alfonso. *El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos: análisis del artículo 248.2 C.P.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

Geers, Kenneth. "The Cyber Threat to National Critical Infrastructures: Beyond Theory". En: *Information Security Journal: A Global Perspective*. Jan2009. Vol. 18 Issue 1. 1-7. DOI: 10.1080/19393550802676097.

Gonzalez, Jason P; Esworthy, Matthew A S y Gauger, Neal J. *Criminal Justice; CASES WITHOUT BORDERS: The Challenge of International Cybercrime Investigations*. Chicago Tomo 30. N.º 4. 2016.

Informe Explicativo del Convenio contra el Cibercrimen, ETS-185, del Consejo de Europa y el Parlamento Europeo. <https://rm.coe.int/16802fa403>.

Kyung-Shick Choi, Toro-Álvarez y Marlon Mike. *Cibercriminología: guía para la investigación del cibercrimen y mejores prácticas en seguridad digital=Cybercriminology: guide for cybercrime investigation and best practices in digital security*. Bogotá: Universidad Antonio Nariño; Boston MA: Boston University, 2017.

Learner, De. *Electronic Crime Scene Investigation*. New York. Nova Science Publishers Inc; 2009. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=e000xww&AN=311082&lang=es&site=eds-live&scope=site>

Marcella, Albert J., Guilloso, Frederic. *Cyber Forensics: From Data to*

Digital Evidence. New Jersey: Wiley, 2012.

Matellanes Rodríguez, Nuria. "Algunas notas sobre las formas de delincuencia informática en el Código penal". En: *Hacia un Derecho penal sin fronteras*. Coord. María Rosario Diego Díaz-Santos y Virginia Sánchez López. XII Congreso Universitario de Alumnos de Derecho penal. Madrid: Colex, 2000.

Mayer Lux, Laura. "Defining cyberterrorism". En: *Revista Chilena de derecho y tecnología*, vol. 7, núm. 2. 2018. DOI 10.5354/0719-2584.2018.51028.

Meek Neira, Michael. *Delito informático y cadena de custodia*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2013.

Miró Llinares, Fernando. *El cibercrimen: fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

Morales García, Óscar. "Apuntes de política criminal en el contexto tecnológico. Una aproximación a la convención del Consejo de Europa sobre Cybercrimen", En: *Delincuencia informática. Problemas de responsabilidad*, Óscar Morales García (Dir.), Cuadernos de derecho judicial IX-2002. Madrid. Consejo General del Poder Judicial. 2002.

Nirkhi, S. M. Dharaskar, R. V. and Thakre, V. M. "Analysis of online messages for identity tracing in cybercrime investigation," *Proceedings Title: 2012 International Conference on Cyber Security, Cyber Warfare and Digital Forensic (CyberSec)*. Kuala Lumpur. Malaysia. 2012. DOI: 10.1109/CyberSec.2012.6246131.

Organización de Estados Americanos. Resolución AG/RES. 2026 (XXXIV-O/04) contra la Delincuencia Organizada Transnacional en el Hemisferio, aprobada en la cuarta sesión plenaria de la Organización de Estados Americanos (OEA), celebrada el 8 de junio de 2004: http://www.oas.org/juridico/spanish/ag04/agres_2026.html;

Patil, Rachana y Devane, Satish R. "Network Forensic Investigation Protocol to Identify True Origin of Cyber Crime". En: *Journal of King Saud University - Computer and Information Sciences*. January 2019. DOI: 10.1016/j.jksuci.2019.11.016.

Parker, Donn B. *Fighting computer crime, a new framework for protecting information*. EE.UU: Wiley, 1998.

Posada Maya, Ricardo. "Aproximación a la Criminalidad informática en Colombia", En: *Revista de derecho, comunicaciones y nuevas tecnologías*. núm. 2. Cijus-Gecti, Universidad de los Andes. Bogotá. 2006.

_____. "El Cibercrimen y sus efectos en la teoría de la tipicidad: de una realidad física a una realidad virtual". En: *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 13 n. ° 13. enero-junio. Medellín. Universidad EAFIT. 2017. ISSN 0120-8179.

_____. *Los cibercrímenes: Un nuevo paradigma de criminalidad. Un estudio del título VII Bis del Código Penal Colombiano*. Colección Ciencias Penales. De: Ricardo Posada Maya (Dir.). Bogotá. Ed. Uniandes-Ed. Ibáñez. 2017. ISBN 978-958-749-815-8 <http://dx.Doi.Org/10.15425/2017.103>

_____. "¿Puede ser el cibercrimen un delito transnacional?". En: *Temas de Derecho penal económico y patrimonial*. Medellín. Universidad

Pontificia Bolivariana, 2018. ISBN. 978-958-764-251-7.

Picotti, Lorenzo. "Internet y derecho penal: ¿un empujón únicamente tecnológico a la armonización internacional?". En: *AA.VV. El cibercrimen, nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*. Carlos María Romeo Casabona (Coord.). *Estudios de Derecho penal y Criminología*, n. ° 78. Granada: Comares, 2006.

Prunckun, Henry W. "Intelligence and Private Investigation: Developing Sophisticated Methods for Conducting Inquiries". Charles C Thomas. 2013. Accessed April 16, 2021. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=e000xww&AN=608003&lang=es&site=eds-live&scope=site>

Quintero Olivares, Gonzalo. "Problemas de la perseguibilidad de los cibercrimes". En: *Cibercrimes. Grooming – Stalking – Bullying – Sexting – Ciber odio – Propiedad intelectual – Problemas de perseguibilidad – Ciberpornografía infantil*, Marcelo Riquert (Coord.). Buenos Aires: Hammurabi, 2014.

Reporte de Ciberseguridad 2020 del BID y la OEA, sobre los Riesgos, avances y el camino a seguir en América Latina y el Caribe, que puede consultarse en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Reporte-Ciberseguridad-2020-riesgos-avances-y-el-camino-a-seguir-en-America-Latina-y-el-Caribe.pdf>

Reyes, Anthony; Brittson, Richard; O'Shea, Kevin; Steele, James. *Cyber Crime Investigations: Bridging the Gaps Between Security Professionals, Law Enforcement, and Prosecutors*, Rockland, MA, Syngress. 2007. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=e000xww&AN=211407&lang=es&site=eds-live&scope=site>

Rovira Del Canto, Enrique. *Delincuencia informática y fraudes informáticos*. *Estudios de Derecho penal No. 33*, (Dir.) Carlos María Romeo Casabona. Granada: Comares, 2002.

Sánchez Domingo, María Belén. "Robo de identidad personal a través de la manipulación o el acceso ilegítimo a sistemas informáticos, ¿Necesidad de una tipificación específica?", En: *Revista General de Derecho Penal (IUSTEL)*. No. 26, noviembre de 2016, No. 418038, PDF on-line. España. 1/34.

Sankhwar, S., Pandey, D., Khan, R.A. "A Step Towards Internet Anonymity Minimization: Cybercrime Investigation Process Perspective". En *Information and Decision Sciences. Advances in Intelligent Systems and Computing*, Satapathy S., Tavares J., Bhateja V., Mohanty J. (eds). vol. 701. 2018. Springer. Singapore. https://doi-org.ezproxy.uniandes.edu.co:8443/10.1007/978-981-10-7563-6_27

Satzger, Helmut. "La protección de datos y sistemas informáticos en el derecho penal alemán europeo. Tentativa de una comparación con la situación legal en Colombia". En: *Derecho penal y nuevas tecnologías. A propósito del título VII bis del Código Penal*, Memorias 4. Fernando Velásquez Velásquez, Renato Vargas Lozano, Juan David Jaramillo Restrepo (Comp.). Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2016.

Shiple, Todd G., Bowker, Art. *Investigating Internet Crimes: An Introduction to Solving Crimes in Cyberspace*, Syngress, 2014. Accessed April 16, 2021. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=e000xww&AN=503592&lang=es&site=eds-live&scope=site>

Sieber, Ulrich. Computerkriminalität und Strafrecht. Neue Entwicklungen in Technik und Recht, 2a ed. Köln-Berlin-Bonn-München: Heymanns, 1980.

Sofaer, Abraham D., Goodman, Seymour E. "Cyber Crime and Security. The transnational dimension". En: Hoover Press. Cyber. SF. 6 y ss. En: http://media.hoover.org/sites/default/files/documents/0817999825_1.pdf

Stancu, Al. "Cybercriminals and the Victims of Cybercrime". En: Journal of Law and Administrative Sciences [s. l.]. V. 14. N. 14, p. 127-136. 2020. <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edshol&AN=edshol.hein.journals.jladsc14.17&lang=es&site=eds-live&scope=site>

Suárez Sánchez, Alberto. Manual de delitos informático en Colombia. Análisis dogmático de la ley 1273 de 2009. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

Tiedemann, Klaus. "Criminalidad mediante computadoras". En: Nuevo Foro Penal No. 30, traducido por trad. de Amelia Mantilla viuda de Sandoval. Octubre-diciembre. Bogotá: Temis, 1985.

Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT/ITU). Understanding Cybercrime: phenomena, challenges and legal response. Ginebra. UIT. 2012. <http://www.itu.int/ITU-D/cyb/cybersecurity/docs/Cybercrime%20legislation%20EV6.pdf>

Velásquez Velásquez, Fernando. "Criminalidad informática y derecho penal: Una reflexión sobre los desarrollos legales colombianos". En: Derecho penal y nuevas tecnologías. A propósito del título VII bis del Código Penal, Memorias 4, Fernando Velásquez Velásquez, Renato Vargas Lozano, Juan David Jaramillo Restrepo. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2016.

Wall, David S. "Criminalizing cyberspace: the rise of the Internet as a 'crime problem'".

_____. Cybercrime. The transformation of crime in the information age, UK: Polity, 2007.

Zúñiga Rodríguez, Laura. Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal. Granada: Comares, 2009.

_____. "El concepto de criminalidad organizada transnacional: problemas y propuestas". En: Revista Nuevo Foro Penal Vol. 12, No. 86. enero-junio 2016. Universidad EAFIT. Medellín.

CIDPE

CONGRESO INTERNACIONAL DE
DERECHO PENAL ECONÓMICO

FGE

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

ECUADOR

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