

El Código Orgánico Integral Penal de Ecuador ante los modelos legislativos latinoamericanos de responsabilidad penal de personas jurídicas.

*Bernardo Feijoo Sánchez**

Sumario: **I.** Un ejemplo de partida **II.** El modelo ecuatoriano como modelo de responsabilidad del principal **II.1.** Descripción del modelo **II.2.** Valoración **II.3.** La solución de los casos propuestos desde la perspectiva de este modelo de responsabilidad del principal **III.** Modelo basado en la prevención de delitos individuales y con exenciones propias para la persona jurídica **III.1.** Descripción general del modelo **III.2.** Primeras versiones del modelo de prevención. Defecto de organización puntual: La persona jurídica responde por la infracción de deberes de prevención por parte de personas físicas **III.3.** Hacia una perspectiva más organizativa de la gestión de riesgos de incumplimiento. La autorregulación preventiva. **III. 4.** Valoración **III.5.** La solución de los casos **IV.** El modelo de responsabilización de la persona jurídica por el hecho típico. El paso definitivo de la hetero-responsabilidad a la auto-responsabilidad **IV.1.** Descripción general del modelo **IV.2.** Sólo deben responder las organizaciones con una cultura o una estructura defectuosa de cumplimiento de la legalidad penal. **IV.3.** La solución de los casos **V.** Balance y perspectivas de futuro. ¿Hacia dónde debería evolucionar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador? **V.1.** Balance **V.2.** Perspectivas de futuro.

Resumen: El presente trabajo realiza un ejercicio de análisis, valoración y comparación entre los diferentes modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Para explicar y profundizar en las diferentes características y matices que distinguen a un modelo de otro, se acude al derecho comparado, haciendo referencia a distintos ordenamientos jurídicos, ejemplificando como distintos códigos penales de diferentes países asumen modelos distintos de responsabilidad penal para personas jurídicas en su legislación. El texto se centra en la legislación ecuatoriana, y concluye con una reflexión y una propuesta de la dirección en la que el autor considera que debe seguir la regulación en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas.

* Catedrático de Universidad.

Abstract: This paper carries out an exercise of analysis, evaluation and comparison between the different models of criminal liability of legal persons. In order to explain and deepen in the different characteristics and nuances that distinguish one model from another, comparative law is used, referring to different legal systems, exemplifying how different criminal codes of different countries assume different models of criminal liability for legal persons in their legislation. The text focuses on Ecuadorian legislation and concludes with a reflection and a proposal of the direction in which the author considers that the regulation of criminal liability of legal persons should follow.

Palabras clave: Responsabilidad penal de personas jurídicas, modelo del principal, modelo vicarial, modelo mixto, modelo preventivo, autorresponsabilidad, hetero-responsabilidad, imputación, derecho penal.

Key words: Criminal liability of legal persons, principal model, vicarious model, mixed model, preventive model, self-liability, hetero-liability, imputation, criminal law.

I. UN EJEMPLO DE PARTIDA.

Con la finalidad de orientar mi exposición me serviré del siguiente caso como ejemplo de partida con una variante posterior:

A, jefe de zona de la constructora Z que está realizando una obra de infraestructuras ferroviarias, paga al funcionario o autoridad B un viaje a Eurodisney con su mujer y sus 3 hijos con todos los gastos pagados. Con esa invitación A consigue que B no denuncie unas deficiencias que llevarían a la anulación del contrato y una pérdida de más de 800.000 euros/dólares a su compañía. A consigue pagar el viaje a Eurodisney disponiendo de fondos que la compañía tiene para el pago de viajes de directivos que no son debidamente controlados.

C, jefe de la obra, considera que los hechos descritos son contrarios al código ético de la constructora debido a una formación anti-corrupción que ha recibido y los denuncia a través del buzón ético de la entidad. La denuncia llega al comité de compliance, que inicia una investigación interna y comprueba el pago del viaje con los fondos de la compañía. La constructora despide a A por incumplimiento del código ético, pide a B la devolución de los fondos y denuncia los hechos ante fiscalía. Además, revisa las deficiencias y refuerza el sistema de pago de viajes a directivos para que no se pueda volver a aprovechar para el pago de sobornos.

Variante:

Los hechos del párrafo primero son los mismos, pero no son descubiertos por la propia empresa, sino por un compañero del funcionario o autoridad sobornado que

denuncia los hechos ante la fiscalía, que inicia unas diligencias de investigación. La persona jurídica se limita a responder a los requerimientos de las autoridades para evitar males mayores como entradas y registros, pero sin adoptar ningún tipo de iniciativa colaborativa o interna.

A la vista de este caso es indudable que A debería ser castigado. Se trata de una conducta tipificada como delito en cualquier ordenamiento europeo o americano. También en Ecuador. El objetivo de este trabajo es determinar si la constructora Z también debería responder penalmente por el acto de corrupción y si sería responsable tanto del caso principal como de su variante o sólo de ésta. No existe a nivel doctrinal o legislativo una respuesta universal, sino que depende del modelo de responsabilidad penal de personas jurídicas que adopte cada ordenamiento o del que se parte teóricamente. Partiremos del modelo ecuatoriano para contrastarlo con otros modelos del entono jurídico latinoamericano y analizar desde una perspectiva pragmática las soluciones que los diversos ordenamientos ofrecen al caso.

II. EL MODELO ECUATORIANO COMO MODELO DE RESPONSABILIDAD DEL PRINCIPAL.

II.1. Descripción del modelo.

En términos evolutivos estamos hablando del modelo más antiguo. De hecho, es el más extendido en Derecho comparado. Parte de que la persona jurídica no es reconocida como sujeto de imputación jurídico-penal, sino simplemente como un sujeto que puede sufrir consecuencias jurídicas (económicas o de otro tipo) derivadas de la infracción cometida por las personas físicas, que serían los auténticos sujetos de imputación. Por esta razón tradicionalmente en nuestra cultura jurídica este tipo de responsabilidad quedaba expulsada del derecho penal.

Los criterios materiales tradicionales serían la representación o la identificación (lo que hace la persona física es como si lo hiciera la persona jurídica: la voluntad o acción del representante u órgano se imputa a la persona jurídica). Si bien este modelo se puede construir trasladando a la persona jurídica la culpabilidad ajena (modelo de transferencia o de la identificación)¹, lo habitual en el ámbito latinoamericano

¹ Sea individual o colectiva. Sobre la agencia colectiva o grupal desde la perspectiva de la responsabilidad moral un referente clásico en LIST, CHRISTIAN/PETTIT, PHILIP, *Group Agency: The Possibility, Design and Status of Corporate Agents*, Oxford, 2011. Una crítica desde el punto de vista jurídico-penal, FEIJÓO SÁNCHEZ, BERNARDO, *El delito corporativo en el Código penal español*, 2ª ed., Pamplona, 2016, pp. 65 ss. En tiempos recientes ha retomado este punto de partida para una teoría jurídica GARCÍA CAVERO, PERCY, "La imputación subjetiva a la persona jurídica", *InDret* 2/2022, p. 137. En este trabajo responsabilidad corporativa no se identifica con responsabilidad colectiva. Son dos tipos diferentes de responsabilidad (la primera acarrea una pena corporativa y la segunda penas individuales para los integrantes del colectivo). El problema político-criminal esencial al que se enfrenta la responsabilidad

mericano es que se trate de una responsabilidad objetiva de tintes civilistas que se limita a exigir una vinculación que convierte a la persona jurídica en principal y un criterio de beneficio o provecho del delito para la persona jurídica. Más que transferir la culpabilidad se trasladan ciertas consecuencias o costes negativos.

Un buen ejemplo se puede encontrar en Brasil en el art. 3 de la Ley nº 9.605/1998, de 12 de febrero (ley de delitos medioambientales) que establece que las personas jurídicas serán responsabilizadas administrativa, civil y penalmente conforme a lo dispuesto en la ley en los casos en los que la infracción sea cometida por decisión de su representante legal o contractual o de su órgano colegiado y en interés o beneficio de su entidad. La responsabilidad penal se limita a los delitos medioambientales².

Esta legislación podría ser definida como una típica legislación del siglo pasado y este tipo de solución es la que vienen arrastrando muchos ordenamientos que fueron introduciendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas a lo largo del mismo³. Muchas de las críticas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas van dirigidas más que a tal responsabilidad en general a este modelo en particular, que no es un modelo de responsabilidad corporativa propia por el hecho delictivo, sino de responsabilidad en las consecuencias por un hecho ajeno.

El art. 49 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador se puede interpretar bajo los parámetros de este modelo:

- (i) *“en los supuestos previstos en este Código,*
- (ii) *las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables*
- (iii) *por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados,*

dad corporativa no es la responsabilidad colectiva o por una “agencia colectiva”. Se trata más bien de un problema de una dimensión que no se puede resolver ni con responsabilidad individual en sentido estricto ni con responsabilidad colectiva.

² La Ley nº 12.846/2013, de 1 de agosto, conocida como Ley Anticorrupción o Ley de la Empresa Limpia contempla una responsabilidad administrativa (así como civil) de carácter puramente objetivo por actos lesivos cometidos contra Administraciones públicas o extranjeras en su interés o beneficio. En dicha ley y su desarrollo mediante el Decreto nº 8.420/2015, de 18 de marzo, se hace referencia a Programas de Integridad que pueden tener efectos en la determinación de la sanción. Vid. las Directrices para Empresas privadas de la Contraloría General de la Unión (<https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridad.pdf>).

³ Así, la pionera y muy conocida sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos *New York Central & Hudson River R.R. Co. v. United States* [212 US 481 (1909)], trasladó al ámbito jurídico-penal la idea civilista del *respondeat superior*. Sobre la regulación estadounidense GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS, *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, Madrid, 2006; ORTIZ DE URBINA GIMENO, ÍÑIGO/CHIESA, LUIS, “Compliance y responsabilidad penal de entes colectivos en los EEUU”, en GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS (Dir.), *Tratado sobre Compliance penal, Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Valencia, 2019, pp. 1504 ss.; VILLEGAS GARCÍA, M^a ÁNGELES, *La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas. La Experiencia de Estados Unidos*, Navarra, 2016.

(iv) *por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas”.*

Insistiendo en la relevancia del beneficio se añade que *“no hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica”.*

Se afirma expresamente que *“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”.* Se trata de un tipo de cláusulas que recomienda contemplar la OCDE. En Brasil, si bien no existe una cláusula legal similar, también se opera de esta manera sancionando a las personas jurídicas, aunque no sea exigible responsabilidad individual⁴. De esta manera se remedia una consecuencia lógica de la identificación entre individuo y organización de los modelos de responsabilidad del principal: sólo se podría sancionar a la persona jurídica cuando existe una culpabilidad individual que transferir o trasladar. Esto acredita que no se trata de modelos de identificación (doctrina del *alter ego*) o de transferencia de la responsabilidad individual o la culpabilidad como, por ejemplo, la postura tradicional en el *common law* inglés⁵, ya que la sanción a la persona jurídica es posible, aunque no exista culpabilidad de trasladar de la persona física a la jurídica, sino que nos encontramos ante modelos vicariales provenientes del Derecho privado⁶.

⁴ Vid. Sentencia del Supremo Tribunal Federal de 6/8/2013 (RE 548.181, Primeira Turma, DJe 29/10/2014, Rel. Min. Rosa Weber). El Supremo Tribunal ha establecido que es posible responsabilizar a la persona jurídica por delitos ambientales independientemente de la responsabilización concomitante de la persona física que actúe en su nombre. Vid., además, RHC 53.208-SP, Sexta Turma, DJe 1/6/2015; HC 248.073, Quinta Turma, DJe 10/4/2014; RHC 40.317-SP, Quinta Turma, DJe 29/10/2013; RMS 39.173-BS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, juzgado 6/8/2015, DJe 13/8/2015.

⁵ Sobre este problema en la aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Inglaterra, MADRID BOQUÍN, CHRISTA M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Inglaterra: Consideraciones sustantivas y procesales sobre el papel del *criminal compliance*”, GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS (Dir.), *Tratado sobre Compliance penal, Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Valencia, 2019, p. 1439. En Reino Unido, a diferencia de la tradición iniciada en 1909 en Estados Unidos, se mantuvo tradicionalmente una teoría limitada del *alter ego*, de tal manera que en relación con las infracciones que exigen *mens rea*, la persona jurídica responde por los actos u omisión de su órgano de representación o gestión. Las tendencias en Derecho comparado, especialmente en el ámbito latinoamericano, no han seguido esta tradición.

⁶ Sobre el tránsito en el ámbito de la responsabilidad civil de una concepción clásica de la responsabilidad vicaria como un régimen en el que un principal responde por un agente a quien encomienda

Mientras el modelo de la ley brasileña de delitos medioambientales, una de las primeras en contemplar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Sudamérica, obedece a una lógica de los tiempos, llama la atención que el Código ecuatoriano no tuviera ya en cuenta los nuevos modelos que se podían encontrar en el entorno como la ley chilena de 2009 y que desarrollaban la responsabilidad corporativa en otras direcciones.

Ambas regulaciones presentan, sin embargo, características diferentes. La regulación ecuatoriana tiene un concepto más amplio de beneficio que no se limita al beneficio para la entidad, sino también para sus asociados, lo que constituye una peculiaridad en Derecho comparado. La persona jurídica puede responder, aunque no se haya visto beneficiada, si un asociado sí ha obtenido un beneficio derivado del delito. Además, la regulación ecuatoriana es claramente más amplia o laxa en cuanto a las exigencias de vinculación con la persona jurídica que la brasileña. Ya no se basa en responsabilidad por representación como el modelo brasileño, sino que la persona jurídica puede responder no sólo de los delitos cometidos por *“ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión”* o bien *“se inmiscuyen en una actividad de gestión”*, sino que pueden generar responsabilidad para la persona jurídica *“quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas”*. Por esta razón me refiero a un modelo basado en la responsabilidad del principal y no a un modelo basado en la representación, salvo que esta se entienda de manera extensiva e impropia de tal manera que todo integrante de la organización sea tratado como representante de la persona jurídica. En este punto el ordenamiento ecuatoriano sigue la tendencia generalizada en Derecho comparado.

Desde un punto de vista puramente descriptivo, si la solución dogmáticamente más aceptada por la doctrina tradicional era no reconocer a la persona jurídica como sujeto de imputación, sino contemplar la posibilidad de imponer consecuencias accesorias basadas en la peligrosidad objetiva, instrumental u organizativa⁷, estas regulaciones contemplan consecuencias accesorias que ya no están orientadas —al

la realización de una actividad a la responsabilidad de la organización, especialmente en casos de organizaciones complejas, SALVADOR CODERCH, PABLO/ GÓMEZ LIGÜERRE, CARLOS IGNACIO, “Respondeat Superior II. De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización”, *InDret* 3/2002. Se trata del modelo que la jurisprudencia española suele utilizar en el ámbito de la responsabilidad civil subsidiaria derivada de delito (por muchas, SSTS 544/2008, de 15 de septiembre; 213/2013, de 14 de marzo).

⁷ Así el modelo de consecuencias accesorias original de los Códigos Penales español de 1995 (art. 129) peruano (arts. 105 y 105 A). Creo que en este contexto de legitimación también debe entenderse el art. 51 del CP panameño. Al menos está extendida la opinión de que el fundamento de las sanciones a las personas jurídicas residiría en la peligrosidad objetiva: ARENAS NERO, ORESTES, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Panamá”, *Estudio penales y criminológicos* Vol. 45 (2024); MEINI MENDEZ, IVÁN, *Guía para la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la República de Panamá. Especial aplicación a la investigación y juzgamiento por delito de blanqueo de capitales*, 2018, adoptada por el Ministerio Público Procuraduría General de la Nación mediante resolución N° 26 de 12 de diciembre de 2019.

menos preferentemente— a la peligrosidad objetiva, sino que se aplicarían de forma automática (por reflejo o de rebote) sin un juicio de peligrosidad previo⁸. Se trata de una especie de responsabilidad penal solidaria. Si la persona física infringe la norma, además de responder personalmente si se dan los requisitos de la teoría jurídica del delito (acción culpable), responde en todo caso la persona jurídica⁹. La “sanción corporativa” es una consecuencia accesoria para persona distinta a la condenada. Al menos en el modelo clásico de orientación preventivo-especial era preciso que el órgano judicial fundamentara la necesidad de intervención frente a la entidad. Esto ya nos indica un problema. La solidaridad no suele ser aceptada como un criterio legítimo de responsabilidad penal. El modelo se basa en criterios que no son propios del derecho penal¹⁰.

II.2. Valoración.

Este modelo de responsabilidad basado en que la persona jurídica es el principal de la persona que ha cometido el delito plantea serios problemas de legitimidad. La responsabilidad vicaria (*vicarious liability*) suele ser utilizada por la doctrina no como un criterio de legitimación, sino como una referencia para deslegitimar. La pena exige que quien la sufre sea hecho previamente responsable del hecho desvalorado. Si la consecuencia jurídica no se aplica a la corporación porque se le haya hecho responsable de la infracción o del hecho punible, sino que el único responsable es la persona física, no estamos ante auténticas penas corporativas, sino otro tipo de sanción. Se trata de una manifestación de la responsabilidad por el hecho de otro (un sujeto como la corporación sufre males por un hecho ajeno y no propio como exige conceptualmente toda pena). En realidad, el delito individual pone en marcha sanciones para el sujeto que ha cometido el delito y, adicionalmente, para otro sujeto

⁸ Sin perjuicio de que determinadas sanciones exijan un juicio específico de peligrosidad. Por ejemplo, el art. 24 de la ley brasileña establece que la persona jurídica constituida o utilizada preponderantemente con el fin de permitir, facilitar u ocultar la práctica del delito medioambiental será liquidada forzosamente, su patrimonio será considerado instrumento del crimen y, como tal, irá a un fondo público. Este tipo de soluciones suelen estar presentes en otros ordenamientos, aunque sea con respecto a determinadas figuras delictivas.

⁹ En un modelo de transferencia de la culpabilidad, sin la constatación de culpabilidad individual (responsabilidad subjetiva, imputabilidad, posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y exigibilidad) no habría responsabilidad corporativa, pero ya he señalado como ese modelo no se ha implantado en realidad en el ámbito Latinoamericano, bien sea por vía legal o jurisprudencial. No considero que sea el modelo ecuatoriano.

¹⁰ Vid. en este sentido los comentarios en relación con sanciones previstas para delitos contra el orden económico y financiero en los arts. 304 y 313 CP argentino y leyes especiales por parte de MONTIEL, JUAN PABLO/SEITÚN, DIEGO, “¿Qué tan en serio se toma la jurisprudencia argentina los modelos de atribución de responsabilidad penal de personas jurídicas? Un comentario al fallo “Expreso San Isidro” de la Cámara Nacional en lo Penal Económico”, *La Ley Compliance* n° 3 (2020). En la sentencia y en el comentario se pueden apreciar los inconvenientes recogidos en el texto.

que no es hecho responsable de ese mismo delito. Es más, que no es responsabilizado de nada aunque sufra ciertas consecuencias. La doctrina ha puesto sobradamente de manifiesto que estos modelos de hetero-responsabilidad o responsabilidad ajena tienen serios problemas de legitimidad desde el punto de vista del derecho penal si se quiere hablar en propiedad de penas y no de meras consecuencias punitivas en sentido muy amplio.

Es cierto que se podrían paliar los casos más sangrantes mediante una interpretación constitucionalizada o utilizando principios generales del derecho penal, pero los presupuestos objetivos del modelo permiten castigos inmerecidos ajenos a la idea de responsabilidad propia por el hecho que los jueces tendrán problemas para limitar respetando el tenor literal de la ley. Si este fuera el único modelo penal posible, tendrían sin duda razón los críticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Los criterios de vinculación funcional y de beneficio como “hechos de conexión” entre la persona física y la persona jurídica son legítimos para establecer otro tipo de responsabilidades para la persona jurídica por el delito de una persona física. Por ejemplo, civiles, basados en el enriquecimiento injusto derivado del delito de otro (participación a título lucrativo¹¹) o en el decomiso de las ganancias. Pero si hablamos de una pena (por ejemplo, de multa) ésta exige proporcionalidad con la gravedad del hecho punible o de la infracción y la responsabilidad de la propia persona jurídica. Por tanto, para hablar en propiedad de una genuina responsabilidad penal son necesarios criterios más amplios de naturaleza distinta a los recogidos en las regulaciones expuestas. Una “pena” sin responsabilidad no es más que un mal que carece de significado comunicativo, por lo tanto, en puridad no tiene de pena más que el nombre.

Los sistemas denominados vicariales suelen evolucionar de modelos puros a modelos impuros, donde, a pesar de que el fundamento de la responsabilidad siga siendo objetiva, en el ámbito de determinación de la pena se tiene en cuenta —con una perspectiva menos individualista— la gestión corporativa para prevenir, detectar y reaccionar adecuadamente frente a delitos o riesgos de incumplimiento en general. De esta manera los aspectos organizativos o estructurales sólo son tenidos en cuenta a efectos de determinación de la sanción punitiva; es decir, no para el “sí”, sino para el “cómo”. Es sobradamente conocida la evolución en Estados Unidos¹².

¹¹ Art. 122 CP español.

¹² No puedo profundizar aquí en que dicha responsabilidad se zanje como en Estados Unidos sin necesidad de juicio mediante *Non Prosecution Agreements* (NPA por sus siglas en inglés) [acuerdos de no persecución penal] y de los *Deferred Prosecution Agreements* (DPA por sus siglas en inglés) [acuerdos de diferimiento de la persecución penal]. O como en el modelo austriaco (que han orientado los últimos proyectos de reforma alemanes) abriendo la posibilidad de sustituir la multa por medidas de reestructuración (un análisis crítico de estos modelos en FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, “La función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español”, *Redepc* n° 1, pp. 17 ss.).

El Código Orgánico Integral Penal de Ecuador ante los modelos legislativos...

En este sentido en el año 2021 el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador introdujo una regulación expresa de la atenuación de la persona jurídica con referentes ajenos a la responsabilidad individual:

“La responsabilidad penal de la persona jurídica se atenuará de conformidad con el número 7 del artículo 45 del presente Código. Los sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión, deberán incorporar los siguientes requisitos mínimos, sin perjuicio de las disposiciones del Reglamento que se dicte para el efecto, y de otras normas específicas:

1. *Identificación, detección y administración de actividades en las que se presente riesgo;*
2. *Controles internos con responsables para procesos que representen riesgo;*
3. *Supervisión y monitoreo continuo, tanto interna, como evaluaciones independientes de los sistemas, programas y políticas, protocolos o procedimientos para la adopción y ejecución de decisiones sociales;*
4. *Modelos de gestión financiera;*
5. *Canal de denuncias;*
6. *Código de Ética;*
7. *Programas de capacitación del personal;*
8. *Mecanismos de investigación interna;*
9. *Obligación de informar al encargado de cumplimiento sobre posibles riesgos o incumplimientos;*
10. *Normas para sancionar disciplinariamente las vulneraciones del sistema;*
11. *Programas conozca a su cliente o debida diligencia.”*

Esta evolución interna sin cambiar el modelo de partida nos indica el segundo problema de estos modelos al margen del esencial que es el merecimiento: la nece-

¹³ El art. 45.7 establece:

Se considerarán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las siguientes:

- a) *De forma espontánea haber denunciado o confesado la comisión del delito antes de la formulación de cargos con la que inicie la instrucción fiscal, o durante su desarrollo, siempre que no haya conocido formalmente sobre su inicio.*
- b) *Colaborar con la investigación aportando elementos y pruebas, nuevas y decisivas, antes de su inicio, durante su desarrollo o inclusive durante la etapa de juicio.*
- c) *Reparar integralmente los daños producidos por la comisión del delito, antes de la etapa de juicio.*
- d) *Haber implementado, antes de la comisión del delito, sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión, a cargo de un departamento u órgano autónomo en personas jurídicas de mayor dimensión, o una persona responsable en el caso de pequeñas y medianas empresas, cuyo funcionamiento se incorpore en todos los niveles directivos, gerenciales, asesores, administrativos, representativos y operativos de la organización.*

sidad social. ¿Qué necesidad político-criminal queda cubierta si castigamos siempre y de forma automática a toda persona jurídica por delitos vinculados o relacionados con su actividad que le generan beneficios? Si todo depende de una decisión individual, ¿Cuál queremos que sea la aportación o prestación de la persona jurídica? ¿Qué tendrían que mejorar los gestores para adaptarse a las expectativas del ordenamiento jurídico? En los modelos vicariales puros no se estimula o promueve la implantación de modelos, programas o sistemas de cumplimiento y en los impuros el estímulo es débil. De esta manera se descuida un aspecto esencial: el cumplimiento normativo. El principal objetivo del derecho penal no debería ser habilitar sin más el castigo a las personas jurídicas para dejarlas a merced del Ministerio Fiscal, sino más bien estabilizar el cumplimiento generalizado de las normas (prevención general).

Es dudoso incluso que se gane en colaboración o implicación de la organización en la resolución del conflicto cuando la única defensa para la persona jurídica es que no se pueda probar la comisión del delito o negar el “hecho de conexión” (bien porque el infractor es totalmente ajeno a la persona jurídica o bien porque el delito no le ha beneficiado).

Javier Gustavo Fernández Teruelo ¹⁴, comentando la legislación ecuatoriana, alega desde una perspectiva pragmática que el modelo ecuatoriano mejoraría aspectos relativos a la responsabilidad civil, resaltando:

“las significativamente mayores posibilidades de que se haga frente a las obligaciones civiles derivadas del delito (responsabilidad directa y solidaria de la empresa). El castigo de la propia entidad debe servir para tratar de asegurar las responsabilidades civiles derivadas del delito, en la medida en la que la condena de la empresa —en principio— está sometida a menos dificultades teóricas y materiales que la de la persona física (...) y recordemos, que sin activar la responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios”.

Los problemas de legitimidad de imponer penas a un “inocente” para asegurar la responsabilidad civil son tan evidentes que no hace falta extenderse en ello. Es llamativo que cuando se trata de personas jurídicas muchos autores asuman un uso perverso del derecho penal que, aplicado en general, resultaría intolerable. No es una función legítima de la pena “asegurar las responsabilidades civiles derivadas del delito”. En todo caso, en la mayoría de los supuestos existirá una condena de la persona física y en esos casos la responsabilidad civil subsidiaria está tan estandarizada (basadas en el principio del riesgo y no en deberes de diligencia) que la pena no aporta beneficio alguno. En otros casos la responsabilidad civil extracontractual es suficiente y, si no lo es, se deberá modernizar y adaptar dicha responsabilidad, como

¹⁴ Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (Compliance), Navarra, 2020, p. 217.

se está haciendo en Europa con los deberes de diligencia en materia de sostenibilidad con el fin de facilitar la reparación¹⁵. No es asumible fundamentar la imposición de penas como mecanismo para mejorar la reparación o indemnización de las víctimas exigiendo para las penas criterios propios del Derecho privado (Derecho de daños o responsabilidad civil extracontractual). En realidad, este es el gran pecado del modelo del principal.

II.3. La solución de los casos propuestos desde la perspectiva de este modelo de responsabilidad del principal.

En este modelo la persona jurídica responde tanto del caso expuesto, como de su variante. En los supuestos de modelos vicariales impuros como el ecuatoriano el caso principal de partida puede ser sancionado con una pena inferior a la variante propuesta. Pero en tales supuestos no existen diferencias cualitativas entre ser ya una entidad con un sistema de cumplimiento eficaz en el momento de los hechos (*ex ante* acto) o implantar un programa *a posteriori* con el exclusivo fin de rebajar la sanción y sus costes.

La solución es homogénea —al margen de las diferencias en determinación de la pena— por las características del modelo: se trata de un modelo que permite que la responsabilidad corporativa se extienda más allá de lo merecido y necesario, generando una ilegítima e ineficiente inflación de la responsabilidad penal.

Con el fin de superar los inconvenientes expuestos, en el ámbito latinoamericano se pueden identificar dos modelos: uno orientado a la idea de prevención del delito individual y otro que pone el epicentro en la responsabilización de la propia persona jurídica por el hecho típico (en este caso el acto de corrupción).

III. MODELO BASADO EN LA PREVENCIÓN DE DELITOS INDIVIDUALES Y CON EXENCIONES PROPIAS PARA LA PERSONA JURÍDICA.

III.1. Descripción general del modelo.

En tiempos más recientes han surgido modelos que rompen de partida la identificación entre hecho individual y hecho de la organización, que genera la ya criticada identidad entre responsabilidad individual y de la persona jurídica titular de la organización. Se trata de modelos que rompen con la premisa de que la responsabilidad corporativa llega a los mismos lugares de la responsabilidad individual. De esta manera permiten que pueda existir responsabilidad individual sin responsabilidad

¹⁵ Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad.

corporativa y con este fin contemplan exenciones para ésta al margen de aquélla. La referencia extendida a la “culpabilidad por la organización” pretende hacer referencia a la idea de que la base de la responsabilidad de la persona jurídica no se encuentra ya en una actuación individual defectuosa, sino en un defecto de la organización adicional. Se debe entender culpabilidad en sentido laxo como justificación de la pena frente a la persona jurídica concreta que la sufre.

De acuerdo con esta perspectiva, si en el caso de las personas físicas las normas penales desvaloran conductas, en el caso de las personas jurídicas desvaloran un defecto puntual de la organización o bien la gestión defectuosa de la organización a lo largo del tiempo. Desde luego las cosas no cambian mucho con respecto al modelo anterior si se presume *iuris et de iure* que la infracción individual equivale o implica un defecto de organización, como hacía Tiedmann¹⁶ en su propuesta original para explicar el derecho de contravenciones alemán (OWiG), que es un modelo vicarial. Las presunciones *iuris tantum* mitigan el problema, pero no lo resuelven.

El defecto organizativo queda definido en este modelo como falta de eficacia en la prevención de delitos individuales. En consecuencia, la persona jurídica no responde si consigue prevenir los delitos, pero tampoco si ha realizado los esfuerzos idóneos y necesarios en ese sentido. La responsabilidad penal de las personas jurídicas se fundamentaría en tratarse de un mecanismo eficiente para la prevención de

¹⁶ “Die “Bebussung” von Unternehmen und den 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, *Neue Juristische Wochenschrift* 1988, pp. 1171 ss. La propuesta de TIEDEMANN consiste en un modelo de responsabilidad anticipada (una especie de *omissio libera in causa*) de acuerdo con la cual se deben entender como delitos de la organización aquellos que se ven favorecidos o facilitados por la omisión de medidas de prevención necesarias para garantizar negocios ordinarios o no delictivos. Se define como “defecto de organización” la omisión previa de controles. El delito de la persona jurídica queda configurado como la omisión de medidas de control, vigilancia y supervisión. Siguiendo a TIEDEMANN, paradigmático ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Valencia, 2008, pp. 277, 351 y “La teoría jurídica del delito de las personas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Diario La Ley* n° 9537 de 16 de Diciembre de 2019, basa la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la omisión de “la adopción de alguna de las medidas de precaución y control (defecto de organización) que eran exigibles para garantizar el desarrollo legal (y no delictivo) de la actividad de la empresa” y, en este sentido “se trata de que nadie ha prestado la debida y razonable diligencia, conforme a las circunstancias del caso, para aplicar las medidas técnicas, organizativas y personales fundamentales para impedir los hechos”. Críticas previas a TIEDEMANN en ARTAZA VARELA, OSVALDO, *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*, Madrid, 2013, pp. 163 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Madrid, 2002, pp. 69 ss.; EL MISMO, en BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL/FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO/GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* 1ª ed., Navarra, 2012, pp. 74 ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS, *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, 2005, pp. 150 ss.; EL MISMO, BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Navarra, 2016, pp. 159 ss.; LUZÓN PEÑA, DIEGO, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Valencia, 2016, 26/55; MITTELSDOFF, KATHLEEN, *Unternehmensstrafrecht im Kontext*, Heidelberg, 2010, p. 98; WOHLERS, WOLFGANG, “Grundlagen der Verbandsverantwortlichkeit”, *Neue Zeitschrift für Wirtschafts, Steuer- und Unternehmensstrafrecht* 2018, p. 415, con amplias referencias a la literatura crítica en lengua alemana.

delitos en organizaciones y en responder a una necesidad social en este sentido. Ello nos recuerda a los argumentos basados en el estado de necesidad del bien jurídico o en una debilidad preventiva de la responsabilidad individual para la protección de bienes jurídicos (Schünemann¹⁷). Por tanto, el fundamento último se encuentra en una mejora en la protección de bienes jurídicos.

Dentro de este modelo podemos encontrar dos perspectivas diferenciadas:

- a) Entender que la responsabilidad de la persona jurídica está montada sobre un defecto puntual (en nuestro caso la disposición de fondos sin cumplir la normativa interna),
- b) o bien que la persona jurídica debe responder por defectos organizativos permanentes o estructurales.

III.2. Primeras versiones del modelo de prevención. Defecto de organización puntual: La persona jurídica responde por la infracción de deberes de prevención por parte de personas físicas.

En este submodelo la persona jurídica responde por la infracción de los deberes de control, vigilancia o supervisión que la doctrina dominante entiende que tienen los superiores jerárquicos dentro de una organización por su posición de garantía (control de los riesgos de la organización)¹⁸. En realidad, se trata de una variante del modelo ya expuesto de responsabilidad del principal. La persona jurídica no respondería directamente y de forma automática de la comisión del delito, sino

¹⁷ *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 235 ss. Más referencias en FEIJÓO SÁNCHEZ, BERNARDO, (nota 16), pp. 114 ss. con una exposición crítica en pp. 123 s. En tiempos reciente GÓMEZ TOMILLO, MANUEL, "Consecuencias materiales y procesales de la jurisprudencia del TJUE en materia de responsabilidad penal y administrativo-sancionadora de las personas jurídicas", *Redepc* n° 3, p. 9, entendiendo que se trata de un modelo estricto de prevención de peligros para bienes jurídicos y no tanto de delitos. Sobre esta línea de legitimación en Alemania como "modelo de medidas" ROXIN, CLAUDIUS/GRECO, LUIS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Vol. I, Múnich, 2020, 8/62 ss.

¹⁸ En este sentido era entendido, por ejemplo, por un sector de la doctrina el modelo original del Código Penal español previo a la LO 1/2015 cuando sin contemplar causas específicas de exclusión de la responsabilidad se hacía referencia simplemente en el art. 31 bis a que *"En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso"*.

Basándose en el tenor literal un sector de la doctrina española entendía que la primera vía era un modelo vicarial y la segunda se correspondería con el modelo que se está exponiendo en el texto.

indirectamente a través de la infracción de deberes como garante de otro miembro de la organización distinto al que ha cometido el delito¹⁹. La responsabilidad penal de la persona jurídica quedaría equiparada a la comisión de un delito por uno o varios miembros de la organización más infracción de deberes de control, vigilancia y supervisión por parte de otro u otros integrantes de la organización. Cambiamos la referencia de la responsabilidad corporativa, pero los problemas de legitimidad no difieren sustancialmente de los expuestos en el apartado anterior: la persona jurídica responde como principal porque un integrante de la organización ha incumplido sus deberes de control, vigilancia o supervisión.

Un sector de la doctrina ha intentado utilizar la imagen de una autoría o de una participación imprudente o culposa en comisión por omisión para fundamentar el modelo. Se trataría materialmente de un descuido organizativo en la prevención al estilo de un comportamiento infractor del deber de cuidado. Desde mi perspectiva es un error intentar explicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas con los criterios tradicionales de imputación desarrollados para las conductas imprudentes o culposas²⁰. El delito corporativo no es un delito imprudente²¹, sino una forma nueva de responsabilidad para personas jurídicas titulares de organizaciones desconocida hasta el momento.

En mi opinión, cualquier intento de utilizar estructuras dogmáticas pensadas para acciones individuales con respecto a la responsabilidad corporativa está condenada al fracaso. La equiparación entre estructuras de imputación para responsabilidades tan diferentes como la individual y la corporativa no acierta a ofrecer una solución satisfactoria. La referencia a la imprudencia o culpa se puede entender a lo sumo como una imagen aproximativa (persona que no gestiona adecuadamente su ámbito de organización), pero no como que la estructura de la responsabilidad

¹⁹ Esa infracción podría ser a su vez delictiva o no (por ejemplo, comisión por omisión imprudente en un delito que sólo tiene contemplada la modalidad dolosa).

²⁰ NIETO MARTÍN, ADÁN, "La eficacia de los programas de cumplimiento: apuntes a la luz de la última jurisprudencia italiana", *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos. Libro Homenaje al Prof. José Luis Díez Ripollés*, Valencia, 2023, pp. 931 ss.

²¹ La culpabilidad en el delito imprudente exige tener en cuenta los conocimientos, capacidades y experiencias del infractor, con independencia de que se valoren en el injusto a partir de una concepción no estandarizada del deber de cuidado o en el deber subjetivo de cuidado como elemento de la culpabilidad. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, *Resultado lesivo e imprudencia*, Barcelona, 2001, pp. 241 ss. Volvemos, pues, a los tradicionales problemas de las personas jurídicas desde el punto de vista de la acción y la culpabilidad. Intentando superar estas deficiencias MONGILLO, VINCENZO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Turín, 2018, pp. 136, 143 ss., 432 ss. y "Estructura y función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: notas metodológicas, político-criminales y dogmáticas", *Libro Homenaje al Prof. Luis Arroyo Zapatero. Un Derecho Penal humanista*, Volumen I, Madrid, 2021, pp. 432, 451 ss. hace referencia a una exigibilidad subjetiva del cumplimiento por parte de la organización del estándar de diligencia objetiva, en la línea de la tradicional distinción en el delito imprudente del deber objetivo y subjetivo de cuidado, resaltando las deficiencias de desarrollo doctrinal de este punto.

corporativa sea materialmente la de una conducta imprudente²². Aunque la doctrina se encuentre siempre más cómoda con fórmulas conocidas, no creo que puedan servir como referente para una forma de responsabilidad tan peculiar como la corporativa las categorías dogmáticas desarrolladas para imputar a las personas físicas delitos no dolosos, siempre que no queramos conformarnos con imputar a la persona jurídica un hecho ajeno (la infracción de deberes de cuidado por parte de un individuo aislado o un colectivo de individuos).

Se han recuperado, incluso, ideas denostadas como, por ejemplo, entender el delito corporativo como un cuasidelito, respondiendo la persona jurídica por un tipo autónomo: una especie de *crimen culpae*²³ con respecto al que el delito individual quedaría configurado como una mera condición objetiva de punibilidad. De esta manera la responsabilidad corporativa queda excesivamente desvinculada del tipo penal concreto (estafa, cohecho, etc.). La opción de entender las cláusulas de responsabilidad penal de personas jurídicas como normas de conducta autónomas o un tipo penal autónomo²⁴ que obligan a las personas jurídicas a prevenir delitos plantea, además, una infinidad de problemas dogmáticos a los que no veo una solución clara. El injusto de la persona jurídica consistiría en el incumplimiento de un mandato: omitir deberes de prevención o control de las personas físicas. Sin embargo, en la medida en la que la omisión exige conceptualmente capacidad de evitar o de realizar la conducta

²² Paradigmático en lo que considero un error en el texto, GALÁN MUÑOZ, ALFONSO, "Visiones y distorsiones del sistema español de responsabilidad de las personas jurídicas: un diagnóstico 13 años después", *Redepes* n° 2, pp. 39 ss., refiriéndose elocuentemente a un "deber de cuidado preventivo". La responsabilidad penal de la persona jurídica queda reducida a una codelincuencia imprudente ("*incumplimiento colectivo del deber de prevenir o evitar el delito*") de la que responde "*la persona jurídica en la que finalmente se hubiese producido la indebida y negligente aportación colectiva al delito realizado que permitirá responsabilizarla, accesoriamente, por su concreta ejecución*". La pena se basa en el "en", es decir por ser la persona jurídica el receptáculo de una actuación colectiva. Pero se trata, en mi opinión, de una fundamentación normativamente insuficiente.

²³ Según GÓMEZ TOMILLO, MANUEL, (nota 17), p. 13, un *crimen societatis* cuando el sistema español contemplaría, en su opinión —que comparto—, *crimina societatis*.

²⁴ En trabajos anteriores ya he rechazado que este modelo no es defendible para el Código Penal español frente a autores como GONZÁLEZ SIERRA, PABLO, *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, Valencia, 2014, pp. 218 ss. o MAZA MARTÍN, JOSÉ MANUEL, *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los partidos políticos*, Madrid, 2018, pp. 232 ss., 243 ss., 477 s. La posición de este autor quedó recogida, como magistrado del Tribunal Supremo, en la STS 154/2016, de 29 de febrero, de la que fue ponente, que considero rechazable por las razones expuestas en el texto. Vid. FEIJÓO SÁNCHEZ, BERNARDO, (nota 1), pp. 100 ss.; "Bases para un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas a la española", *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín*, Madrid, 2018, Madrid, 2018, pp. 154 ss., 232, 243 ss. En contra también de la posición de MAZA MARTÍN del art. 31 bis CP como un tipo penal autónomo, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Actor corporativo y delito corporativo. Elementos de un sistema de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas desde una perspectiva teórico-práctica*, Navarra, 2020, pp. 188 ss. También he criticado la línea jurisprudencial que ha seguido esta posición de la STS 154/2016 en (nota 12), pp. 12 s. En el texto se pretenden hacer referencias dogmáticas más generales, no tan centradas en el ordenamiento español, pero muchas de estas críticas serían trasladables a otros ámbitos normativos.

correcta u obligada, esa capacidad sólo se encuentra en las personas físicas y volvemos a los modelos criticados: la persona jurídica respondería de forma automática de una omisión individual. No se consiguen superar los tradicionales problemas de la responsabilidad de las personas jurídicas con la teoría de la acción. La referencia a una *omissio libera in causa*²⁵ traslada la cuestión a un momento previo, pero no la resuelve materialmente.

Por otro lado, ¿Dónde se encontrarían los mandatos de los que derivan los deberes? Habría que entender esa supuesta norma que tiene a las personas jurídicas como destinatarias como una ley penal en blanco de muy dudosa legitimidad que se remitiría a todas las obligaciones de prevención que una persona jurídica tendría en leyes extra-penales (administrativas, mercantiles, etc.) o, incluso, a la *lex artis*²⁶.

El problema esencial es que, si el centro de la responsabilidad corporativa es el incumplimiento de una norma de conducta como mandato, volvemos a los tradicionales problemas de la persona jurídica desde la perspectiva de la acción: quienes cumplen o incumplen los mandatos son personas físicas. Por otro lado, si se entiende que el delito individual no es más que una condición objetiva de punibilidad el déficit preventivo podría prescribir mucho antes de que exista tal delito²⁷. La única forma de que no prescribiera sería entender la “omisión de la persona jurídica” como un delito permanente, pero de esta manera ya abandonamos la idea de un defecto organizativo puntual.

²⁵ Este modelo de responsabilidad anticipada caracteriza tanto propuestas como la de la “Culpabilidad por defecto de organización” de TIEDEMANN como la organizativamente más compleja y moderna de la “culpabilidad por conducción de la organización” (HEINE, GÜNTER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden, 1995, pp. 248 ss., 310 ss.).

²⁶ Un buen ejemplo de esta idea en NIETO MARTÍN, ADÁN, “La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración”, *Redepes* nº 1, p. 18, “se constata la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, que se produciría cuando no existe una medida de prevención o esta no se ha diseñado, actualizado o implementado del modo que exige la norma de cuidado. Esta norma podía determinarse de varios modos, bien podría hacerlo el legislador a través de normas administrativas, bien podrían ser estándares privados, como las normas ISO-UNE, o bien las best practices que se desprende de lo que hacen empresas similares. En esta concepción de la culpa de organización, la labor del juez, como ocurre en con la imprudencia individual, consistirían en encontrar la norma que determina el deber objetivo de cuidado”. Desarrolla este autor una crítica a un modelo que tenga como referencia la teoría de la imputación objetiva y del delito imprudente desde la perspectiva del *Compliance* como exclusión de la responsabilidad en pp. 19 ss. En el texto se comparten dichas críticas.

²⁷ La posición de la doctrina dominante es que en los delitos con condiciones objetivas de punibilidad el plazo de prescripción debe empezar a computarse desde el momento en el que se realiza el injusto típico, no desde el instante que se cumple la condición de punibilidad. Vid. por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 6ª ed., Valencia, 2022, pp. 909 s. En el mismo sentido la jurisprudencia española (por muchas, SSTS 767/2011, de 12 de julio; 634/2013, de 17 de julio; 60/2014, de 5 de febrero). Asumo que en este modelo explicativo el delito individual es una condición objetiva de punibilidad, porque, en lo que alcanzo a ver, ningún ordenamiento tiene previsto castigar a la persona jurídica “por la realización de su tipo penal autónomo” sin delito individual. Tampoco existen en lengua española propuestas doctrinales en este sentido.

El Código Orgánico Integral Penal de Ecuador ante los modelos legislativos...

Los problemas no se resuelven si entendemos que la persona jurídica sería una especie de interviniente o partícipe culposos o imprudentes en comisión por omisión en el delito de la persona física. Esta idea ha cobrado especial relevancia en doctrinas como la italiana, chilena o española con regulaciones con muchos puntos en común²⁸. En realidad, la persona jurídica no organiza conjuntamente un hecho delictivo con la persona física (accesoriedad). No aporta algo (instrumento, información, etc.) que el autor necesite para realizar el hecho. La sanción a la persona jurídica es accesoria en el sentido de que los ordenamientos hacen depender la misma de la existencia de un delito individual²⁹, pero no en el sentido de que la persona física y la persona jurídica organicen conjuntamente el hecho con relevancia penal. La referencia a la participación imprudente o culposa en comisión por omisión también ofrece una imagen inadecuada: los déficits preventivos (en el caso de nuestro ejemplo la falta de control del fondo de viajes para directivos) pueden ser muy anteriores a la comisión del delito o, incluso, a la resolución de cometer un delito por parte de la persona física. En ordenamientos como el español donde la persona jurídica puede responder por una conducta de participación

²⁸ Con respecto a la regulación española: GALÁN MUÑOZ, ALFONSO, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Valencia, 2017, p. 287; EL MISMO, "Acción, tipicidad y culpabilidad penal de la persona jurídica en tiempos del compliance: Una propuesta interpretativa", GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS (Dir.), *Tratado sobre Compliance penal, Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Valencia, 2019, p. 262; EL MISMO, "¿Cultura o estructura? ¿Esa es la cuestión? La difícil convivencia y coordinación de los dos sistemas de tratamiento penal de las personas jurídicas en el ordenamiento español", *Revista General de Derecho Penal* 35 (2021), pp. 11, 17, 22 que se refiere a una "responsabilidad accesoria" por haber contribuido por su defectuosa actuación preventiva a la comisión de delitos; LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, <https://almacendederecho.org/penamos-a-la-persona-juridica-por-conductas-de-participacion>; RODRÍGUEZ RAMOS, "Sobre la culpabilidad de las personas jurídicas (Al hilo de las SSTs 514/2015, 154 y 221/2016)", *Diario La Ley* nº 8766 de 20 de mayo de 2016 (versión online); cercano BALDOMINO DÍAZ, RAÚL ANDRÉS, *Bases de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, 2022, pp. 71 ss., 77, refiriéndose a una "colaboración facilitadora", si bien se refiere a "una participación omisiva dolosa, a lo menos con dolo eventual". Con respecto a la regulación chilena: ARTAZA VARELA, OSVALDO, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, DER ediciones, 2021, pp. 80 ss.; SCHURMANN OPAZO, MIGUEL, M., "La persona jurídica como un nuevo partícipe en el delito económico" en ACEVEDO, NICOLÁS/COLLADO, RAFAEL/MAÑALICH, JUAN PABLO (Coords.), *La Justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, 2020, p. 737 ss. Con respecto a la regulación italiana: MONGILLO, VINCENZO, LH (Arroyo Zapatero, nota 21), pp. 445 ss.; el mismo, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Italia: puntos fuertes, problemas de aplicación y perspectivas de reforma", *Estudios penales y criminológicos* 43 (2023), p. 6; SCOLETTA MARCO MARIA, "Sulla struttura concorsuale dell'illecito punitivo delle persona giuridiche", *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero*, Madrid, 2021, pp. 675 ss.

²⁹ Un sector minoritario de la doctrina se conforma con que la persona física realice el tipo objetivo del delito correspondiente o un hecho objetivamente típico. Referencias y críticas en FEJÓO SÁNCHEZ, BERNARDO, (nota 1), p. 103, nota 32. Mantienen tal posición recientemente, GÓMEZ TOMILLO, MANUEL, (nota 17), p. 9; MARTÍNEZ-BUJÁN, CARLOS, "La infracción penal de las personas jurídicas y el delito del artículo 286 seis del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal español de 2013: Paralelismo y compatibilidad", p. 1035, *Redeprec* nº 3, pp. 74, 84 s.

de una persona física³⁰, se podrían dar supuestos de participación en una participación o de participación en cadena (¿Podría darse una participación omisiva en una participación omisiva?). Como se puede apreciar, la búsqueda de analogías con estructuras de imputación desarrolladas para individuos plantea más interrogantes que respuestas. Y no se han agotado todos los problemas dogmáticos que se generan si se quiere adaptar forzosamente la responsabilidad corporativa a las estructuras de responsabilidad de los seres humanos.

En ambos casos existen también problemas adicionales desde el punto de vista de la comisión por omisión. Basar el hecho propio en la infracción de deberes de policía o de colaboración con el Estado en la prevención de delitos no permite fundamentar una genuina posición de garantía³¹. Un funcionario de policía ejerce los deberes de seguridad y protección que son competencia del Estado. Si hablamos de una función cuasi-funcionarial para organizaciones privadas dicho fundamento se esfuma. Sobre todo, porque la posición de garantía no estaría basada en la protección de las víctimas, sino en el control de los riesgos de la organización. Normativamente falta un fundamento para equiparar la no evitación del delito a una intervención o participación en el mismo. No está reconocida a día de hoy una posición de garantía de protección basada ya no en el desempeño de funciones públicas, sino cuasi-públicas por parte de particulares (personas físicas o jurídicas), a no ser que se quiera volver a la denostada teoría formal de las fuentes. La solución pasaría, a mi modo de ver, por defender una teoría de las posiciones de garantía de personas jurídicas más amplia que las de las personas físicas que no estaría mínimamente esbozada. Si se entiende que la persona jurídica responde por los deberes de garante de los superiores jerárquicos de la organización volvemos a los problemas de partida: responsabilidad del principal por las omisiones individuales.

En realidad, no hay ningún ordenamiento que de forma expresa haya adoptado este tipo de soluciones, sino que se trata de una perspectiva hermenéutica de las diversas regulaciones de la responsabilidad de personas jurídicas que han ido apareciendo en los diversos ordenamientos, que, según he intentado exponer, genera más problemas que ayuda a la hora de aplicar dichas novedades legislativas. El modelo de la imprudencia no resulta recomendable para futuros desarrollos de la responsabilidad penal de personas jurídicas en Ecuador. Se trata de una idea que no funciona si se toma en serio.

³⁰ Al menos así lo ha reconocido la jurisprudencia. Vid. STS 298/2024, de 8 de abril, desmontando los argumentos ofrecidos por la doctrina en contra de que las personas jurídicas puedan responder por una conducta de participación.

³¹ En la doctrina abundan este tipo de referencias: LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, "Elogio de la responsabilidad penal de la persona jurídica", *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Madrid, 2022, pp. 201, 205 ("ser mal policía de los suyos"); NIETO MARTÍN, ADÁN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, Madrid, 2008, p. 148 ("sistema policial empresarial").

En conclusión, considero que los intentos de construir una responsabilidad penal de la persona jurídica basada exclusivamente en un defecto puntual conducen a callejones dogmáticos sin salida o no nos permite alejarnos demasiado del modelo del principal, sobre todo si se parte de presunciones en contra de la persona jurídica. Por esta razón estas concepciones no llevan a soluciones diferentes que el modelo del principal en nuestro ejemplo de partida ya que “A consigue pagar el viaje a Eurodisney disponiendo de fondos que la compañía tiene para el pago de viajes de directivos que no son debidamente controlados”. Cualquier irregularidad (incumplimiento o no aplicación de normas internas de contratación, de contabilidad, de facturación, etc.) puede generar responsabilidad penal corporativa desde esta perspectiva.

III.3. Hacia una perspectiva más organizativa de la gestión de riesgos de incumplimiento. La autorregulación preventiva.

Desde una perspectiva más organizativa el hecho del que responde la persona jurídica es diferente a los deberes de las personas físicas integrantes de la organización. Me interesa destacar la línea político-criminal basada en esta segunda idea ya que es adoptada por algunas de las legislaciones más innovadoras en el ámbito sudamericano como referente de partida, permitiendo un primer avance en la idea de autorresponsabilidad, por lo tanto, de una responsabilidad corporativa diferenciada de la individual.

De acuerdo con esta dimensión organizativa no se trata tanto de una omisión puntual de deberes de prevención, sino de que la organización no ha gestionado de forma correcta sus riesgos de incumplimiento a lo largo del tiempo³². Desde esta perspectiva pasa a ser objeto esencial de debate, prueba³³ y valoración en

³² Me interesa destacar, por el error conceptual que suele concurrir en la literatura especializada, que los riesgos de incumplimiento no se deben identificar con el criterio típico de “creación de un riesgo que se ha de realizar o concretar en un resultado”, sino de que la organización tiene que gestionar la aparición de sucesos que le puedan generar responsabilidad. No se trata del riesgo típico como conjunto de condiciones que pueden explicar el resultado típico, sino de la incertidumbre en materia de cumplimiento. Por lo que no se trata de evitar o gestionar un suceso concreto. Para eso habría que ser adivino. Esto tiene que ver con el rechazo ya expresado contra las analogías con respecto al delito imprudente y la imputación objetiva. El art. 5 del Decreto Supremo n° 002-2019-JUS de Perú define riesgo como “efecto de la incertidumbre del cumplimiento de los objetivos. Esto es la desviación respecto a los objetivos esperados, sean positivos o negativos”.

³³ No es posible con las dimensiones de este trabajo abordar problemas específicos de prueba. Habrá que ver en cada ordenamiento si existen presunciones *iuris tantum* que transfieren la carga de la prueba a la persona jurídica o la responsabilidad corporativa está amparada por el principio de presunción de inocencia de forma equivalente a las personas físicas y la carga de la prueba corresponde a la acusación. En mi opinión, el fundamento material de una institución dogmática y su determinación procesal pertenecen a planos distintos. Aquí me estoy ocupando únicamente de la primera cuestión. Antes de determinar cómo se prueba hay que saber qué hay que probar. En el debate doc-

el procedimiento si ha existido una adecuada gestión de los riesgos de incumplimiento por parte de la organización. La cuestión normativa esencial es si, más allá de los deberes de garante que se derivan de las posiciones individuales de cada integrante de la organización, ésta estableció un sistema diligente de prevención de delitos (incumplimientos), que algún ordenamiento de los que nos interesan en este trabajo define como *“observancia del debido control en su organización”*³⁴

trinal en España no se diferencian muchas veces de forma adecuada estos dos planos. Antes de ver cómo probamos el dolo o la imprudencia, tenemos que saber qué es el dolo o la imprudencia o a qué llamamos dolo o imprudencia. En el mismo sentido, antes de analizar cómo se prueba la responsabilidad de una persona jurídica es preciso determinar qué es lo que hay que probar. Como idea general, la acusación debería tener que probar los elementos esenciales para afirmar que hay responsabilidad corporativa.

³⁴ Expresión utilizada en México por el art. 421 Código Nacional de Procedimientos Penales: *“Las personas jurídicas serán penalmente responsables, de los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, cuando se haya determinado que además existió inobservancia del debido control en su organización. Lo anterior con independencia de la responsabilidad penal en que puedan incurrir sus representantes o administradores de hecho o de derecho”*. El precepto, con la referencia a la *“inobservancia del debido control en su organización”* tiene una clara influencia de la posición del Prof. TIEDEMANN y de la reforma española de 2010, como reconoce la Exposición de Motivos. Pero, al hacer referencia expresa al debido control de la organización, introduce un elemento que no estaba expresamente presente en la reforma española de 2010, salvo en la vía de los subordinados. Es decir, en el ordenamiento mexicano se convierte en un elemento general para la responsabilidad penal de personas jurídicas.

Según el art. 422 CP, que regula la individualización de la sanción, el órgano judicial deberá tomar en consideración, además de los criterios generales de individualización, *“el grado de culpabilidad correspondiente”*, de acuerdo con una serie de aspectos como *“la magnitud de la inobservancia del debido control en su organización y la exigibilidad de conducirse conforme a la norma”*. Se entiende, evidentemente, que estos criterios sólo entran en juego si la persona jurídica no ha observado un debido control de su organización exigible. En este sentido debe entenderse, también, la disposición del último párrafo del art. 11 bis del Código Penal Federal relativa a que *“En todos los supuestos previstos en el artículo 422 del Código Nacional de Procedimientos Penales, las sanciones podrán atenuarse hasta en una cuarta parte, si con anterioridad al hecho que se les imputa, las personas jurídicas contaban con un órgano de control permanente, encargado de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables para darle seguimiento a las políticas internas de prevención delictiva y que hayan realizado antes o después del hecho que se les imputa, la disminución del daño provocado por el hecho típico”*. Como atenuación, parece que debe entenderse que se trata de supuestos donde se ha probado la inexistencia de un debido control en la organización. El término *“inobservancia del debido control en su organización”* ha sido adoptado por Códigos Penales de los diversos Estados como el art. 21 del Código Penal para el Estado libre y soberano de Jalisco.

En la propuesta de *“Código Penal Modelo para México”*; Ontiveros Alonso, Miguel (Coordinador); Tirant lo Blanch, México, 2025 (en prensa); se establece sobre la responsabilidad de las personas jurídicas que *“Las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos dolosos o imprudentes y, en su caso, de la tentativa de los primeros, de conformidad con las reglas de imputación establecidas en el artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales”*. Se añade otro artículo que regula la *“exclusión del delito organizacional”* (*“La organización quedará excluida de responsabilidad penal si adoptó y ejecutó, antes de la comisión del hecho que la ley señala como delito, un programa de cumplimiento penal eficaz”*) complementado con otro artículo que recoge los *“elementos de un programa de cumplimiento penal eficaz”*. Este Código Penal Modelo viene a reflejar un cierto consenso en la

o “*debida diligencia*”³⁵. Ya en el año 2016 el Código Nacional de Procedimientos Penales de México vino a exigir la prueba de la inobservancia del debido control por parte de la organización como presupuesto ineludible para imponer sanciones a una persona jurídica³⁶.

En aquellos casos en los que la gestión no es adecuada habrá que ver si el ordenamiento en concreto exige que el delito individual sea prevenido, simplemente dificultado (disminución del riesgo de incumplimiento) o que baste su mera concurrencia como una condición objetiva de punibilidad. En este punto se encuentra una de las grandes decisiones político-criminales que tienen que adoptar los ordenamientos que no parten de un modelo vicarial y que no tienen como referente de la responsabilidad corporativa un defecto puntual. Se trata de una cuestión que sólo surge cuando la persona jurídica no responde automáticamente por el defecto individual, sino que quedan claramente diferenciados los fundamentos de la responsabilidad corporativa frente a la responsabilidad individual (la persona jurídica puede no responder, aunque sea el principal de alguien que haya cometido el delito en su beneficio o interés). En cuanto la referencia es una gestión general de la organización, la tendencia natural es exigir exclusivamente un mayor esfuerzo o dificultad en la comisión del delito.

En este segundo contexto, que parte de una perspectiva más organizativa, es donde irrumpe con fuerza la idea de “autorregulación regulada” que la doctrina conecta en muchos casos con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero sin saber muy bien cómo integrar la autorregulación en la responsabilidad corporativa. La autorregulación está vinculada a un enfoque orientado a o basado en el riesgo de incumplimiento que caracteriza los modelos más actuales de responsabilidad penal de personas jurídicas³⁷. De esta manera los Códigos Penales o las leyes penales

doctrina especializada en lengua española, que tiende a regular una exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas contemplando unos requisitos mínimos.

³⁵ Es definida en el art. 5 del Decreto Supremo n° 002-2019-JUS de Perú al que se hará referencia posteriormente como “*proceso a través del cual la persona jurídica identifica y evalúa con detalle la naturaleza y el alcance de los riesgos de delitos en el marco de su actividad, la cual permite la toma de decisiones informadas, con la finalidad de prevenir o mitigar el riesgo de la comisión de delitos, en el ámbito de las transacciones comerciales, proyectos, actividades, socios comerciales y personal considerado dentro de estas categorías*”.

³⁶ Sobre esta reforma ESPINOZA DE LOS MONTEROS DE LA PARRA, MANUEL, “Perspectiva y retos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en México”, *Estudios penales y criminológicos* 45 (2024); ONTIVEROS ALONSO, MIGUEL, “El Estado actual de la responsabilidad penal empresarial en México”, *IDEM* (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Ciudad de México 2022, pp. 343 ss.

³⁷ Art. 22 Ley 27.401 argentina de marzo de 2018: “*El programa de integridad exigido deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación*”.

Para una concreción de esta idea vid. apartado A.4.6. del Anexo A de la ISO 37301. El modelo comentado en el texto va en la línea de los estándares ISO y UNE en materia de Sistemas de gestión del cumplimiento. Es decir, corresponde a una práctica organizativa o empresarial reconocida.

especiales ya no se remitirían a un conjunto difuso de obligaciones de prevención en leyes extra-penales o usos mercantiles, sino a una valoración de cómo la organización ha identificado, valorado, analizado y gestionado sus riesgos de incumplimiento. Las leyes penales que regulan la responsabilidad de las personas jurídicas no son tipos penales abiertos que realizan una remisión más allá del derecho penal a las medidas organizativas que se deben adoptar, sino que establecen una determinada dinámica organizativa, que es sobre lo que deben versar las acusaciones y que los juzgadores deben valorar³⁸. Esta opción legislativa obliga al juzgador a realizar una valoración de conjunto del modelo de prevención de delitos en relación con el delito cometido: si, a pesar de la comisión del delito, la persona jurídica ha desarrollado un sistema de prevención de incumplimientos que se pueda entender razonable³⁹ y exigible de acuerdo con sus características se verá exonerada de responsabilidad. Los medios de prueba son los habituales y, al igual que sucede cuando los tipos penales hacen referencia a términos como justificación económica o empresarial o administración o gestión ordenada o racional, las periciales tendrán un peso importante para dicha valoración judicial. Como se puede apreciar, el modelo cambia sustancialmente en relación con el expuesto en el subapartado anterior que se basa en un defecto preventivo puntual.

Dos buenos ejemplos en el ámbito latinoamericano se pueden localizar tanto en la legislación peruana (responsabilidad administrativa en el proceso penal) como chilena (responsabilidad penal), habiendo sido ambos cuerpos normativos reformados en tiempos recientes, por lo que su estudio puede ser de gran utilidad para identificar tendencias político-criminales recientes en esta materia de interés para el ordenamiento ecuatoriano.

La ley peruana n° 30.424 de 21 de abril de 2016 que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en el proceso penal (y que en origen estaba pensada como tantras otras regulaciones para las obligaciones con la OCDE por el delito de corrupción pública en transacciones económicas internacionales), tras su modificación mediante la ley 31.740, de 13 de mayo de 2023⁴⁰, recoge en su art. 3 los requisitos de la responsabilidad:

³⁸ Esto es lo que creo que no entendió adecuadamente en España la ya mencionada y criticada STS 154/2016, de 29 de febrero. Creo que sentencias posteriores han ido corrigiendo este error inicial.

³⁹ El art. 4.11 del Decreto Supremo n° 002-2019-JUS de Perú define razonabilidad en los siguientes términos tautológicos al introducir en la definición el término a definir: *“los controles implementados por la persona jurídica tienen la posibilidad razonable de prevenir, detectar y mitigar los riesgos de delitos”*.

⁴⁰ En profundidad sobre los antecedentes y diversos proyectos, CARRIÓN DÍAZ, JUAN ELÍAS, *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú”*, PARIONA, ARANA, RAÚL/ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, CARLOS/ARMENDARIZ OCHOA, LUIS, *Tipología y Fundamentos en el Derecho Penal económico y de la Empresa*, Lima, 2022, pp. 315 ss.; GARCÍA CAVERO, PERCY, *“Los sistemas de cumplimiento y su efecto en la responsabilidad de personas jurídicas en el Perú”*, *Estudios Penales y Criminológicos* 43 (2023), p. 2 y passim.

El Código Orgánico Integral Penal de Ecuador ante los modelos legislativos...

“Las personas jurídicas son responsables administrativamente por los delitos señalados en el artículo 1, cuando estos hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por:

a. Sus socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias, bajo cualquiera de las modalidades de autoría y participación previstas en el Código Penal.

b. La persona natural que, estando sometida a la autoridad y control de las personas mencionadas en el literal anterior, haya cometido el delito bajo sus órdenes o autorización.

c. La persona natural señalada en el literal precedente, cuando la comisión del delito haya sido posible porque las personas mencionadas en el literal a. han incumplido sus deberes de supervisión, vigilancia y control sobre la actividad encomendada, en atención a la situación concreta del caso.

Las personas jurídicas que tengan la calidad de matrices serán responsables y sancionadas siempre que las personas naturales de sus filiales o subsidiarias, que incurran en cualquiera de las conductas señaladas en el primer párrafo, hayan actuado bajo sus órdenes, autorización o con su consentimiento.

Las personas jurídicas no son responsables en los casos en que las personas naturales indicadas en el primer párrafo hubiesen cometido los delitos previstos en el artículo 1, exclusivamente en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica”.

Se contempla en el art. 12 una eximente privativa de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica:

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

Aquí ya podemos apreciar una diferencia esencial con los modelos de responsabilidad vicarial o del principal expuestos previamente: la organización es la referencia del cumplimiento. El modelo ha de estar no sólo adoptado, sino también implementado en la organización con anterioridad a la comisión del delito.

No se puede silenciar, en todo caso, que la ley ha sido reformada, adoptando un modelo como el que se ha denominado de responsabilidad del principal cuando el delito es cometido por alguna persona situada en una posición apical⁴¹:

⁴¹ De tal manera que ha sido bautizada por CARO CORIA, DINO CARLOS/RUIZ BALTAZAR, CARMEN ELENA en *La Ley Compliance penal* n° 14 (Tercer Trimestre de 2023) como “La contrarreforma de la ley de responsabilidad penal de la persona jurídica”.

“Es inaplicable la referida eximente cuando el delito es cometido por los socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados, con capacidad de control de la persona jurídica; en este caso, el juez únicamente impone la medida administrativa de multa, la que puede ser reducida hasta en un noventa por ciento”.

En estos casos el modelo se convierte en un modelo vicarial impuro, por lo que convive este modelo cuando las personas que cometen el delito tienen “capacidad de control de la persona jurídica” con un modelo de autorregulación preventiva cuando las personas sometidas a la autoridad y control de las personas mencionadas anteriormente cometan el delito “bajo sus órdenes o autorización”. Estamos ante un modelo mixto⁴², que le gusta propugnar a la OCDE para el delito de corrupción pública en actividades económicas internacionales⁴³.

La “implementación del modelo de prevención” es regulado en el art. 17 que, a su vez, tiene un reglamento de desarrollo (Decreto Supremo nº 002-2019-JUS)⁴⁴:

“17.1. La persona jurídica elabora su modelo de prevención en base a su perfil de riesgo que identifica y evalúa los riesgos inherentes y residuales, conforme a su tamaño, naturaleza, características y complejidad de sus operaciones.

17.2. El modelo de prevención debe contar con los siguientes elementos mínimos:

⁴² Este es un modelo que está siendo propugnado por la OCDE y que debe generar preocupación por la capacidad de influencia de esta organización. Se puede apreciar también en el art. 4 de la Ley 9.699 de Costa Rica del año 2019. Si bien en su redacción original sólo se excluía la responsabilidad si las personas físicas “hubieran cometido el delito en ventaja propia o a favor de un tercero, o si la representación invocada por el agente fuera falsa”, se añadieron posteriormente en 2023 los supuestos en los que las personas físicas “hubieren eludido fraudulentamente el modelo de organización, prevención y detección de delitos, gestión y control”, pero no por representantes legales y directivos (vía apical), sino solo en los casos de subordinados o intermediarios. La adopción e implementación con eficacia del modelo antes de la comisión del delito en los supuestos de representantes legales y directivos sólo está contemplada como circunstancia atenuante de la responsabilidad (art. 12). Sobre los antecedentes de la ley costarricense y la influencia de la OCDE para su aprobación vid. CHIRINO SÁNCHEZ, ERIC ALFREDO, *Estudios Penales y Criminológicos* 43 (2023), pp. 1 ss. La ley costarricense y la peruana han seguido evoluciones contrapuestas para llegar a un punto similar.

⁴³ Vid. en este sentido las críticas a la regulación española que no ha asumido esta diferenciación en el Informe del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre Cohecho en las Transacciones Comerciales de 2022: *Phase 4 Report: Spain. Implementing the OECD Anti-Bribery Convention* de 8 de diciembre de 2022, apartado C.b. (*Exención de responsabilidad bajo el régimen de 2015*), señalando que la Recomendación de la OCDE de 2021 establece que cuando una persona del máximo nivel de gestión comete soborno la persona jurídica debe responder, siendo irrelevante si disponía de un programa de cumplimiento (Modelo de organización y Gestión). Manifiesta dicho informe que, según las recomendaciones de la OCDE, sólo debería afectar a la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando se trata de un delito cometido por un subordinado. Estas ideas parten erróneamente de la ya criticada identificación entre la persona jurídica y sus representantes.

⁴⁴ En los arts. 12 ss. del reglamento se desarrolla la identificación, la evaluación, el análisis y la mitigación de riesgos en la regulación más detallada y afin a los estándares internacionales en materia de *Compliance* en lengua española.

17.2.1. Un encargado de prevención, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda, que debe ejercer su función con autonomía. Tratándose de las micro, pequeña y mediana empresas, el rol de encargado de prevención puede ser asumido directamente por el órgano de administración.

17.2.2. Acciones de mitigación de riesgos identificados.

17.2.3. Implementación de procedimientos de denuncia.

17.2.4. Difusión y capacitación periódica del modelo de prevención.

17.2.5. Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.

17.3. La persona jurídica, en el ejercicio de su autorregulación, puede implementar o incorporar a su modelo de prevención, cualquier otro elemento conforme a su perfil de riesgos y diseñar los mecanismos que resulten necesarios. En el caso de la micro, pequeña y mediana empresa, el modelo de prevención será acotado a su naturaleza y características”.

Los procedimientos de denuncia son entendidos como un mecanismo más de prevención o control, en la línea, por ejemplo, del art. 26 bis de la ley administrativa 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo de España. Los parentescos son evidentes, por lo que es como si la opción político-criminal por un modelo preventivo consistiera, en esencia, en extender la normativa de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo a otras actividades delictivas como la corrupción. Esto nos da una pista de que no estamos hablando en sentido estricto de responsabilidad penal por el delito, sino de responsabilidad por no prevención del delito o por no colaborar eficazmente con el Estado en la prevención del delito. Un indicador de que no se trata de responsabilidad por un injusto penal es que la determinación de las sanciones en el modelo peruano no está determinada principalmente por la gravedad del delito cometido, con independencia de que en el art. 14 uno de los criterios sea *“la gravedad del hecho punible”*.

Otro indicador de que se trata de responsabilidad puramente administrativa donde lo que se sanciona es no tener un modelo de prevención adecuado sin que exista responsabilidad por el delito es que en el art. 18 que regula la *“emisión del informe técnico sobre el modelo de prevención”* se contempla que:

“El fiscal para formalizar la investigación preparatoria, siempre que la persona jurídica alegue contar con un modelo de prevención, debe contar con un informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) que analice la implementación y funcionamiento del modelo de prevención con relación al delito imputado a la persona natural”⁴⁵.

⁴⁵ Vid. Resolución SMV N° 006-2021-SMV/01 de 29 de marzo de 2021, que aprueba los *“Lineamientos para la Implementación y Funcionamiento del Modelo de Prevención”*. Sobre este informe técnico y su relevancia procesal, GARCÍA CAVERO, PERCY, (nota 40), pp. 12 ss.

Es cierto que la actuación del fiscal ya no depende de la SMV como en la versión original, pero se trata sin duda de un fuerte componente de administrativización. Especifica este precepto que *“al momento de elaborar el informe técnico se tienen en cuenta los estándares internacionales sobre el modelo de prevención y las buenas prácticas en el gobierno corporativo”*. No se trata tanto de responsabilizar a la persona jurídica por un delito concreto, sino de valorar si cumple con un estándar. Sobre ello es sobre lo que tendría que informar la SMV.

En el art. 30 del reglamento aparece una referencia a la “cultura organizacional” que establece la orientación prioritaria del modelo de prevención: *“fomento de una cultura de confianza, integridad y de cumplimiento normativo, en todos los niveles de la persona jurídica, por sobre un enfoque represivo y de excesivo control”*. Y es de destacar que entre los elementos mínimos del modelo de prevención se recogen en arts. 32 ss. elementos de un sistema integral de gestión del cumplimiento que van más allá de la prevención como *“la implementación de procedimientos que garanticen la interrupción o remediación rápida y oportuna de riesgos”* donde se hace referencia a investigaciones internas o medidas disciplinarias y/o sanciones como *“actividades de respuesta”* y se especifica que éstas *“contemplan también que los hechos presuntamente delictivos sean puestos en conocimiento de las autoridades competentes”*.

Tales referencias generan dudas en el intérprete sobre el efecto de la eximente cuando, si bien existen déficits preventivos, la propia persona jurídica detecta el delito y reacciona adecuadamente a dicho descubrimiento como en nuestro ejemplo de partida.

La regulación peruana aporta un supuesto paradigmático de integración de los estándares internacionales sobre Sistemas de gestión de *compliance* penal en el ordenamiento jurídico, pero, en mi opinión, se pueden identificar dos deficiencias:

- A) La distinción entre efectos eximentes y atenuantes dependiendo exclusivamente de si la persona física que comete el delito tiene capacidad de control de la organización.
- B) No se termina de desarrollar un modelo claro sobre las consecuencias de implantar un sistema eficaz y robusto de gestión del cumplimiento de la legalidad penal si se comprueban déficits preventivos. Se puede argumentar que, si el reglamento concreta las exigencias no limitándose a la prevención, sino también a la detección y la reacción, éstas deberían tener relevancia para valorar la eficacia y robustez global del modelo más allá de los defectos preventivos. Pero aquí ya entramos en las posibilidades interpretativas del sistema y en terreno inseguro. Un especialista como Percy García Caveró⁴⁶ pone de manifiesto como, si bien en el reglamento *“las acciones de mitigación no se circunscriben a medidas de prevención de delitos, sino que también*

⁴⁶ (Nota 40), pp. 9 s.

abarcan aquellas dirigidas a la detección de los delitos que no se han podido prevenir para evitar la continuidad de sus efectos lesivos”, la ley por su parte establece “que, para gozar de la exención de pena, el modelo de prevención debe contar con medidas de vigilancia y control idóneas que le permitan a la persona jurídica prevenir los delitos o reducir significativamente el riesgo de su comisión”. Este desajuste lleva a García Caveró a afirmar que “podría concluirse entonces que, si bien las acciones de mitigación incluyen medidas de prevención del delito y medidas de neutralización de sus efectos lesivos, la idoneidad del modelo de prevención de cara a la obtención del beneficio de la exención de sanción se circunscribe únicamente a las medidas de prevención”. En todo caso, otra interpretación más amplia teniendo en cuenta el desarrollo reglamentario significaría que ya no estamos ante un modelo preventivo puro en el que el cumplimiento se reduce a la prevención y es discutible que el reglamento pueda modificar el modelo legal teniendo en cuenta el sistema de fuentes. Existe, pues, inseguridad sobre si no cumplir con un estándar preventivo supone ya responsabilidad, aunque la corporación haya detectado por sí misma los déficits y haya reaccionado adecuadamente.

La regulación más reciente de un modelo preventivo de las características que estamos exponiendo se puede encontrar en Chile⁴⁷. La ley 21.595 de delitos económicos, que se ha convertido en una referencia en el debate político-criminal sobre los delitos económicos, reformó 14 años después una de las leyes pioneras en Sudamérica: la ley n° 20.393, reforma que acaba de entrar en vigor el 1 de septiembre de 2024. Se trata de un texto que abarca todos los aspectos sustantivos, procesales, de determinación de las sanciones para personas jurídicas y de su ejecución. El art. 3 de la ley reformada recoge los presupuestos de esta clase de responsabilidad penal. Establece que una persona jurídica será responsable por un delito económico, siempre que haya sido

“perpetrado en el marco de su actividad por o con la intervención de alguna persona natural que ocupe un cargo, función o posición en ella, o le preste servicios gestionando asuntos suyos ante terceros, con o sin su representación, siempre que la perpetración del hecho se vea favorecida o facilitada por la falta de implementación efectiva de un modelo adecuado de prevención de tales delitos, por parte de la persona jurídica”.

También se establece responsabilidad en relación con otra persona jurídica *“siempre que ésta le preste servicios gestionando asuntos suyos ante terceros, con o sin su representación, o carezca de autonomía operativa a su respecto, cuando entre ellas existan relaciones de propiedad o participación”*, pero los requisitos materiales serían los mismos. Llama la atención la definición en coincidencia con la ley pe-

⁴⁷ Vid. por muchos, ARTAZA VARELA, OSVALDO, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en NAVAS MONDACA, IVÁN (Dir.), *Derecho Penal Económico. Parte general*, Valencia, 2024, pp. 279 ss.

ruana del modelo de prevención como adecuado⁴⁸ (no, por ejemplo, como eficaz en términos que utilizan otras regulaciones como la mexicana) que también se suele incorporar a las normas europeas sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad⁴⁹. Pero, a diferencia de la ley peruana, que se refería a “*un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características*”, la ley chilena carece de un referente expreso para la adecuación. Se podría entender, por ejemplo, que la adecuación debe ir referida al tamaño, características y complejidad de la organización o bien a las mejores prácticas existentes (adecuación a un estándar técnico). Pero tales hipótesis no parecen compatibles con el art. 4 de la ley donde se define que el modelo de prevención de delitos es adecuado para los efectos de eximir la responsabilidad penal cuando en la medida exigible a su objeto social, giro, tamaño, complejidad recursos y a las actividades que desarrolle, considere seria y razonablemente una serie de aspectos. Por esta razón, atendiendo a la lógica del modelo, me da la impresión de que el juicio de adecuación debe ir referido a los medios elegidos para gestionar los riesgos⁵⁰. De esta manera, al igual que sucede con los deberes de diligencia en los delitos de insolvencia⁵¹, la empresa tendrá que justificar en el marco de la investigación de fiscalía o del procedimiento

⁴⁸ El art. 9 de la ley 27.401 que establece en Argentina el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas también hace referencia a un “*sistema de control y prevención adecuado*”.

⁴⁹ Así, la Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad establece en su Considerando 19 que “*La empresa debe adoptar las medidas adecuadas aptas para alcanzar los objetivos de diligencia debida tratando efectivamente los efectos adversos de manera que guarde proporción con el nivel de gravedad y la probabilidad de los efectos adversos. Deben tenerse en cuenta las circunstancias del caso concreto, la naturaleza y la extensión de los efectos adversos y los factores de riesgo pertinentes, en particular en la prevención y minimización de dichos efectos, las particularidades de las operaciones comerciales de la empresa y su cadena de actividades, el sector o la zona geográfica en la que operen sus socios comerciales, el poder de la empresa para influir en sus socios comerciales directos e indirectos y las posibilidades de la empresa para aumentar su poder de influencia*”.

Añade en el Considerando 40 que “*Por el término «medidas adecuadas» se entienden las medidas capaces de lograr los objetivos de diligencia debida abordando de forma efectiva los efectos adversos de un modo proporcional al nivel de gravedad y la probabilidad de efecto adverso, que esté razonablemente al alcance de la empresa, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, en particular la naturaleza y el alcance del efecto adverso y los factores de riesgo pertinentes*”.

⁵⁰ En este sentido, el art. 31 bis CP español señala con respecto a los modelos de organización y gestión para excluir la responsabilidad penal que en la modalidad apical deben incluir “*las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*”. En la modalidad de los subordinados, en una línea muy parecida a la regulación chilena, se hace referencia a “*un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*”.

Cuando regula las atenuantes se refiere, sin embargo, a “*medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica*” (art. 31 quater d)). Urge en el Código Penal español una homogeneización de términos.

⁵¹ El art. 463 CP chileno se refiere a una “*administración racional*”.

la identificación de riesgos llevada a cabo y las decisiones que adoptó con respecto a dicha identificación. No hay un estándar jurídico —aunque el técnico sea un indicio— de cómo gestionar diligentemente los riesgos, por lo que la representación de la persona jurídica tendrá que exponer el método y procedimiento que ha empleado para que el juez valore si se adapta a las exigencias del ordenamiento jurídico. Un modelo de prevención adecuado sería el que se ha adoptado e implantado de forma seria y razonable atendiendo a las características de la organización. La referencia en el art. 4 a que se hayan considerado con seriedad y de forma razonable una serie de aspectos en la prevención de los riesgos demuestra que lo que importa es el cómo lo ha llevado a cabo la organización. Evidentemente, lo que importa no es si los documentos que se aportan son adecuados, sino el modelo *en acción* (lo que queda claro con la referencia a “*implementación efectiva*”).

Llama también la atención de la desaparición de la referencia al interés o provecho de la persona jurídica⁵². Simplemente se añade en un último párrafo que “*lo dispuesto en este artículo no tendrá aplicación cuando el hecho punible se perpetre exclusivamente en contra de la propia persona jurídica.*”. En este sentido la reforma chilena marca una peculiaridad en derecho comparado⁵³, de acuerdo con una cuestión que había sido bastante discutida por la doctrina penal chilena. En un modelo preventivo es una decisión que tiene toda la lógica.

También es de destacar que no se realizan distinciones en función de la posición de la persona física que comete el hecho delictivo dentro de la organización. En coherencia con ello en todos los supuestos se entiende que la implantación efectiva de un modelo de prevención de delitos exime de responsabilidad (art. 4) sin establecer distinciones:

“Se entenderá que un modelo de prevención de delitos efectivamente implementado por la persona jurídica es adecuado para los efectos de eximirla de responsabilidad penal cuando, en la medida exigible a su objeto social, giro, tamaño, complejidad, recursos y a las actividades que desarrolle, considere seria y razonablemente los siguientes aspectos:

- 1. Identificación de las actividades o procesos de la persona jurídica que impliquen riesgo de conducta delictiva.*
- 2. Establecimiento de protocolos y procedimientos para prevenir y detectar conductas delictivas en el contexto de las actividades a que se refiere el número anterior, los que deben considerar necesariamente canales seguros de denuncia y sanciones internas para el caso de incumplimiento.*

⁵² Una exposición de cómo se había venido aplicando este precepto por la jurisprudencia chilena en NAVAS MONDACA, IVÁN/JAAR LABARCA, ANTONIA, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena”, *Polít. Crim.* Vol. 13, N° 26 (Diciembre 2018), pp. 1036 ss.

⁵³ Las tradicionales consecuencias accesorias (Perú, España, Panamá) tampoco contemplaban tales referencias. En el texto me estoy refiriendo a los nuevos modelos de responsabilidad penal de personas jurídicas o los modelos impulsados por la OCDE.

Estos protocolos y procedimientos, incluyendo las sanciones internas, deberán comunicarse a todos los trabajadores. La normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos sus máximos ejecutivos.

3. Asignación de uno o más sujetos responsables de la aplicación de dichos protocolos, con la adecuada independencia, dotados de facultades efectivas de dirección y supervisión y acceso directo a la administración de la persona jurídica para informarla oportunamente de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido, para rendir cuenta de su gestión y requerir la adopción de medidas necesarias para su cometido que pudieran ir más allá de su competencia. La persona jurídica deberá proveer al o a los responsables de los recursos y medios materiales e inmateriales necesarios para realizar adecuadamente sus labores, en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica.

4. Previsión de evaluaciones periódicas por terceros independientes y mecanismos de perfeccionamiento o actualización a partir de tales evaluaciones.”

Si bien existen parentescos con la regulación peruana expuesta previamente, la principal diferencia es que los deberes de control, vigilancia y supervisión ya no son personales, girando definitivamente la regulación chilena hacia una perspectiva más organizativa desvinculada de deberes a cumplir por personas concretas. De esta manera queda claro que lo relevante no es la omisión personal de deberes, sino la omisión de un modelo eficaz implantado de forma adecuada (con rigor y seriedad). Y ya no se exige expresamente que el modelo evite o prevenga el delito, sino simplemente que lo favorezca o facilite: *“la perpetración del hecho se vea favorecida o facilitada por la falta de implementación efectiva de un modelo adecuado de prevención de tales delitos, por parte de la persona jurídica”*. Esto debe entenderse como que el delito no se haya visto dificultado. En este sentido se podía hacer una cierta comparación con la “teoría de la disminución o reducción del riesgo” en la comisión por omisión, como correlato del “incremento del riesgo” en los delitos activos. Es decir, se tiene que acreditar que con un modelo preventivo adecuado habría sido más difícil cometer el delito o al infractor le hubiera supuesto un mayor esfuerzo. No hace falta que la condena a la persona jurídica pase por acreditar que un modelo preventivo adecuado habría evitado con seguridad la comisión del delito individual. Esto forma parte de la lógica de un modelo más organizativo que se basa en una gestión de riesgos a largo plazo y no en un déficit puntual.

Por las razones expuestas hasta aquí no creo que haya que entender el modelo chileno como una forma de participación en el delito de la persona física. La referencia de la ley a *“la perpetración del hecho se vea favorecida o facilitada por la falta de implementación efectiva de un modelo adecuado de prevención de tales delitos”* quiere resolver el problema práctico ya expuesto: basta para la responsabilidad penal de la persona jurídica la constatación de que el modelo no estaba bien implementado y que una implementación efectiva de un modelo adecuado de prevención habría hecho más difícil o habría exigido mayores esfuerzos para la comisión del delito, pero sin necesidad de comprobar o tener que probar con seguridad que lo habría evitado. La

referencia a la facilitación o favorecimiento quiere excluir que la persona jurídica se pueda ver exonerada de responsabilidad en aquellos casos en los que no se pueda probar que una “organización correcta” habría evitado el resultado (“organización alternativa preventivamente adecuada”). Esta es una cuestión que ya se está planteando en ciertas jurisdicciones como la italiana. Como ya señalé previamente, los modelos preventivos pueden optar por diversas fórmulas para constatar la relación entre el déficit preventivo de la organización y el delito individual concreto. Esta es una de las grandes cuestiones político-criminales que tiene que afrontar cualquier modelo que no sea de hetero-responsabilidad. Reitero que considero un error establecer equivalencias estructurales entre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los delitos de resultado imprudentes o culposos. No tiene nada que ver la decisión de si una persona jurídica es responsable de un delito de cohecho con la imputación de una muerte a una conducta descuidada. La relación entre delito y organización presenta características diferentes a la relación entre resultado y conducta creadora de un riesgo. En el primer caso se trata de responsabilización por un delito cometido por otro y en el segundo de determinar si el resultado forma parte de la conducta infractora de la norma. Por esa razón es lógico, como ya he señalado, que un modelo que no se basa en un defecto puntual o personal no exija constatar que el modelo alternativo adecuado habría evitado con seguridad o con una seguridad rayana en la certeza la comisión del delito. Dicho de forma sencilla: El legislador chileno no quiere que una persona jurídica que no ha adoptado un modelo adecuado de prevención se vea absuelta porque no se ha podido probar con la certeza necesaria que el modelo adecuado habría podido evitar el delito.

III.4. Valoración.

Las tendencias político-criminales actuales apuntan como mejor opción a que lo que he denominado modelos preventivos tengan como referencia no un defecto puntual, sino la gestión de los riesgos de la organización a largo plazo. La referencia doctrinal al defecto de la organización en términos similares al tratamiento de la infracción de la norma de cuidado parece más bien una concepción que se debe entender históricamente como una transición hacia modelos más organizativos basados en la auto-regulación.

La cuestión relativa a que lo relevante no es una omisión puntual, sino que en la responsabilidad penal de las personas jurídicas lo relevante es el mantenimiento de la gestión o del modelo defectuoso a lo largo del tiempo se ha buscado legitimar mediante diversas referencias. Así, por ejemplo, Nieto Martín añadió en 2008 a la idea original de Tiedmann de la “culpabilidad por defecto de organización” que el defecto preventivo o de autorregulación tiene que ser permanente o, mejor dicho, estructural⁵⁴; otros autores han hecho referencia a la “culpabilidad por conducción

⁵⁴ (Nota 31), pp. 38 ss.

de la organización”⁵⁵. Pero con ello más que un fundamento normativo de la responsabilidad se está poniendo de manifiesto que la responsabilidad penal de la persona jurídica no tiene que ver con una decisión concreta, sino con la gestión de los riesgos de la organización a lo largo del tiempo. En esta línea están evolucionando los modelos preventivos a nivel legislativo. Quien no se dé cuenta de esta evolución, tendrá difícil entender las tendencias más actuales en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas.

El Estado tiene toda la legitimidad para implantar en un sistema jurídico mecanismos de derecho público que ayuden a la prevención de delitos en organizaciones o en el ámbito empresarial. Pero esto no es suficiente para poder definir el incumplimiento de tales expectativas como genuina responsabilidad penal. Cuando la persona jurídica no es, en realidad, responsabilizada del delito, sino meramente de no haber activado mecanismos para la prevención de delitos estaremos ante una responsabilidad de tipo administrativo (en este caso me parece jurídicamente impecable la decisión del ordenamiento peruano o de otros ordenamientos como el colombiano⁵⁶) o policial. No estamos ante una sanción por ser responsable del delito, sino por no haber activado mecanismos de prevención. Si el modelo del principal presenta una impronta civilista con criterios como el *respondeat superior*, el modelo de la prevención obedece a una lógica administrativa o policial, que puede ser tan eficiente como el derecho penal para proteger bienes jurídicos (o, incluso, más). Nieto Martín coincide en que en este modelo que define como “*modelo de autorregulación preventiva eficiente*” “*la sanción debe estar ubicada prioritariamente en el derecho sancionador administrativo*”⁵⁷. Por consiguiente, si hemos criticado

⁵⁵ HEINE, GÜNTHER, (nota 25), pp. 248 ss. HEINE trabajó en profundidad la idea de que las perturbaciones en el ámbito del Derecho Penal de empresa no se pueden reconducir en muchas ocasiones a una decisión puntual, sino que se corresponden con un déficit en la gestión de riesgos de larga duración, si bien se centró en procesos de tipo tecnológico relacionados con riesgos medioambientales o catastróficos, lo que supone uno de los principales déficits de su construcción. Si el objetivo de las sanciones es un *management* más responsable de los riesgos, el objeto de la imputación es un *management* defectuoso de riesgos a largo plazo. Esa diferente dimensión temporal es lo que intenta destacar HEINE. Me remito a mis críticas en FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, “Autorregulación y Derecho penal de la empresa: ¿Una cuestión de responsabilidad individual?”, ARROYO JIMÉNEZ, LUIS/Nieto MARTÍN, ADÁN, *Autorregulación y sanciones*, 2ª ed., Navarra, 2015, pp. 210 ss. y *La estabilización normativa como función del Derecho Penal*, Santiago de Chile, 2021, pp. 129 ss., con ulteriores referencias.

⁵⁶ Una exposición de los mecanismos previstos en el Derecho colombiano respecto a personas jurídicas involucradas en contextos delictivos, CADAVID QUINTERO, ALFONSO, “De nuevo: la responsabilidad penal de personas jurídicas desde el Derecho colombiano”, en ONTIVEROS ALONSO, MIGUEL (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Ciudad de México 2022, pp. 366 ss.

⁵⁷ “La autorregulación preventiva de la empresa como objeto de la política criminal”, *Estudios de Derecho Penal homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, Madrid y otras, 2017, p. 174. Al igual que sucede en Italia, en Perú un sector importante de la doctrina habla de “fraude de etiquetas” y considera que “*si a una persona jurídica se le sanciona por la comisión de un delito en el marco de un proceso penal por parte de un juez penal, esa sanción, aunque se califique formalmente de administrativa, será materialmente penal*” (por todos GARCÍA CAVERO, (nota 40), p. 2, con amplias referencias). La respon-

El Código Orgánico Integral Penal de Ecuador ante los modelos legislativos...

previamente el modelo del principal por su impronta iusprivatista, este modelo centrado en la prevención debería ser criticado por su impronta administrativista o policial

El segundo modelo expuesto, que adopta una perspectiva más organizativa, se puede definir como un modelo de autorresponsabilidad limitado, pero tiene el defecto de que a efectos de valoración de la responsabilidad penal de la persona jurídica desatiende aspectos importantes como la detección (funcionamiento de sistemas internos de información, investigaciones internas, etc.) y la reacción frente al delito (sanciones, acciones correctivas, etc.). Aunque estos aspectos puedan tener relevancia para atenuar la sanción, esto puede ser insuficiente. La mera prevención tiene un alcance limitado y no atiende a todos los aspectos relevantes para valorar el cumplimiento normativo. Se puede entender la prevención en un sentido amplio, como indican algunas regulaciones que introducen elementos en esta dirección y exigen controles de alto nivel (canales de denuncias, sanciones, etc.), pero esto parece indicar más bien una evolución hacia otro tipo de modelos como los que se expondrán en el apartado siguiente y que, en mi opinión, dan una vuelta de tuerca más en el sentido correcto a la idea de autorresponsabilidad.

En conclusión, si estamos obligados a elegir, es mejor un modelo basado en la prevención que un modelo basado en la responsabilidad del principal en sus diversas variantes porque estamos trabajando ya con una lógica de derecho público y no de derecho privado, pero eso no significa que se pueda hablar satisfactoriamente de una responsabilidad que se merezca el calificativo de penal y que implique la responsabilización de la persona jurídica por el hecho desvalorado como delito. Creo que recurrir en este caso a la imagen del delito imprudente o culposos puede servir para entender mejor esta objeción contra la aceptación extendida de la “culpabilidad por defecto de organización” como déficit de prevención. Existe en este contexto de legitimación un amplio acuerdo en entender que la gestión eficiente, adecuada o razonable de los riesgos de la organización sería algo equivalente al “riesgo permitido”, incluso aunque el riesgo se materialice en el resultado (en este caso, el delito individual). La idea de que no debe responder ni, por tanto, sufrir una pena el que ha creado riesgos de forma permitida tiene indudablemente un fondo correcto. El problema surge si vemos la cuestión desde el punto de vista de la fundamentación:

sabilidad civil derivada de delito no deja de ser responsabilidad civil aunque derive de la comisión de un delito y se sustancie en un proceso penal por parte de un juez penal. Lo que se pretende determinar en el texto es cuando un modelo obedece a una “lógica penal” o bien civil o administrativa o policial. Sobre el debate en Italia, De SIMONE, GIULIO, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Pisa, 2012, pp. 303 ss., 324 ss.; MONGILLO, VINCENZO, (nota 28), pp. 4 ss.; PELISSERO, MARCO, “La responsabilità degli enti,” en ANTOLISEI, FRANCESCO, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, 14ª ed., vol. II, 2018, pp. 813 ss., todos con ulteriores referencias. La *Relazione ministeriale* (informe ministerial) establecía en su punto 1.1 que «Con la conseguenza di dar luogo a la aparición de un tertium genus que combina los rasgos esenciales de los sistemas penal y administrativo en un intento de conciliar las razones de eficacia preventiva con las, aún más ineludibles, de máxima garantía».

¿Toda persona que crea de forma no permitida un riesgo es siempre culpable? ¿El que conduce a 60 km./h en una zona con límite de 50 km/h ha hecho todo lo necesario para ser culpable? ¿Podemos conformarnos para la culpabilidad con constatar que se ha creado un riesgo no amparado por el ordenamiento primario o el estándar técnico? Quien conteste negativamente estas preguntas se dará cuenta de que el modelo que he denominado preventivo encierra algo que no resulta satisfactorio. Desde el ámbito de la culpabilidad individual sería difícil admitir tales conclusiones que van en contra de todos los elementos que hemos desarrollado tradicionalmente en la teoría jurídica del delito como presupuesto de la pena. Un descuido preventivo no siempre es suficiente para responsabilizar a alguien de un hecho.

III.5. La solución de los casos.

En un modelo preventivo como el expuesto la persona jurídica podría responder tanto del caso expuesto (hay deficiencias en la gestión de los gastos de viajes), como de la variante propuesta. La persona jurídica sólo deja de responder si, a partir de la identificación de los riesgos de la organización, se ha adoptado un paquete de medidas adecuadas y razonables de prevención. Si se habían identificado en la organización riesgos de corrupción en los contactos con servidores públicos, parece que no es razonable ni adecuado que directivos en posiciones de alto riesgo tengan acceso a fondos sin control de los que pueden disponer con suma facilidad.

La conclusión, a partir de las dos variantes propuestas, es que no se discrimina entre casos diferentes una vez que se constatan fallos preventivos, llegando en tales casos a consecuencias prácticas similares que los supuestos de responsabilidad del principal, al menos que los modelos vicariales impuros como el ecuatoriano. Si el modelo legal de responsabilidad penal de personas jurídicas se centra exclusivamente en la prevención, no queda garantizado que la implantación de un robusto sistema de cumplimiento de la legalidad penal que no se reduzca a la prevención y sea más completo excluya la responsabilidad y, por tanto, evite la sanción si se detecta algún defecto preventivo. Sólo en la medida en la que el modelo se entienda de forma más amplia —no sólo como un modelo de prevención— las soluciones podrán acercarse a las del modelo que vamos a exponer a continuación, que me parece político-criminalmente más satisfactorio. Pero eso significa, en mi opinión, que el modelo preventivo ofrece mejores soluciones a medida que va perdiendo sus características esenciales y evoluciona hacia otro tipo de modelo más complejo. Tal como sucede con los modelos vicariales, que van paliando sus defectos a medida que se van haciendo menos vicariales y pierden su pureza como tales. Ello nos demuestra que se trata de modelos cuyos defectos se pueden corregir en cierta medida, pero cuya lógica encierra problemas tanto normativos y de legitimidad de partida como prácticos en cuanto a sus consecuencias que son insalvables.

IV. EL MODELO DE RESPONSABILIZACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA POR EL HECHO TÍPICO. EL PASO DEFINITIVO DE LA HETERO-RESPONSABILIDAD A LA AUTO-RESPONSABILIDAD.

IV.1. Descripción general del modelo.

Diversos ordenamientos han ido avanzando hacia un modelo donde la pena no se impone a la persona jurídica por no prevenir delitos, sino porque es responsabilizada por un hecho propio. La mera no-prevención quedaría relegada al derecho administrativo o al derecho de policía (por ejemplo, no es lo mismo una sanción administrativa por la infracción de la ley de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo que una pena por ser responsable de un delito de blanqueo). Una consecuencia natural es que se trata de modelos más exigentes en cuanto a la responsabilidad penal. En una lógica ya estrictamente jurídico-penal, no hay pena para la persona jurídica sin una responsabilidad propia por el hecho y la pena es proporcional a la gravedad del hecho y de la responsabilidad de la persona jurídica. Sólo bajo tal lógica es legítimo hablar de responsabilidad corporativa en sentido estricto y de delito corporativo (en el sentido de la teoría jurídica del delito) y pena corporativa. De esta manera las legislaciones que se pueden caracterizar bajo este tipo de modelo ofrecen criterios, por un lado, para identificar el hecho propio de la organización (qué riesgos de incumplimiento son propios de la organización por lo que su gestión es de su competencia o incumbencia) y, por otro, para excluir la responsabilidad, aunque los riesgos de incumplimiento se materialicen. En una lógica jurídica, esos mismos criterios sirven también para atenuar la pena (eximentes incompletas).

IV.2. Sólo deben responder las organizaciones con una cultura o una estructura defectuosa de cumplimiento de la legalidad penal.

Un buen ejemplo de un modelo de auto-responsabilidad se puede encontrar en el código penal español⁵⁸. Sobre todo, teniendo en cuenta la evolución desde su regulación original en 2010 hasta la actual tras la reforma operada mediante la LO 1/2015⁵⁹, enormemente influida por el decreto legislativo italiano de 8 de junio de 2001, n. 231. Merece la pena detenerse en esta evolución. La versión de 2010 no contemplaba exenciones o eximentes propias y autónomas de la responsabilidad

⁵⁸ Sobre mi fundamentación dogmática del modelo español vid. (nota 1), *passim*. Como consecuencia de mi concepción del Derecho Penal, no se trata de mera prevención de lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos, sino de responsabilizar a la persona jurídica de la puesta en entredicho de la norma penal. En sentido crítico con mi posición, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, "Reflexiones sobre el núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica", *Redepes* n° 2, pp. 24 ss.; GALÁN MUÑOZ, ALFONSO, (nota 22), pp. 25 ss.

⁵⁹ Un modelo idéntico al de 2015 ha sido incorporado en México por los Códigos penales de Yucatán (arts. 16 ss.) y de Quintana Roo (arts. 18 bis ss.).

para las personas jurídicas y todas las atenuantes tenían que ver con actuaciones postdelictivas⁶⁰. Con base en principios penales y constitucionales generales y la contemplación de una atenuante postdelictiva un sector doctrinal interpretábamos ya el modelo como de auto-responsabilidad⁶¹, tal como consagró posteriormente la reforma de 2015. Pero esta no era ni mucho menos la posición dominante⁶². El tenor literal de la ley proporcionaba ciertos argumentos para defender un modelo del principal o un modelo muy limitado de auto-responsabilidad, tal como defendía un sector doctrinal y la circular de la fiscalía general del Estado 1/2011.

La primera versión de 2010 sólo exigía en los casos de delitos cometidos por representantes legales o administradores que la acción se realizara en nombre y por cuenta de la persona jurídica y en su provecho. En el caso de las personas sometidas a la autoridad de éstos, que los representantes legales o administradores no hubieran ejercido el debido control. Se trataba de una responsabilidad de la persona jurídica enormemente vinculada a la actuación de los máximos responsables de la organización, bien por cometer directamente el delito o por incumplimiento de los deberes de control.

En la versión vigente a partir del 1 de julio de 2015 la exención de responsabilidad gira alrededor de la adopción y ejecución con eficacia de modelos de organización y gestión⁶³. Es de destacar que se especifica que dichos modelos han de incluir *“las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”* o se utiliza

⁶⁰ Al estilo del art. 11 del Código Penal portugués, con la diferencia de que éste hace referencia expresa a excluir la responsabilidad corporativa cuando el agente actúe en contra de órdenes o instrucciones expresas legítimas. Pero en realidad este supuesto sería un caso claro en el que no se puede afirmar que la actuación de la persona física debe entenderse como si fuera de la persona jurídica. La persona física no hace responder al principal porque se ha excedido de las facultades conferidas. La lógica sigue siendo vicarial basada en la representación.

⁶¹ BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL/FEIJOO SÁNCHEZ BERNARDO/ GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS, (nota 16, 1ª ed). Una de las atenuantes consistía en *“haber establecido antes del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”*. Se argumentaba que si las medidas *ex post facto* tenían efecto atenuante, su existencia *ex ante* debería tener un efecto más intenso, que sólo podía consistir en la exención de responsabilidad. La diferencia con la actual regulación ecuatoriana es que la eximente española era postdelictiva, mientras el art. 45.7 del Código de Ecuador hace referencia expresa en la atenuante a *“haber implementado, antes de la comisión del delito”*. Esto supone una decisión plasmada expresamente en la ley que no existía en la versión de 2010 del Código Penal español.

⁶² GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ L., *“La Huida de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”*, *Redepes* n° 3, *passim*.

⁶³ Los Códigos penales de los Estados de Yucatán y Quintana Roo los denominan *“modelos de organización, gestión y prevención”* dejando claro que son más que modelos de prevención, abarcando también la organización y gestión del cumplimiento normativo. No se trata de una solución extendida en Derecho comparado. Vid. por todos, NIETO MARTÍN, ADÁN, (nota 26), pp. 2 ss. Por esa razón he defendido la existencia de un *“modelo latino”* de características diferenciadas a ordenamientos como el estadounidense o el austriaco.

la expresión “*modelos de organización y de prevención*”⁶⁴, no sólo de prevención. No afirma la ley que los modelos consistan en las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos, sino que tales medidas son una parte integrante de los modelos. De hecho, se exige que el modelo debe tener componentes que ya no se reducen a la prevención como establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. Por consiguiente, no se trata de un mero modelo de prevención o se trata de un modelo que no se puede reconducir exclusivamente a la prevención de delitos⁶⁵. El cumplimiento no se agota

⁶⁴ Creo que la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 induce a error al afirmar que “(l)a reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal”. Con ello parece dar a entender que se refería al “debido control” sobre los subordinados que tenía que concurrir para que la persona jurídica respondiera por delitos de personas que no fueran representantes legales o administradores. Sin embargo, la mejora técnica afecta a todos los supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por lo que se podría entender que niega ya de partida que el modelo previo fuera un modelo vicarial (“(c)on ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial”) y entiende que existiría una exención de responsabilidad implícita que con la reforma pasa a ser desarrollada legalmente, tal como entendíamos un sector de la doctrina.

⁶⁵ El Código Penal Modelo para México; Ontiveros Alonso, Miguel (Coordinador); Tirant lo Blanch, México, 2025 (en prensa), tiene muchos puntos de contacto:

Artículo 27. (Responsabilidad penal de las personas jurídicas)

I. Las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos dolosos o imprudentes y, en su caso, de la tentativa de los primeros, de conformidad con las reglas de imputación establecidas en el artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

II. De conformidad con el último párrafo del artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el catálogo de delitos que pueden ser atribuidos a las personas jurídicas, se configura por cualquiera de los tipos penales contemplados en este Código, en las Leyes Especiales del fuero común o en las Leyes Generales.

Artículo 29. (Exclusión del delito organizacional)

La organización quedará excluida de responsabilidad penal si adoptó y ejecutó, antes de la comisión del hecho que la ley señala como delito, un programa de cumplimiento penal eficaz.

Artículo 30. (Elementos de un programa de cumplimiento penal eficaz)

Para excluir la responsabilidad penal a la organización, el programa de cumplimiento penal eficaz, señalado en el artículo 27 QUÁTER, deberá cumplir, como mínimo, con los siguientes elementos:

- I. Un diagnóstico de riesgos penales que identifique los delitos que deben ser prevenidos,
- II. Protocolos individualizados de actuación organizacional, con enfoque de prevención delictiva, que indiquen el método de toma de decisiones y la ruta para su ejecución,
- III. Modelos de capacitación del personal de la organización con enfoque en los protocolos señalados en la fracción II,
- IV. Esquemas de evaluación de capacidades del personal de la organización,
- V. Un canal de denuncias,
- VI. Un sistema de investigación criminal empresarial,
- VII. Un catálogo de sanciones con un procedimiento para su aplicación al interior de la organización,
- VIII. Un oficial de cumplimiento penal,
- IX. Un mecanismo de actualización del programa con base en lecciones aprendidas,
- X. Un esquema presupuestal anual para el debido funcionamiento del programa.

en la prevención. De esta manera la exención de responsabilidad contempla aspectos adicionales, por lo que se podría excluir la responsabilidad de la persona jurídica si los defectos preventivos quedan compensados con un funcionamiento global correcto del sistema o modelo de cumplimiento normativo⁶⁶.

IV.3. La solución de los casos.

En el modelo de autorresponsabilidad expuesto la persona jurídica de nuestro caso de partida tendría margen para hacer alegaciones sobre su cultura corporativa o estructura de cumplimiento de la legalidad penal y se podría practicar prueba sobre su sistema de gestión de *compliance* penal para llegar a la conclusión de si debe ser hecha responsable o no del acto de corrupción además de A⁶⁷.

⁶⁶ Combina elementos más heterogéneos el art. 9 de la Ley 27.401 Argentina, estableciendo un sistema especialmente exigente para la exención de pena, donde no es suficiente la implementación de un sistema adecuado con anterioridad al hecho que exigiera un esfuerzo para la comisión del delito, sino que, además, la persona jurídica tiene que haber investigado los hechos y ponerlos en conocimiento de las autoridades y devolver el beneficio indebido obtenido:

Exención de pena. Quedará eximida de pena y responsabilidad administrativa la persona jurídica, cuando concurran simultáneamente las siguientes circunstancias:

a) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna;

b) Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito;

c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido.

Vid. MONTEL, JUAN PABLO, "Apuntes sobre el nuevo régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho argentino", *En Letra: Derecho Penal*, Año IV, número 6, pp. 124 ss.

⁶⁷ Es de destacar que la jurisprudencia española ha reconocido a las personas jurídicas la posibilidad de alegar sobre su estructura o cultura de cumplimiento de la legalidad y su sistema de gestión de *Compliance* penal al amparo del principio de presunción de inocencia: SSTS 514/2015, de 2 de septiembre; 154/2016, de 29 de febrero; 221/2016, de 16 de marzo; 516/2016, de 13 de junio, con Auto aclaratorio de 28 de junio; 583/2017, de 19 de julio; 668/2017, de 11 de octubre; 123/2019, de 8 de marzo; 234/2019, de 8 de mayo; 534/2020, de 22 de octubre, con un resumen de pronunciamientos previos; 710/2021, de 20 de septiembre; 894/2022, de 11 de noviembre. Lleva a cabo una relación de sentencias y un resumen del cuerpo de doctrina que han creado, la STS 165/2020, de 19 de mayo. Por su parte, la Corte Constitucional italiana ha entendido que la acusación corre con la carga de la prueba de los elementos esenciales de responsabilidad como el defecto organizativo, con independencia de la posición en la organización de la persona que cometa el delito. Vid. MONGILLO, VINCENZO, (nota 28), con amplias referencias. Es decir, ambos altos tribunales exponen los elementos esenciales de la responsabilidad corporativa a los principios y garantías básicos del Derecho Penal y del Derecho Procesal.

Hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo español ya se ha pronunciado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en unas 150 resoluciones. La experiencia española demuestra como una posición garantista en la que se reconoce a las personas jurídicas derechos y garantías equivalentes a las personas físicas no está reñida con una práctica amplia que ha alcanzado ya a algunas de las mayores sociedades cotizadas españolas, que han tenido que acreditar la implantación de sistemas eficaces:

El Código Orgánico Integral Penal de Ecuador ante los modelos legislativos...

Si la persona jurídica se ha organizado como era exigible no tiene sentido la pena.

A diferencia de los modelos expuestos anteriormente, si no queda debidamente acreditada en el funcionamiento de la organización la falta de una estructura o cultura de cumplimiento con respecto al delito cometido la persona jurídica no responderá en el caso planteado, pero sí responderá en el caso de la variante propuesta.

Las soluciones divergentes propuestas para el caso planteado y su variante permiten apreciar como este modelo ofrece herramientas conceptuales para poder discriminar entre:

Caso Bankia: Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 4 de 11 de mayo de 2017. El sobreseimiento fue revocado posteriormente por la Sala de lo Penal (Sección 3ª) mediante Auto de 15 de septiembre de 2017, pero la sentencia fue absolutoria y ratificada por el Tribunal Supremo. Al quedar absueltas las personas físicas por inexistencia de hecho típico no cabía ya responsabilidad corporativa.

Caso Indra: Auto del Juzgado Central de Instrucción nº 6 de 23 de marzo de 2021, ratificado por Auto 405/2021, de 8 de julio, de la Sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Caso Repsol y Caixabank: Auto Juzgado Central de Instrucción nº 6 de 29 de julio de 2021, Auto de la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 51/2022, de 7 de febrero, que revoca el sobreseimiento por faltar diligencias, que, una vez practicadas, vuelven a dar lugar al sobreseimiento por el Juzgado Central de Instrucción mediante Auto de 2 de junio de 2022, ratificado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 3ª) mediante Autos 35 y 36/2023, de 30 de enero, especificando que en el momento de los hechos ambas compañías disponían de un Modelo de prevención de delitos que cumplía con los requisitos previstos en el art. 31 bis CP, *"aunque el riesgo de que el delito se haya producido pueda no haber sido evitado en este caso"*.

Caso BBVA: En el momento de estar escribiendo este trabajo he tenido conocimiento del Auto de acomodación de la causa a las normas correspondientes al procedimiento abreviado, frente al banco de 20 de junio de 2024 del Juzgado Central de Instrucción nº 6, lo que supone que la entidad será sometida a juicio oral como persona jurídica responsable si dicha resolución deviene firme (actualmente pendiente de recurso). En lo que interesa aquí, el Auto dedica más de 100 páginas a motivar por qué entiende que el BBVA carecía en el momento de los hechos de una *"cultura corporativa de respeto a la ley o cultura de cumplimiento"* así como *"un defecto estructural de la persona jurídica en sus mecanismos de prevención y control"* y no reunía los requisitos que exige el art. 31 bis desde la LO 1/2015, tras revisar el sistema de gestión de Compliance remitido por la defensa del BBVA. Lleva a cabo una valoración del funcionamiento real de dicho sistema y entiende que *"no puede calificarse de idóneo"* en relación con los hechos delictivos investigados. Este Auto demuestra que ciertas críticas de autores como GONZÁLEZ CUSAC, JOSÉ L., (nota 62) a la *"línea mayoritaria jurisprudencial"* española *"porque basta con presentar un programa de cumplimiento para que la mayoría de los "órganos judiciales declaren la exención ad limine del proceso, sin mayor evaluación judicial"* son injustificadas.

Incluso en casos en los que se ha concedido el sobreseimiento como los de Indra, Repsol o Caixabank no es cierto que se haya renunciado a *"un auténtico control judicial ex ante de la idoneidad de los programas"* y se haya declarado *"la exención ad limine de responsabilidad penal de la sociedad siempre que exhibe un programa de cumplimiento (...) desde el inicio de proceso y sin mayores verificaciones judiciales acerca de la validez efectiva del programa"*, bastando con que *"exhiban un programa en su primera declaración ante el juzgado de instrucción, para obtener el sobreseimiento"* ni que *"baste con presentar un programa de cumplimiento para obtener automáticamente y sin mayores comprobaciones la exoneración de responsabilidad en la primera fase de la investigación criminal"*. Se trata de una descripción injusta que no se corresponde con la realidad. Basta con leer los Autos que se citan donde el sobreseimiento a las personas jurídicas llega después de una extensa instrucción judicial.

- a) El caso de partida, en el que la persona jurídica dispone de un sistema de cumplimiento de la legalidad penal que, aunque presentaba algún defecto preventivo, ha permitido detectar y reaccionar adecuadamente frente a la infracción, y;
- b) la variante donde ha sucedido lo contrario: el modelo ha fallado en todos los aspectos y el cumplimiento no se ha gestionado de forma correcta. En la variante del caso la persona jurídica ha defraudado las expectativas existentes respecto a una empresa con vocación de cumplimiento de la legalidad.

La comparación nos permite ver cómo este modelo permite romper definitivamente la identificación entre individuo y organización que ha lastrado las regulaciones clásicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, diferenciando totalmente entre responsabilidad individual y responsabilidad corporativa. El delito de la persona física no es más que un presupuesto para la responsabilidad corporativa. Se abre así la posibilidad de desarrollar una teoría del delito corporativo de características diferentes a la teoría jurídica tradicional para personas físicas, ya no basado en la teoría de la acción, sino en la dinámica propia de las organizaciones. Se ha de excluir la responsabilidad penal de la corporación (no sólo la punibilidad⁶⁸) en aquellos casos en los que exista realmente un sistema o modelo de organización y gestión del cumplimiento de la legalidad penal eficaz y robusto. Esta conclusión debería poder ser adoptada en cualquier momento del procedimiento. No hace falta esperar al juicio si está claro desde un principio que la condena es imposible.

V. BALANCE Y PERSPECTIVAS DE FUTURO. ¿HACIA DÓNDE DEBERÍA EVOLUCIONAR LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ECUADOR?

V.1. Balance.

Los ordenamientos en lengua española y portuguesa han ido ofreciendo diversas soluciones que permiten comparar las consecuencias razonables o inaceptables de los diversos modelos. Con este objetivo se han categorizado tres modelos ideales que considero que permiten llegar a algunas conclusiones provisionales. La comparación realizada entre modelos político-criminales permite analizar su coherencia y sus resultados a la hora de resolver conflictos jurídicos concretos y puede aportar algo de luz en una cuestión de dimensiones tan complejas con el objetivo de auxiliar a legisladores y órganos de justicia a tomar decisiones.

⁶⁸ Como pretendía en España la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 y ha sido rechazado por la jurisprudencia. La Circular pretendía de esta manera actuar al estilo estadounidense manejando un criterio de oportunidad para ofrecer impunidad a cambio de colaboración. Este modelo en el actual contexto español es absolutamente rechazable. Apoya la posición de la fiscalía GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ L., (nota 62), p. 20.

El Código Orgánico Integral Penal de Ecuador ante los modelos legislativos...

Los modelos de responsabilidad del principal, como modelos de hetero-responsabilidad, tienen un evidente problema de supra-inclusión, por lo que resultan disfuncionales si lo que se quiere es promover el cumplimiento de la legalidad en las organizaciones. Acaban contemplando una sanción punitiva accesoria para toda persona jurídica vinculada o conectada con un delito, con independencia de cómo esté gestionada la organización para cumplir con el derecho. Pagan por igual justos y pecadores. En el caso propuesto, se castiga tanto a la empresa del ejemplo como de la variante a pesar de que existen notables diferencias entre ambos supuestos. Por tal razón estos modelos no estimulan a las organizaciones a colaborar con la legalidad, que debería ser, al menos, una de las aportaciones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En los modelos vicariales impuros como el ecuatoriano la existencia de un adecuado modelo de cumplimiento mitiga la sanción y, con ello, los problemas expuestos, pero no resuelve las deficiencias de fondo. Además, en esos casos el ordenamiento penal sólo podrá tener influencia en el funcionamiento de las organizaciones de conformidad con la ley si éstas llegan a la conclusión de que el ahorro de costes por la disminución de la sanción compensa las inversiones en materia de cumplimiento.

En los modelos mixtos, como el peruano o el costarricense, que excluyen de exoneración de responsabilidad en caso de delitos cometidos por los niveles directivos de la empresa, se siguen manteniendo, aunque sea parcialmente, los problemas de los modelos vicariales.

Los modelos preventivos logran paliar parte de estos problemas, pero no acaban de superar los problemas denunciados de supra-inclusión. Dichos problemas se van diluyendo a medida que se contemplan exclusiones propias y autónomas de la responsabilidad que tengan en cuenta no sólo la prevención de delitos, sino también una gestión global de riesgos penales que abarque su detección y la reacción adecuada tras su identificación.

La doctrina, cuando se encuentra con novedades de las dimensiones de las que estamos hablando, intenta buscar similitudes con lo conocido. Sin embargo, creo que es un error establecer para las organizaciones paralelismos o similitudes con estructuras de imputación para conductas individuales definiendo la responsabilidad de las personas jurídicas como una participación omisiva y/o imprudente en el delito de su miembro o integrante. Pueden servir, a lo sumo, como —inexactas— imágenes pedagógicas, pero no otorgan un fundamento material a la imposición de una pena a una persona jurídica. La responsabilidad penal de organizaciones con personalidad jurídica implica cambios en la forma de abordar los problemas. El cumplimiento de la legalidad en una organización no tiene mucho que ver con dejar que un farmacéutico venda una sustancia tóxica sin receta que es utilizada en un asesinato o que en una cantera no se vigile bien el depósito de explosivos.

V.2. Perspectivas de futuro.

De acuerdo con el balance previo, creo que el modelo ecuatoriano de responsabilidad penal de personas jurídicas debería alejarse de influencias civilistas y avanzar antes o después hacia la autorresponsabilidad. El cumplimiento normativo en las organizaciones no es una cuestión secundaria que se debe dejar para el final en el ámbito de la individualización de la sanción.

En esta búsqueda de caminos a recorrer creo que la tendencia político-criminal correcta pasa porque la ley despersonalice la gestión del riesgo adoptando una perspectiva organizativa de gestión de los riesgos de incumplimiento propios de la organización o de la actividad social. Las legislaciones deben abandonar una perspectiva individualizada del control, supervisión y/o vigilancia y adoptar una postura más organizacional. En este sentido valoro de forma positiva la reciente reforma de la ley chilena que acaba de entrar en vigor. Esa “despersonalización”, como ha hecho la ley chilena, debería tener como consecuencia que se exija simplemente que se favoreció o facilitó el delito⁶⁹, pero no que un sistema de gestión mejor o más eficaz habría podido evitar la comisión del delito. Si bien valoro adecuadamente estos aspectos de la ley que entró en vigor el pasado 1 de septiembre, no creo, sin embargo, que el modelo chileno sirva en todos sus aspectos como modelo de referencia. La razón es que entiendo como un déficit que no abarque —al menos de forma expresa— un sistema o modelo global de organización y gestión de los incumplimientos que comprenda no sólo su prevención, sino también su detección y respuesta frente a los mismos, de tal manera que lo decisivo sea si se ha gestionado de forma correcta el cumplimiento de la legalidad, incluso aunque se constate algún fallo preventivo. En este sentido me parece mejor un modelo de valoración amplio del modelo de organización y gestión como el español, pero donde los deberes de control, vigilancia y supervisión no residan personalmente en administradores y altos directivos (el nivel dirigente de la organización), sino en un modelo organizativo liderado por administradores y altos directivos como hace el modelo chileno. Ambos ordenamientos presentan tanto avances como deficiencias.

En mi opinión, una responsabilidad que se merezca el calificativo de penal debe sumar a la perspectiva organizativa de la gestión de riesgos de incumplimiento, la

⁶⁹ O que no se redujo significativamente el riesgo de la comisión del delito, como establece el art. 31 bis CP español con respecto a las medidas de vigilancia y control que forman parte de los modelos de organización y gestión. Son funcionalmente equivalentes la exigencia de un incremento del riesgo desde una perspectiva activa y de disminución del riesgo desde una perspectiva omisiva. Cuestión distinta es que en los ordenamientos que diferencian los requisitos en función de la persona que comete el delito se exija en la modalidad de los subordinados, como hace el art. 31 bis b) CP español, que el cumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control por parte de los superiores habrían podido evitar los hechos. Como señalo en el texto, creo de *lege ferenda* que este tipo de distinciones en los requisitos deberían desaparecer. Pero no se debe confundir que el superior hubiera podido evitar el delito con que el modelo implantado hubiera podido hacerlo. A esta segunda cuestión es a la que me refiero en el texto.

implantación de una estructura (complementaria del negocio), un sistema o un modelo de gestión del cumplimiento de la legalidad que abarque no sólo la prevención de delitos, sino también su detección y gestión con posterioridad a la detección. Como exigen la mayoría de los ordenamientos con referencias a una implantación o ejecución eficaz, no se trata de que el sistema o el modelo se encuentre recogido en documentos (aunque la información documentada sea importante en materia de *compliance*), sino de que se encuentren efectivamente implantados en la organización y determinen su funcionamiento cotidiano. Creo que esto es lo que se quiere poner de manifiesto con expresiones como “cultura o estructura de cumplimiento”⁷⁰. La cultura de cumplimiento es el resultado positivo de la implantación de estructuras, sistemas o modelos de cumplimiento. La prueba documental tiene un valor enormemente relativo y más bien indiciario en cualquier fase del procedimiento con respecto a esta cuestión.

En el mismo sentido organizativo, creo que los ordenamientos deberían abandonar las referencias individuales a la existencia de un oficial o responsable de cumplimiento penal o, incluso, de un órgano colegiado, siendo lo decisivo si existe una función o área corporativa que se encargue de supervisar y gestionar el cumplimiento penal (al igual que existen áreas que gestionan los temas fiscales, laborales o contables)⁷¹.

No se puede dejar de mencionar que la reforma chilena ha puesto sobre la mesa si es necesario un requisito habitual en derecho comparado como el del beneficio o provecho o del interés⁷². En el caso del vigente ordenamiento ecuatoriano el beneficio⁷³. Creo que, en la línea en la que se suele interpretar este elemento, lo relevante no es el beneficio económico, sino la alineación de intereses de la conducta delictiva

⁷⁰ En las doctrinas española e italiana la cuestión de si estos términos describen adecuadamente el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha protagonizado en gran medida el debate doctrinal. Vid. FELJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, (nota 12), pp. 61 ss., a favor; GALÁN MUÑOZ, ALFONSO, (nota 22), pp. 12 ss., en sentido crítico, ambos con ulteriores referencias.

⁷¹ Por las razones expuestas en el texto no creo tampoco que las legislaciones que distinguen dos vías de imputación (nivel dirigente y subordinados), deban exigir una dualidad de órganos de control. El cumplimiento normativo es una función unitaria para toda la organización, con independencia de que deba basarse en la identificación los riesgos de incumplimiento penal por procesos corporativos, diferenciar niveles de riesgo según el cargo o formar de manera individualizada en función de las competencias dentro de la organización.

⁷² Vid. art. 51 CP panameño desde la reforma del año 2015, aunque el beneficio sea tenido en cuenta para determinar la multa.

Críticas doctrinales en tiempos recientes a este elemento propugnando su desaparición en MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, (nota 29), p. 71; RAGUÉS I VALLÈS, RAMÓN, “La actuación en beneficio de la persona jurídica: razones para la eliminación de un requisito disfuncional en la atribución de responsabilidades penales”, *Redepc* n° 4, *passim*, con más referencias doctrinales en p. 30.

⁷³ Ya he señalado como supone algo excepcional en Derecho comparado que no sólo sea relevante el beneficio a la personas jurídica, sino también a sus asociados.

con los fines de la persona jurídica. No es correcta, por tanto, la idea de legitimar la pena en la compensación del beneficio de la persona jurídica, porque éste puede no existir. La compensación del beneficio no es la razón del castigo, aunque pueda ser relevante para el comiso de ganancias o la eliminación del enriquecimiento injusto. Creo, por el contrario, que la idea de que el delito debe estar alineado objetivamente con los fines o los intereses de la organización ayuda a discriminar los incumplimientos que son propios de la organización de aquellos que no lo son⁷⁴. Esto se ve claramente en el código penal español con los delitos contra la integridad moral (acoso laboral) o acoso sexual, que han pasado a ser relevantes para las personas jurídicas. Incluso tenemos un buen ejemplo en la reforma mediante la LO 4/2023, de 27 de abril, que ha introducido un delito consistente en ocultar de modo reiterado información a familiares o allegados sobre el paradero del cadáver de una persona (art. 173.1 CP) que, en principio, genera responsabilidad penal de personas jurídicas. No tiene sentido que todas las empresas implanten planes por si alguno de sus trabajadores tiene conocimiento del paradero de un cadáver. En un modelo puramente

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 89/2023, de 10 de febrero (Ponente Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura), Fundamento de Derecho Vigésimoquinto:

“En realidad, lo que el artículo 31 bis del Código Penal exige, como elemento indispensable para que pueda asentarse la responsabilidad penal de la persona jurídica, no es que la misma haya obtenido como consecuencia de los delitos cometidos en su nombre o por su cuenta un beneficio real, directo o indirecto, sino que aquellos hechos delictivos se cometieran “en beneficio” de la misma. Dicha exigencia se ha venido justificando desde perspectivas doctrinales muy diversas. En algún caso, su fundamento ha querido vincularse al propósito de restringir el conjunto de comportamientos con relación a los cuáles la persona jurídica tendría el deber de extremar sus controles internos de prevención. Se considera de este modo, que la organización no puede controlar cualquier acontecimiento que tenga lugar en el desarrollo de su actividad, entendiéndose como un razonable límite exigir únicamente que lo haga con respecto a las conductas que le son estructuralmente beneficiosas, quedando excluidas las que ningún beneficio podrían reportarle. Desde otras perspectivas, se ha venido entendiendo que la empresa tenderá a relajar sus controles con relación, precisamente, a aquellos comportamientos que pudieran reportarle beneficios, siendo precisamente ahí donde dichas prevenciones resultarán más necesarias. Y, en fin, también se han invocado consideraciones relativas a la teoría de la pena, observando que donde las conductas delictivas producidas en el seno de la organización se realizan “en beneficio o en interés” de ésta, es donde tendrá más sentido atribuirle responsabilidad penal, compensando de ese modo el enriquecimiento pretendido”.

Sobre la relevancia práctica del beneficio para la responsabilidad penal de las personas jurídicas vid. la reciente STS 298/2024, de 8 de abril, que anula la condena a unas personas jurídicas porque el delito no se habría cometido en su beneficio: *“El delito por el que se hace responsables a las personas jurídicas es una defraudación tributaria ligada al IRPF de 2012 de Norberto. El beneficio o interés de que habla el art. 31 bis CP ha de estar asociado al delito por el que se hace responsable penal a la persona jurídica: un beneficio que surgiría precisamente del delito, aunque no sea de forma directa. No basta que el beneficio aparezca de alguna forma relacionado con actuaciones anteriores que hayan revestido interés crematístico para la empresa. Es necesario que sea precisamente el delito el origen o causa, directa o indirecta, del beneficio. Si observamos desde esa perspectiva lo acaecido, tal elemento ha de negarse: ni aparece en el hecho probado, ni cabe intuir o imaginar en qué medida el fraude fiscal de Norberto ha podido beneficiar a cada una de esas Sociedades; o qué potencialidad para ello podía albergar”.*

policial-preventivo no hay problema en que los riesgos no sean propios⁷⁵. Todo lo que ayuda a la policía es relevante. Pero en un modelo de responsabilidad lo relevante es fijar criterios que conviertan el delito individual en un hecho propio de la persona jurídica. Entender como hecho propio todo delito de una persona vinculada a una organización en el que la persona jurídica no sea víctima me parece que se aleja de esta idea. La idea que me gustaría plasmar de forma general es que para fundamentar la responsabilidad de la persona jurídica por la comisión de un delito o varios el mero criterio de la vinculación funcional entre la actuación delictiva y la organización es insuficiente. Hace falta algún elemento adicional de contenido material. Si ese criterio puede residir en el alineamiento objetivo de delito e interés corporativo, como vengo sosteniendo, será también objeto de debate en los próximos años a la vista de las más recientes tendencias legislativas.

Los ejemplos mencionados nos indican que criterios como la vinculación funcional o el alineamiento objetivo del delito con los fines o los intereses de la organización sirven para identificar cuáles son los riesgos de incumplimiento propios de la organización, que son los únicos que deberían generar responsabilidad para la persona jurídica porque son los únicos que tiene sentido estabilizar su gestión mediante penas.

Como este trabajo se centra en la perspectiva española y latinoamericana, no puedo dejar de mencionar para terminar que creo que en el campo legislativo de la América de habla española y portuguesa se está entablando una pugna soterrada

⁷⁵ No considero, por tanto, que, como señala RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN, (nota 72), pp. 28 s., mi defensa se base en la “idea de fragmentariedad” que, en mi opinión, es un criterio para criminalizaciones concretas de la parte especial, sino que, a diferencia de él, no creo que lo decisivo sea la capacidad de prevención, sino de legitimación de la responsabilización. Como él mismo señala se trata de atribución de responsabilidad. Por el contrario, no se trata simplemente de lo que la persona jurídica esté en mejores condiciones de prevenir, sino de lo que puede ser hecha responsable. Por ejemplo, no se trata de si la persona jurídica podía haber prevenido un delito de información privilegiada por su cercanía, sino si es hecha responsable de un delito de información privilegiada y merecedora de pena por ello. Como he señalado en otros trabajos (—nota 1—, pp. 55 ss., con ulteriores referencias doctrinales y jurisprudenciales a favor y en contra), creo que hay que adaptar el criterio del beneficio al fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Lo relevante desde el punto de su responsabilidad no es que la persona jurídica obtenga un beneficio (ello debe ser relevante para el comiso de ganancias y en los ordenamiento que contemplen multas proporcionales al beneficio obtenido para determinar la correspondiente multa.). Lo relevante es que la comisión del delito esté objetivamente alineada con los intereses de la persona jurídica, más allá de que la persona física cometa el delito por cuenta o en nombre o representación de la persona jurídica. La expresión “en interés” propuesta por algún autor (ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL, “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo)”, *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Madrid, 2016, p. 700) y recogida en alguna legislación o “en defensa de los intereses de la persona jurídica” (art. 5 Código Penal belga) siempre que no se interprete desde la perspectiva interna o subjetiva del autor del delito puede servir para este objetivo y se amolda mejor a todas las modalidades delictivas que pueden generar responsabilidad penal para una persona jurídica.

entre dos visiones contrapuestas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Una tendría que ver con el modelo estadounidense de aplicación de la FCPA que la OCDE tiene interés en expandir⁷⁶. Este modelo tiene como objetivo simplificar la labor de la policía y de las autoridades penales⁷⁷. Los criterios son estrictamente pragmáticos como la utilidad y la eficiencia en la detección y persecución de delitos⁷⁸. El concepto clave es la colaboración o cooperación, de tal manera que se trata de presionar a las corporaciones a que colaboren para conseguir a cambio acuerdos de no persecución o de posposición de la persecución u otro tipo de beneficios. En este contexto la reacción de las personas jurídicas como las investigaciones internas no son más que una externalización por el Estado de labores policiales. Esta idea conlleva una grave erosión de las garantías constitucionales de los individuos que no tienen poder suficiente dentro de las organizaciones⁷⁹. Otra visión diferente a la que

⁷⁶ Recomendación del Consejo de la OCDE para Fortalecer la Lucha contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales del año 2021, con sus anexos. Defiende este modelo GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ L., (nota 62),, p. 20, entendiendo que la regulación sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe confluir *“con la normativa, recomendaciones y objetivos internacionales frente a la corrupción”*.

⁷⁷ En este sentido GÓMEZ TOMILLO, MANUEL (nota 17), p. 17 defiende que la razón procesal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas *“radica en la necesidad de facilitar la investigación de delitos cometidos en el seno de estructuras societarias complejas”*. Como ya he dicho, este es el modelo que, en realidad pretendía impulsar la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 y que ha sido rechazado por la jurisprudencia.

⁷⁸ Vid. en la segunda edición de la Guía de referencia en español preparada por la División Penal del Departamento de Justicia (DOJ) y la División de cumplimiento de la Comisión de Bolsa y valores de los EE. UU. (SEC) de julio 2020 (traducción marzo 2023), Capítulo 5 (*Principios rectores de Cumplimiento*), apartado sobre “Principios de Enjuiciamiento Federal de Organizaciones Comerciales del DOJ”, con varios ejemplos concretos de declinación del enjuiciamiento (<https://www.justice.gov/media/1283651/dl?inline>).

GARCÍA CAVERO, PERCY, “La eficacia del modelo de organización y gestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *La Ley compliance penal 2022* (version online), apartado 3, define de forma brillante estos modelos legislativos: *“En las legislaciones penales que asumen un sistema de heterorresponsabilidad, la pena a la persona jurídica se sustenta únicamente en la comisión, en su beneficio, de un delito por parte de su órgano o representante, por lo que se le negaría la posibilidad de eximirse de pena con el argumento de haber adoptado previamente un modelo de organización y gestión eficaz. Esta irrelevancia normativa estaría circunscrita, sin embargo, a la eficacia preventiva del referido modelo, pues no se descarta que su eficacia en la detección del delito cometido puede traer consigo una exoneración de la pena. En efecto, las legislaciones que acogen un sistema de heterorresponsabilidad para sancionar penalmente a la persona jurídica admiten la posibilidad de que ésta arribe a un acuerdo de no persecución con el Ministerio Público, si es que el delito cometido es detectado por ella misma y comunicado a las autoridades competentes. En este caso, la eficacia del modelo de organización y gestión estará referida a la detección del delito cometido por medio de investigaciones internas que le permitan recabar prueba suficiente con la que poder cerrar un acuerdo de colaboración con la Fiscalía. Se trata, como puede notarse, de una eficacia de detección ex post absoluta”*.

⁷⁹ Una demoledora exposición de la realidad estadounidense en TEJADA PLANA, DANIEL, *Investigaciones internas, cooperación y nemo tenetur: consideraciones prácticas nacionales e internacionales*, Navarra, 2020, especialmente, el apartado III sobre el caso *US v. Connolly* y cómo el *United States District*

me acojo pretende mantener en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas los principios y garantías básicos del derecho penal sustantivo y procesal, reconociendo que —guste más o menos— hay un nuevo actor en el escenario penal que es el corporativo. Para ello no hace falta afirmar que se trata de un sujeto igual, equivalente o similar a las personas físicas, basta con establecer una responsabilidad diferenciada. En este segundo contexto elementos como el modelo de prevención o las investigaciones internas⁸⁰ sólo cobran relevancia como mecanismos o herramientas de cumplimiento normativo. En ese segundo modelo de pensamiento la persona jurídica que no es responsable del delito por disponer de un modelo o sistema satisfactorio de cumplimiento de la legalidad penal debe ser absuelta (o sobreseída o archivada en fases previas del procedimiento) con independencia de que haya o no colaborado con el Estado. Puede haber responsabilidad con colaboración⁸¹ y exclusión de la responsabilidad sin colaboración. Es más, hay que asumir que fuera de la lógica vicarial la responsabilidad penal de las personas jurídicas no supone necesariamente un acicate para la colaboración, sino en muchos casos una limitación en virtud de los derechos y garantías que lleva implícita la intervención a través del derecho penal⁸². La colaboración puede fomentarse y contemplarse como una opción que reporte beneficios a la persona jurídica, pero no puede constituirse en el eje del sistema de responsabilidad corporativa ni, por tanto, de los requisitos para la exclusión de responsabilidad. Por dicha razón este trabajo ha versado sobre los criterios jurídicos para determinar y excluir dicha responsabilidad con independencia de lo útil o positiva que haya sido la colaboración o cooperación de la persona jurídica con las autoridades encargadas de perseguir delitos. Si sólo interesa esto segundo la teoría resulta superflua.

Court Southern District Of New York reprendió a la Fiscalía por la externalización total de sus labores investigadoras en el *Deutsche Bank*. Sobre la incompatibilidad de tal forma de proceder con las normas procesales y constitucionales españolas ALCÁZER GUIRAO, RAFAEL, “Dimensiones constitucionales de las Investigaciones Internas Corporativas: Expectativas de Privacidad en la Empresa e Ilícitud de la prueba Obtenida por Particulares”, *Redepes* n° 4, *passim*.

⁸⁰ Entendidas como un proceso profesional de determinación de hechos, iniciado por o para una organización, con el fin de establecer los hechos en relación con probables irregularidades, conductas indebidas o incumplimientos que tiene como objetivo que los responsables de una organización adopten decisiones informadas (ISO 37008: 2023, Guía sobre investigaciones internas en el seno de organizaciones). En ordenamientos como el español de autorresponsabilidad donde la persona jurídica tiene reconocidos derechos procesales equivalentes a las personas físicas, forma parte integrante del derecho de defensa. Cuestión distinta es cómo quiera utilizar la persona jurídica la información obtenida mediante dicha investigación.

⁸¹ Dejo aquí de lado la cuestión de los ordenamientos que regulan procesos por colaboración eficaz comunes para personas físicas y jurídicas como el art. 427 del Código Procesal Penal peruano.

⁸² Vid. arts. 409 bis y 786 bis LE CRim. Por regla general los modelos de heterorresponsabilidad o no penales de responsabilidad corporativa (Alemania) suelen conceder un margen menos amplio al derecho a la no auto-incriminación. De hecho la adopción por la jurisprudencia española de un modelo de auto-responsabilidad más que en cuestiones dogmáticas se ha basado en consideraciones procesales relacionadas con el principio de presunción de inocencia, el principio acusatorio, el derecho de defensa, etc.

No vamos a pecar de ingenuos creyendo que en futuros desarrollos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador no tendrá un peso importante la opinión tecnocrática de la OCDE. Pero no debemos olvidar que dicha organización internacional sólo está legitimada a exigir a los Estados una responsabilidad de las personas jurídicas por la corrupción de un agente público extranjero “*de conformidad con sus principios jurídicos*”⁸³ (art. 2 *Convenio OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales*).

⁸³ Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS/FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO/TEJADA PLANA, DANIEL, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas ante la Organización para la cooperación y el desarrollo económico”, *Redepes* n° 3.