

Capítulo 4
***Especialidades en materia
de circunstancias eximentes,
atenuantes y agravantes***

MARÍA SOLEDAD GIL NOBAJAS*

1. INTRODUCCIÓN

Este estudio tiene por objeto analizar el papel que pueden cumplir determinadas circunstancias para eximir, atenuar o agravar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, para afrontar una respuesta penal eficaz frente al fenómeno de la corrupción en general, y de la corrupción vinculada al crimen organizado transnacional en particular.

A este respecto hay que recordar que la corrupción no es un problema limitado a la actuación de uno o varios individuos; posee por el contrario una dimensión estructural en el que confluyen prácticas estatales y organizacionales, lícitas e ilícitas, que dotan a este fenómeno de sistematicidad en la realización de conductas prohibidas (Olasolo & Galain Palermo, en prensa: 8). Una Política Criminal que realmente aspire a ser eficaz debe, por tanto, superar una visión reduccionista del problema de algunas “manzanas podridas” (Berdugo Gómez de

* Profesora contratada doctora en derecho penal de la Universidad de Deusto. Licenciada con Diploma de especialidad económica y doctora en Derecho en la misma universidad. Sus principales líneas de investigación se centran en la criminalidad empresarial, corrupción privada y pobreza y Derecho penal. Ha realizado estancias de investigación en el Centro de Derecho Penal de la Universidad de Nanterre-París X (Francia) y en el Instituto de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Friburgo de Brisgovia (Alemania). ORCID: 0000-0001-5333-1127.

la Torre, 2019: 179) y tomar en consideración medidas que ataquen a su naturaleza estructural. En un contexto en el que las empresas son las principales artífices de la dimensión contextual de corrupción, el reconocimiento de su propia responsabilidad y el fomento de la cooperación constituyen elementos esenciales como mecanismos de prevención de aquella (Bacigalupo, 2017: 60-61). En este sentido, hace tiempo que desde distintos organismos internacionales se ha puesto de manifiesto la prioritaria necesidad de fortalecer la integridad empresarial para combatir el fenómeno de la corrupción, particularmente cuando esta se asocia al crimen organizado transnacional. Lo anterior no constituye únicamente un mecanismo de creación de valor de la empresa, sino que, en lo que se refiere a este estudio, tiene incidencia directa en el plano de una eventual imputación penal en contra de la persona jurídica. Según este planteamiento, un mejor funcionamiento del sistema represivo debe ser estimulado mediante el reconocimiento de los esfuerzos que las personas jurídicas lleven a cabo para ser “buenas personas jurídicas” (ONU, 2013: 32).

Alentar y premiar estos esfuerzos a través de una regulación de circunstancias eximentes y atenuantes para las personas jurídicas contribuye en esta dirección. Igualmente, no hay que olvidar que la corrupción en el marco de la delincuencia empresarial transnacional es un fenómeno delictivo reincidente (Castro Cuenca, 2017: 17), consecuencia directa de su naturaleza estructural, lo que se manifiesta en dinámicas y prácticas corruptas perpetuadas en el tiempo. Por lo que tan importante como estimular y premiar en el marco de la regulación penal de la responsabilidad de las personas jurídicas los esfuerzos encaminados al fomento de una cultura de cumplimiento de la legalidad, mediante la regulación de eximentes y atenuantes, es castigar con mayor dureza a aquellas en las que no se han llevado a cabo dichos esfuerzos o han fracasado.

En atención a lo anterior, a nivel doctrinal y legislativo es posible identificar distintas circunstancias que, bien mitigan parcial o totalmente dicha responsabilidad, bien la agravan. No obstante, en el marco que ciñe esta investigación, se va a limitar el análisis comparado a aquellas circunstancias que brindan especial interés en el tratamiento jurídico-penal de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional.

En primer lugar, se abordará como circunstancia de exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica la existencia de un programa de prevención de delitos, también denominado programa de integridad, modelo de organización y gestión o, con una terminología más extendida, programa de *compliance*. Conviene dejar ya constancia de que en este estudio no va a ser objeto de análisis cuáles son los elementos o requisitos que debe reunir un programa de *compliance*, cuyo análisis es abordado en un capítulo posterior, sino exclusivamente las condiciones legales bajo las que opera la exoneración de la persona jurídica, a pesar de que obviamente son aspectos estrechamente vinculados. En efecto, el desarrollo e implementación eficaz de un modelo de prevención, con los requisitos que se exige para que, precisamente, contribuya con eficacia a la prevención de delitos, es condición esencial para una eventual exoneración, pero, como se verá, son necesarias otras circunstancias que también deben concurrir para que pueda eximirse de pena a la persona jurídica.

En el campo de las atenuantes, van a ser objeto de análisis la atenuante de colaboración o cooperación con la justicia. La previsión legal de esta atenuante busca fomentar comportamientos posteriores de la persona jurídica que faciliten la persecución judicial (Goena Vives, 2017: 82), lo que resulta especialmente importante en relación con el fenómeno de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Se pretende, por ello, incentivar, mediante el premio de una aminoración de la pena, la colaboración eficaz de la persona jurídica con la justicia mediante la aportación de información esencial para el proceso penal en relación con las complejas tramas de corrupción en las que participa, así como la restitución del beneficio ilícito obtenido y/o la reparación de las consecuencias negativas o perniciosas que genera el hecho corrupto.

En cuanto a circunstancias agravatorias, en consonancia con lo expuesto al inicio de esta introducción, la reincidencia aparece como la circunstancia agravatoria, por definición, para la persona jurídica, dado la naturaleza estructural de las prácticas corruptas.

Para el desarrollo de lo anterior, este estudio va a abordar un análisis multinivel de cada una de las circunstancias anteriores, la existencia de un programa de cumplimiento o de integridad con anterioridad a la comisión delictiva como como circunstancia eximente

de la responsabilidad penal, la colaboración como atenuante y la reincidencia como circunstancia agravante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Para ello se analizarán transversalmente los estándares universales y regionales existentes antes de introducirnos al análisis la regulación de los países de referencia no latinoamericanos (España y EE.UU.) y de América Latina (Argentina, Brasil, Chile, México y Perú). Tras ello, se estudiará la regulación colombiana, realizando posteriormente un análisis comparativo en relación con los niveles aludidos. El estudio finalizará con una conclusión sobre si alguna de las previsiones estudiadas responde específicamente a la necesidad de abordar la corrupción vinculada al crimen organizado transnacional y se propondrá una estrategia de acción para América Latina y otra para Colombia.

2. EXENCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA POR LA IMPLEMENTACIÓN DE UN PROGRAMA DE PREVENCIÓN DE ACTOS DE CORRUPCIÓN

2.1. Consideraciones previas

Antes de comenzar con el análisis comparado en los Estados de referencia, resulta necesario aclarar, con carácter previo, que no existe una posición unánime sobre el papel que juega un programa de integridad o *compliance* en la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas. En puridad, la posibilidad de exonerar y/o atenuar de responsabilidad a la persona jurídica está condicionado por el modelo dogmático que se defienda, de hetero-responsabilidad o de autorresponsabilidad. En el primero de ellos, que encuentra la sanción penal de la entidad en la traslación de la responsabilidad penal de la persona física, por su posición de representante legal, no cabría estrictamente la opción de una eventual exoneración de responsabilidad para la persona jurídica. Pero, incluso dentro de los modelos de autorresponsabilidad, en los que se desarrolla una imputación autónoma e independiente para la persona jurídica, tampoco existiría unanimidad en la doctrina sobre la naturaleza jurídica del programa de *compliance*. No obstante, como se verá, la gran mayoría de los sistemas jurídicos de referencia analizados regulan, con mayor

o menor alcance, la incidencia en la exclusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica que tiene la previsión previa a la comisión del delito de un modelo de un programa de integridad o modelo de *compliance*, con independencia de la posición dogmática que se defienda.

Por otro lado, la implementación previa de un programa de integridad es una circunstancia mitigadora de la responsabilidad graduable y, por tanto, también puede dar lugar a una exoneración parcial o atenuación. Esto puede suceder en dos situaciones que en ocasiones encuentran reflejo en las legislaciones penales de los Estados de referencia. Primera, la concreta legislación penal solo concibe atenuar, pero no excluir, de responsabilidad a la persona jurídica en esta hipótesis. Segunda, el programa de integridad ha fallado en su implementación y ejecución y no alcanza a exonerar, pero aún puede atenuar la responsabilidad. Lo que no va a ser objeto de análisis es el supuesto inverso, esto es, cuando el programa de cumplimiento se adoptó con posterioridad al delito. Esta situación solo podría dar lugar a una atenuante, que compartiría la misma función que la atenuante postdelictiva de colaboración que va a ser analizada comparativamente en este capítulo.

2.2. Estándares en el ámbito internacional

Dentro de las iniciativas internacionales que específicamente abordan el papel de los programas de integridad empresarial en la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de actos de corrupción asociados al crimen organizado transnacional, deben distinguirse las de ámbito universal (ONU y OCDE) y regional (OEA, Consejo de Europa y UE).

En el marco de la ONU, los principales textos normativos que abordan esta criminalidad, la Convención contra la Corrupción (2003) y la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000), no recogen en su articulado mención expresa sobre el efecto eximente de los programas de integridad. Aunque en ambas convenciones la importancia de la existencia de controles internos se destaca como medida preventiva eficaz contra la corrupción (art. 12 de la Convención de Mérida, referido al sector privado; art. 31.2.b) de la Convención de

Palermo, sobre medidas de prevención), es la Guía de recursos sobre medidas estatales para reformar la integridad empresarial de 2013, vinculada a la Convención de Mérida, la que expresamente se pronuncia sobre esta cuestión, pero de una manera laxa. En concreto, la Guía reconoce que el desarrollo e implementación de un programa de *compliance* puede constituir un factor que mitigue la responsabilidad de la persona jurídica, según lo que cada Estado disponga en su regulación penal, e incluso podrá servir de prueba de defensa para la persona jurídica por no impedir un acto de soborno por parte de un empleado o asociado para una salvaguardia completa de la responsabilidad penal. Según esto, la exoneración de la persona jurídica es posible con independencia del nivel que ocupa dentro de la organización la persona física que comete el delito.

En el ámbito de la OCDE, la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales de 1997 tampoco incluye en su articulado especificidad alguna sobre el efecto eximente o, en su caso, atenuante de los programas de integridad. No obstante, sobre esta cuestión se pronuncia expresamente la Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de 26 de noviembre de 2009 (Recomendación Anti-Soborno de 2009). La Recomendación incluye una Guía de Buenas Prácticas (Anexo I), en la que expresamente se señala que deberá eximirse de responsabilidad a la persona jurídica que haya implementado un *compliance* eficaz (letra B referida al art. 2 del Convenio, sobre responsabilidad de las personas jurídicas). Pero lo más importante es que la Recomendación no otorga un alcance absoluto a la exoneración, puesto que se condiciona a la concreta modalidad delictiva por la que eventualmente se compromete la responsabilidad penal de la persona jurídica. En realidad, la Recomendación únicamente obliga a reconocer efecto eximente para la persona jurídica en un único supuesto, cuando el delito lo comete un subordinado, bien por haber fallado la supervisión de la persona con autoridad al más alto nivel, bien porque la implementación del modelo de prevención no ha sido eficaz. Fuera de este supuesto, la existencia de un programa de *compliance* diseñado y ejecutado para la prevención y detección de actos de corrupción, no puede servir para que la persona jurídica eluda su responsabilidad, cuando es la perso-

na con autoridad al más alto nivel quien comete el delito u ordena o autoriza su comisión a un subordinado.

Dentro de las iniciativas internacionales regionales, en el ámbito del Consejo de Europa el Convenio penal sobre la corrupción, de 17 de enero de 1999, sigue la misma tónica que los textos normativos internacionales a nivel universal al no incluir ninguna alusión sobre la posibilidad de exonerar de responsabilidad penal a la persona jurídica. No obstante, la regulación sobre la responsabilidad de las personas jurídicas que establece el Convenio de 1999 debe interpretarse a la luz de la Recomendación n° R 18 (1988) del Comité de Ministros de los Estados Miembros en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas por las infracciones cometidas en el ejercicio de sus actividades, de 20 de octubre de 1988. Esta Recomendación fue pionera en reconocer que la persona jurídica debe quedar exenta de responsabilidad “cuando su dirección no esté implicada en la infracción y haya tomado todas las medidas necesarias para evitar la comisión de la infracción” (Recomendación I, apartado 4). Implicación en el delito de la dirección que también surge por “faltar a sus obligaciones y haber generado con ello la comisión de una infracción” (Recomendación I, apartado 5). En consecuencia, se posiciona en la misma línea que la Recomendación Anti-Corrupción de 2009, al excluir del alcance de la exoneración la comisión de delitos cometidos por quienes ostentan una posición directiva en la persona jurídica¹.

¹ Comentario 23 al Anexo a la Recomendación 18 (88): “La recomendación I.4 debe leerse en relación con la recomendación I.1: en principio, la empresa debe exponerse a una responsabilidad, incluso cuando la infracción es ajena a su objeto social. Tan solo cuando sea manifiestamente injusto tener por responsable a la empresa esta debería ser exonerada de responsabilidad. Una empresa podría ser exonerada bajo dos condiciones mínimas: la primera es que la dirección —ya sea la dirección entera o uno o varios de sus miembros— no esté implicada en la infracción. El término «implicada» debería entenderse en un sentido amplio, de manera que se incluyan los casos en los que la dirección, aun no estando directamente implicada en la comisión de la infracción, ha aceptado con conocimiento de causa los beneficios resultantes. La segunda condición es que la dirección haya llevado a cabo todas las medidas necesarias para impedir que la infracción se produzca (por ejemplo, cuando un empleado se dedica a una actividad ilegal violando las instrucciones que la dirección ha dado y ha puesto en vigor para evitar la actividad ilegal de que se trate)”.

Aún a nivel internacional regional, no se recogen previsiones específicas sobre el efecto eximente de los programas de integridad en los instrumentos normativos ni documentos vinculados en el marco de la OEA ni de la UE.

De los instrumentos internacionales anteriores se desprende que, a pesar de que los programas de *compliance* desempeñan una función esencial en la prevención de actos de corrupción vinculados a la delincuencia organizada transnacional, en la medida en que aspiran a contrarrestar la dimensión estructural del problema y, correlativamente, se les reconoce efecto mitigador en la responsabilidad penal de la persona jurídica, los estándares internacionales difieren en cuanto al alcance de dicho efecto. Punto de partida, lógicamente, es que el programa de *compliance* debe ser adecuado para cumplir con su función preventiva y de detención de delitos (aspecto sobre el contenido del programa *compliance* que no es objeto de análisis en este estudio), lo que plantea el problema de cómo valorar su eficacia en sede judicial, pues de ello depende cuál será su incidencia en el castigo a la entidad, ya que en una organización empresarial, sobre todo en las de mayor tamaño y con proyección transnacional, no es posible controlarlo todo. A partir de aquí se aprecian dos tendencias: (a) en el ámbito de la ONU, la decisión sobre la naturaleza eximente o meramente atenuante del programa de integridad es decisión de cada Estado, pudiendo abarcar, en el primer caso, cualquier situación, es decir, cualquiera que sea el nivel jerárquico de la persona física que comete el delito; y (b) más restrictiva es la postura en el marco de la OCDE y del Consejo de Europa, ya que, por un lado, contemplan otorgar obligatoriamente efecto eximente al programa de integridad, pero, por otro, únicamente en los casos en los que no esté involucrado un sujeto de alto nivel directivo, en el sentido de que el delito lo haya cometido directamente, lo haya ordenado o lo haya autorizado. Esta última parece la respuesta más adecuada en el tratamiento del fenómeno de la corrupción asociado al crimen organizado transnacional, en atención a su dimensión estructural, puesto que a mi juicio es una contradicción admitir la exoneración de la persona jurídica cuando las mismas personas responsables de fomentar una cultura anticorrupción son quienes participan directamente en prácticas corruptas, las ordenan o autorizan. De ser así, se estaría incumpliendo, en

primera instancia, una de las condiciones esenciales de un programa de *compliance* para que este resulte eficaz.

2.3. Regulación en los países no latinoamericanos de referencia

2.3.1. Primera aproximación

Según se ha indicado antes, la función que se reserva a los programas de integridad o cumplimiento en la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, siendo una cuestión en todo caso controvertida a nivel doctrinal, depende en primera instancia del modelo de responsabilidad asumido legislativamente. En un sistema de (auténtica) responsabilidad derivada, carece de virtualidad la existencia o no de un modelo de prevención de delitos, puesto que al seguir un esquema civilista basado en la imputación a la persona jurídica de lo que hace (el delito) su representante, no caben circunstancias propias o autónomas de la persona jurídica que excluyan su responsabilidad.

Sin pretender adentrarnos en esta espinosa cuestión dogmática, lo anterior presenta el escenario del análisis comparado que sigue en los Estados de referencia no latinoamericanos. Los modelos de hetero-responsabilidad o responsabilidad derivada fueron los primeros en desarrollarse doctrinalmente, y ello ha influido en la regulación penal de los países que han sido pioneros en incorporar a sus legislaciones penales la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Teniendo presente esta premisa, en lo que sigue se analizarán comparadamente la regulación española y la de EE.UU., en las que se presentan diferencias notables en el tratamiento de esta cuestión de acuerdo con los estándares internacionales para combatir eficazmente el fenómeno de la corrupción asociada a la criminalidad organizada transnacional.

2.3.2. España

Con independencia del debate doctrinal y jurisprudencial (SSTS 154/2016, de 29 de febrero, y 221/2016, de 16 de marzo) que ha suscitado en España la naturaleza jurídica del programa de cumpli-

miento o *compliance*, el art. 31 bis, en su apartado 2, establece las condiciones por las que la persona jurídica “quedará exenta de responsabilidad”. Se distinguen dos vías de exoneración en función de que la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas nazca de un “delito de directivos”, letra a) del art. 31 bis, o lo haya cometido un subordinado por incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia o control de aquellos, según la letra b) del mismo precepto.

En el primer caso, deben concurrir las siguientes condiciones: (a) adopción y ejecución previa al delito por parte del órgano de administración de un modelo de organización y gestión eficaz para prevenir delitos de la misma naturaleza que el que se ha cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; (b) existencia de un órgano de cumplimiento que supervise el funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención, que deberá ser un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; (c) elusión fraudulenta del modelo de prevención por los autores individuales; y (d) el órgano de cumplimiento no ha omitido o ha realizado insuficientemente sus funciones de vigilancia y control.

Por su parte, si el delito lo comete un subordinado de la persona jurídica respecto de los sujetos definidos en la letra a) del art. 31 bis, en la regulación española será suficiente para la exoneración de la persona jurídica que esta cuente antes de la comisión del delito de un modelo de organización y gestión eficaz, es decir, únicamente se exige la primera de las condiciones que se acaban de señalar. La regulación penal se completa con la posibilidad de que la existencia previa a la comisión del delito opere como atenuante de responsabilidad, en el caso de que las condiciones que se acaban de señalar “solamente puedan ser objeto de acreditación parcial” (art. 31 bis 2, último párrafo).

En ausencia de resoluciones judiciales, por el momento, en las que se haya planteado el valor eximente de la existencia de un programa de integridad o cumplimiento en la atribución de la responsabilidad penal de la persona jurídica, la regulación española presenta tanto luces como sombras. Por un lado, la LO 1/2015, de 30 de marzo, vino a subsanar lo que, a juicio de una parte de la doctrina,

era un grave defecto de la regulación penal, al no contemplar legalmente la posibilidad de eximir de responsabilidad si la entidad tenía implementado y ejecutado eficazmente un programa de *compliance*, pero si la posibilidad de que la implementación posterior al delito atenuara la pena (Gómez Benítez, 2009: 205, 209). Con ello se daba, además, cumplimiento a la recomendación del Grupo de Trabajo de la OCDE, que ya había hecho indicación de la inobservancia de este aspecto en el seguimiento de la adecuación de la regulación española a las previsiones de la Convención (Informe Fase 3, 2012: 32).

No obstante, no se divisa cumplimiento, en cuanto al alcance de la exención, de los estándares más estrictos en el plano internacional (OCDE y Consejo de Europa), puesto que el CP español admite la exención de la responsabilidad de la persona jurídica por existir previamente al delito un programa de integridad en las dos hipótesis de responsabilidad que regula el art. 31 bis, es decir, tanto si el delito lo comete, ordena o autoriza un sujeto situado en la cúpula de la organización, como si lo hace un subordinado por producirse un fallo en los deberes de supervisión, vigilancia y control. No en vano, el Grupo de Trabajo de la OCDE pone de manifiesto igualmente esta cuestión (Informe Seguimiento Fase 3, 2015: 14), recomendando que, en el primer caso, la existencia de un *compliance* no ha de servir de defensa para la persona jurídica. A esta postura parece adscribirse la STS n° 742/2018, de 7 de febrero, al señalar que en el supuesto de la letra (a) del art. 31 bis, delito de directivos se “excluye la necesidad de especificar si ha intervenido o no incumplimiento grave de los deberes de supervisión o control”.

Junto a lo anterior, no parece que se justifique el doble rasero legal en las condiciones de exoneración, en función de la persona física que comete el delito. Esta circunstancia no ha pasado por alto por parte la doctrina y la Fiscalía General del Estado. Según la Circular 1/2016, los requisitos para que opere la exención en los dos supuestos de responsabilidad deben interpretarse unitariamente. Dicho de otra manera, si la primera condición que se exige para eximir de pena es la implementación y ejecución de un “modelo de organización y gestión” que haya resultado eficaz, esto último no se consigue si, además, no se cumplen con el resto de las condiciones (designación del oficial de cumplimiento y ausencia de omisión o ejercicio

insuficiente de las funciones por parte de este), puesto que también son condiciones que afectan a la eficacia del programa.

La única diferencia puede encontrarse en la condición 3^a del apartado 2 del art. 31 bis, en el sentido de que si el delito lo comete un sujeto situado en el más alto nivel de la organización, lo debe cometer eludiendo fraudulentamente el programa de *compliance*, mientras que si el delito lo comete un subordinado, lo que se exige es que este lo haya cometido por incurrir el sujeto a cuya autoridad está sometido en un incumplido gravemente de los deberes de supervisión, vigilancia y control, atendidas las circunstancias del caso. Aunque parcialmente ambos requisitos se identifican en alguna hipótesis, e incluso se ha considerado disfuncional la existencia de elusión fraudulenta por desincentivar la cooperación y reparación del daño (Nieto Martín, 2019: 8), la Circular 1/2016 defiende esta interpretación cuando dentro del elenco de indicios para valorar la eficacia del programa de *compliance* alude, precisamente, a que el delito lo cometa un directivo o sujeto posicionado en el nivel jerárquico superior o a que los máximos dirigentes de la entidad no hayan promovido una cultura de cumplimiento.

2.3.3. Estados Unidos

Desde que la responsabilidad penal de las personas jurídicas fuera consagrada en el sistema penal en el año 1909 (*New York Central & Hudson River Railroad v. United States*, 212 U.S. 481), EE.UU regula un modelo de responsabilidad objetiva o derivada en sentido estricto (*respondeat superior*). En sintonía con esta base, la FCPA, principal fuente de regulación para castigar los actos de corrupción asociados al crimen organizado transnacional, así como la normativa para combatir el lavado de dinero (18 U.S.C. §§ 1956-1957) y el fraude fiscal (26 U.S.C. §§ 7201-7217), no reconocen efecto eximente al programa de *compliance* o integridad implementado por una persona jurídica con anterioridad a la comisión del delito.

Las *United States Sentencing Guidelines* (USSG) han supuesto un punto de inflexión, no obstante, en la aplicación práctica de la regulación estadounidense. Las USSG, actualizadas progresivamente desde que las primeras *sentencing guidelines* federales fueran aprobadas

en 1987 (Villegas García, 2016: 299), contienen las directrices para sancionar a las personas jurídicas y establecen en la determinación e individualización de la pena un complejo sistema de puntos. Conforme a él, la existencia previa a la comisión del delito de un programa de cumplimiento o integridad es un factor más a considerar en la pena impuesta a la persona jurídica (§ 8C2.5 *Culpability Score*). Acorde con este sistema de puntos, a las medidas, tanto *ex ante* como *ex post*, que haya adoptado la persona jurídica para la prevención y detección de delitos se les atribuye exclusivamente efectos atenuantes (Ortiz de Urbina & Chiesa, 2019: 1506). No obstante, puede decirse que el programa de cumplimiento también posee valor eximente de *facto* (Ortiz de Urbina & Chiesa, 2019), puesto que son tenidos en cuenta en el ámbito de proceso para alcanzar un acuerdo con la Fiscalía, por la vía de los denominados DPAs (*deferred prosecutions agreements*) y NPAs (*non prosecutions agreements*). Aunque presentan diferencias en cuanto a su tramitación y condiciones, implican, en esencia, que la empresa no será castigada penalmente².

La regulación estadounidense no contempla la exención de responsabilidad de las personas jurídicas que hayan tomado medidas de control interno para la prevención y detección de actos de corrupción, apartándose así de la tónica imperante en el Derecho comparado. Señalan Ortiz de Urbina y Chiesa (2019) que alrededor de un 1% de los casos anuales de condenas a personas jurídicas por aplicación de la *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA) consiguen la reducción máxima de la culpabilidad de la persona jurídica por existencia de un programa de cumplimiento previo al delito (3 puntos). Con ello se evidencia que EE.UU. se alinea con los estándares más flexibles en el ámbito internacional en el que se deja libertad a los Estados la decisión de si esta circunstancia puede tener meramente efectos atenuantes o eximentes en la responsabilidad penal de la entidad, lo que a juicio del Grupo de Trabajo de la OCDE dota al sistema de cierta “arbitrariedad” (Informe Fase 4, 2020: 90). Hay, no obstante,

² En puridad, solo los NPAs suponen que no va a haber cargos contra la empresa y por tanto esta no tiene que admitir su responsabilidad. No obstante, aunque en los DPAs sí hay cargos, la persecución queda diferida, con mayores condiciones. En cualquier caso, señala Goena Vives que se firman más acuerdos por la vía de los NPAs que mediante DPAs (2017: 293).

dos circunstancias que impiden que el programa de cumplimiento tenga un efecto reductor de la pena: por un lado, que la empresa haya demorado injustificadamente la autodenuncia (§ 8C2.5. (f) (2) USSG); por otro, cuando un directivo o sujeto situado al más alto nivel de la empresa o un especialista en el diseño e implementación del programa ha participado en el delito, lo ha tolerado tácitamente o era conscientemente ignorante de su comisión (§ 8C2.5. (f) (3) USSG). En concreto, esta última condición toma partido por la postura internacional más restrictiva que defiende la OCDE, como se expuso en su momento.

De las características principales reseñadas del sistema federal estadounidense, se desprende que la falta de previsión expresa que reconozca la ausencia de responsabilidad penal de la persona jurídica en los casos en los que se pruebe la solvencia de los mecanismos internos de prevención de actos de corrupción, puede poner producir un efecto negativo en la articulación de incentivos por parte de las empresas para que se organicen adecuadamente, evitando prácticas corruptas. En este sentido, debe valorarse positivamente que la rigurosidad de la doctrina del *respondeat superior* en cuanto a la aceptación de eximentes de la responsabilidad penal, se ha visto amortiguada, en cierta medida, con la posibilidad de llegar a acuerdos procesales que permiten la suspensión del procedimiento.

2.3.4. Análisis comparado de los sistemas jurídicos españoles y norteamericano

De acuerdo con las principales características que se han reseñado respecto de los dos países de referencia no latinoamericanos, es innegable la trascendencia que en ambos sistemas poseen los programas de cumplimiento como principal medida preventiva para la corrupción en el ámbito corporativo, tal y como han puesto de manifiesto desde las distintas instancias internacionales universales y regionales. En una primera aproximación, puede decirse que ambas regulaciones parten de la misma realidad, considerar que la realización de prácticas corruptas por parte de la empresa es primordialmente resultado de una cultura empresarial que recurre a ellas en su búsqueda de beneficio o, cuanto menos, las tolera. Asumiendo,

en consecuencia, este elemento común que visibiliza la dimensión estructural que caracteriza la corrupción, en particular cuando se asocia al crimen organizado transnacional, las diferencias surgen en el plano de la articulación de la existencia del programa de cumplimiento en el modelo de responsabilidad de las personas jurídicas regulado por ambos países y, fundamentalmente, en cuanto a su efecto jurídico-penal y alcance. A estas diferencias contribuye, en gran medida, tanto la tradición jurídica de estos dos países, como la convivencia de distintas tendencias a nivel internacional, como se expuso en su momento.

De acuerdo con lo anterior, la raíz de estas diferencias se sitúa, sin duda, en la distinta base teórica de ambos modelos. El modelo norteamericano de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica sigue un esquema civilista, con una asentada tradición de más de un siglo. No es de extrañar, por ello, que siendo EE.UU. el primer país en prohibir con la prohibición de la FCPA en 1977 las prácticas corruptas por sobornos a funcionarios públicos extranjeros realizadas por empresas nacionales y no nacionales con vinculación con este país, la regulación penal sustantiva no concede valor eximente a los programas de cumplimiento. Pero, aunque la doctrina del *respondeat superior* es el elemento central del régimen penal aplicable a las personas jurídicas, no es el único que lo define, puesto que los aspectos relativos al comportamiento de la propia persona jurídica son objeto de valoración al analizar su culpabilidad en el marco de la individualización de la pena (Villegas García, 2016: 292). Su eficacia se relega, pues, a la medida y cuantificación de la multa imponible.

Junto a esto, otro elemento central del modelo deriva de las características del sistema procesal penal norteamericano y del principio de oportunidad que lo sustenta, de manera que serán los fiscales de quien dependa la valoración de la eficacia del programa de cumplimiento o integridad (Villegas García, 2016: 293), junto a otras circunstancias también orientadas al comportamiento de la persona jurídica, positivas y negativas. Por ello, aunque estrictamente la implementación del sistema de *compliance* solo permitiría una reducción, considerable, eso sí, de la culpabilidad y penalidad de la empresa, adquiere su máximo protagonismo en fórmulas transaccionales o negociadas entre la persona jurídica y la acusación pública, a los efectos

de no formular una acusación penal, habiéndose convertido en los últimos tiempos la forma más habitual de actuación de los fiscales³.

El modelo penal español, de tardía introducción en comparación con EE.UU., ha permitido que, tras una primera etapa de cierta confusión en esta cuestión hasta la reforma operada por la LO 1/2015, la filosofía autorreguladora ya forme parte de la regulación sustantiva y configure, no sin críticas, su razón de ser. Por lo demás, esta orientación sustantiva ha sido refrendada, como se vio, por el Tribunal Supremo español (fundamentales, SSTS, 2ª, 154/2016, de 29 de febrero, y 221/2016, de 16 de marzo), para el que el defecto organizativo-estructural de la persona jurídica es el núcleo de la tipicidad de la persona jurídica, por permitir o tolerar el hecho delictivo cometido por los suyos en su beneficio. Conforme a esto, si la persona jurídica tenía implementado con carácter previo al delito un modelo de organización y gestión que se acredita durante el proceso que fue eficaz, estamos en realidad ante una causa de atipicidad de la persona jurídica. Pero a diferencia del sistema judicial estadounidense, esta situación ha de ser acreditada en un proceso penal y validado por la autoridad judicial, consecuencia de la vinculación de la Fiscalía en el caso español al principio de legalidad y a la carga de la prueba que se le impone en este caso. De otra forma, en ambos modelos el peso principal en la verificación de si el programa de cumplimiento fue o no eficaz para que sirva de inmunidad de la persona jurídica reside, en primera línea, en la labor de la acusación pública, pero la decisión final en el sistema español corresponde, en todo caso, al juez o tribunal y, en consecuencia, se somete a un control judicial que no opera en el modelo norteamericano, donde los fiscales, dado el amplio poder que poseen en la aplicación del *ius puniendi*, van incluso más allá, asumiendo prácticamente funciones cuasi-legislativas (Goena Vives, 2017: 254). A pesar de las críticas vertidas a esta falta

³ Señala Villegas García (2020: 119) en su estudio respecto de los procesos contra personas jurídicas por vulneración de la FCPA, que en los años 2012, 2013, 2015, 2017 y 2018, según las fuente consultadas, el 100% de las acciones entabladas por el Department Of Justice finalizaron mediante DPA, NPA o, desde 2018, de una declination letter o declination with disforgegment. En 2016 fueron el 92%, en 2014 el 71%, en 2011 el 82% y en 2010 el 94%.

de control judicial (Ortiz de Urbina Gimeno & Chiesa, 2018: 1536 ss.), no hay duda de que hoy en día EE.UU. lidera el panorama internacional en la persecución del fenómeno de la corrupción asociada a la delincuencia organizada transnacional, algo a lo que no es ajeno el carácter extraterritorial de las disposiciones de la FCPA.

En la valoración de la aceptación o rechazo de la inmunidad de la persona jurídica, y según las fórmulas procesales expuestas, EE.UU. no concede autonomía a la existencia del programa de integridad previo al delito. Confluyen otros elementos de índole atenuante y agravatoria bajo el paraguas común de la autorregulación empresarial, y que operan conjuntamente en la valoración y decisión final según el complejo sistema de reglas que dispone las USSG. Sin perjuicio de que posteriormente será objeto de análisis comparado la mitigación en la penalidad que conlleva la cooperación de la persona jurídica con las autoridades, debe advertirse que esta última en sí misma permite una reducción en puntos de la culpabilidad de la entidad mayor que el programa de cumplimiento, si bien es innegable la estrecha conexión que existe entre ambas en algunos supuestos⁴.

Por el contrario, la regulación penal española pivota exclusivamente en torno al cumplimiento corporativo, por un lado, en la identificación de sus elementos principales (esto es, contenido del programa de cumplimiento), así como las condiciones legales para que su existencia conduzca a la exoneración (diferentes según la posición jerárquica de la persona física que materialmente cometió el delito). Lo que no recoge el Código Penal (CP) español son los criterios que orientan la labor de la acusación pública y del juez o tribunal para valorar la “eficacia” del sistema, a diferencia de la detallada regulación que ofrecen las *Organizational Sentencing Guidelines*. A falta

⁴ No obstante, como se expondrá posteriormente, no es posible establecer compartimentos estancos entre ambas variables, puesto que tal y como se concibe en las USSG la colaboración eficaz de la persona jurídica, una forma de manifestarse consiste en la denuncia voluntaria y temprana de los hechos por parte de la persona jurídica, que han podido ser conocidos a través de una investigación empresarial interna. De manera que en estos supuestos la colaboración es, en realidad, un elemento que evidencia la buena salud del programa de cumplimiento, debido a que, aunque no lo evitó, detectó su realización y no la toleró.

de jurisprudencia, por el momento, en el caso español, los únicos criterios con que se cuenta son los que la Fiscalía General del Estado ha apuntado en la Circular 1/2016; criterios valiosos, pero que no han sido objeto de desarrollo particularizado.

Un elemento en el que aparentemente reinaría sintonía en ambas regulaciones es el relativo al alcance del valor eximente del programa. Se recordará que la tendencia internacional más estricta en esta cuestión, de la mano de la OCDE, apela a los Estados a excluir la defensa de la persona jurídica cuando en el delito está involucrado un sujeto de alto nivel directivo por haberlo cometido directamente, haberlo ordenado o autorizado. De entrada, según ha puesto de manifiesto el Grupo de Trabajo de la OCDE, la regulación española no cumpliría, aparentemente, dicho estándar. Tanto si se trata de este supuesto, como si el delito lo comete un subordinado, es posible alegar la exoneración de la persona jurídica si con anterioridad al delito se implementó eficazmente un modelo de organización y gestión para la prevención de delitos.

Menos recelos parece suscitar el modelo norteamericano, condicionado por la discrecionalidad que se atribuye a la acusación pública para valorar el grado de “solidez” del programa de cumplimiento. En este sentido, también actúa como factor a valorar el rango jerárquico de la persona que llevó a cabo el delito, lo ordenó o toleró, lo que puede enervar la defensa de la persona jurídica.

En el caso español, podrían compatibilizarse las condiciones legales a las que se somete la exoneración con los requerimientos internacionales por vía interpretativa. Así, el art. 31 bis CP español impone condiciones más restrictivas para la exoneración cuando se trata de un delito de “directivos” que de “subordinados” que, según se expuso, únicamente se diferenciarían en una variable: es necesario que el representante legal o sujeto con poder para tomar decisiones en nombre o por cuenta de la persona jurídica, u ostente facultades de organización o control haya eludido fraudulentamente el sistema de *compliance*, mientras que si el delito lo comete un subordinado, ha debido ser posible por el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control asignados a aquellos, según las circunstancias concretas del caso. De manera que en este primer supuesto quien deberá acreditar la eficacia del sistema frente a una

“manzana podrida” situada en la cúpula directiva corresponderá a la defensa de la persona jurídica, no al Ministerio Fiscal. No obstante, resultará complejo en la práctica hacer valer este aspecto, principalmente en el ámbito de los actos de corrupción asociados a la delincuencia organizada transnacional, puesto que la falta de compromiso ético de quienes principalmente deben fomentar al interior de la organización una cultura de cumplimiento normativo, contradice su espíritu a través de la comisión directa del delito, favoreciéndolo o tolerándolo.

2.4. Regulación en los países latinoamericanos de referencia

2.4.1. Primera aproximación

Como se adelantó anteriormente, aunque el efecto eximente de la existencia previa al delito de un programa de integridad o cumplimiento ha estado dogmáticamente vinculado a los modelos de autorresponsabilidad, todas las regulaciones penales de los Estados de referencia que contemplan la responsabilidad penal de la persona jurídica acogen esta circunstancia, con independencia de la discusión en torno a su adscripción, más o menos clara, a un modelo de heterorresponsabilidad (en realidad, al igual que la regulación española, se acogen fórmulas mixtas entre la hetero y la autorresponsabilidad de la persona jurídica). A continuación, se expondrán los elementos centrales de cada regulación en atención a los estándares internacionales para combatir el fenómeno de la corrupción vinculada con el crimen organizado transnacional.

2.4.2. Argentina

La Ley 27.401 de 2017, de responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de cohecho, concusión y otros delitos, regula en su art. 9 la exención de la pena, siempre que concurren simultáneamente tres condiciones. Entre ellas aparece en segundo lugar el que “hubiera implementado un sistema de control y supervisión adecuados en los términos de los arts. 22 y 23 de la ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo

de los intervinientes en la comisión del delito”. Además de esto, deben concurrir igualmente para que opere la exoneración que: (a) la persona jurídica haya denunciado espontáneamente el delito como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; y (b) hubiera devuelto el beneficio indebido obtenido. En opinión de Donna, esta previsión legal buscaría cumplir dos fines: uno, preventivo-general, para evitar los actos de corrupción en las empresas; otro, preventivo-especial, una vez cometido el delito, al exigir “una especie de arrepentimiento mediante la devolución de los efectos del delito y la confesión del hecho delictivo (2019: 1371). Junto a esta eximente, la existencia de un programa de *compliance* también opera en el marco de la graduación de la pena, en atención al incumplimiento de reglas o de procedimientos (Montiel, 2018: 138), en caso de que aquel haya resultado fallido para la prevención del delito.

Esta regla de exoneración es aplicable con independencia de la posición o cargo que ostenta la persona física que comete el delito.

En contraposición, ni el CP argentino por el que se contempla el castigo a las personas jurídicas por blanqueo de bienes (art. 304), ni la Ley 24.769, en relación con las defraudaciones tributarias, prevé exención de responsabilidad por razón de tener implementado y ejecutado eficazmente un programa de integridad con anterioridad al delito. En consecuencia, en este ámbito delictivo toda defensa de la persona jurídica de que sus medidas y controles internos para prevenir este tipo de delitos, también manifestación de la corrupción organizada transnacional devendría inútil.

La existencia, como se acaba de exponer, de dos modelos de sanción para la persona jurídica en el que, en uno se concede efecto eximente a la existencia previa de un programa de integridad eficaz (Ley 27.401), mientras que se excluye dicha posibilidad en el otro (lavado de activos, régimen penal tributario), resulta políticamente disfuncional para abordar adecuadamente en fenómeno de la corrupción. Por un lado, porque la dispersión normativa y falta de sistematicidad en torno al papel que juega el *compliance* en la configuración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en función del acto de corrupción y normativa aplicable, hace correr el riesgo de que las personas jurídicas no encuentren motivos incenti-

vadores “para invertir recursos en la implementación de un programa de cumplimiento” (Montiel & Seitún, 2020: 7), neutralizando el efecto disuasorio que tratan de conseguir. O que, en otro escenario, diseñen distintas estrategias organizativas, según el delito en cuestión (Montiel, 2018: 143). Debería, de *lege ferenda*, establecerse un único régimen para todos los supuestos de responsabilidad penal de la persona jurídica (Montiel, 2018: 145).

Por otro lado, aunque en el ámbito de la Ley 27.401 se sigue la estela del resto de legislaciones sobre el valor de defensa corporativa del programa de integridad, siempre que este haya resultado adecuado, se aleja de los estándares internacionales más estrictos sobre el alcance de la exoneración, ya que admite la exoneración de la persona jurídica en cualquier supuesto. Es decir, también cuando la comisión delictiva la lleva a cabo un sujeto situado al más alto nivel de la empresa, lo que pondría en cuestión el que realmente el programa de integridad haya sido eficaz. Así lo ha puesto de manifiesto el Informe del Grupo de Trabajo de la OCDE (OCDE, 2019: 12). Tampoco, hasta la fecha, se cuenta con decisiones judiciales o directrices de la Fiscalía que, en aplicación de la Ley 27.401, y en ausencia de previsión legal específica al respecto, clarifiquen la virtualidad del art. 9 (Merola, 2020: 29), así como aborden las diversas cuestiones problemáticas que plantean cada una de las condiciones de exoneración, que deben concurrir cumulativamente.

2.4.3. Brasil

En la actualidad no se regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El proyecto de ley del Senado 236/2012, de reforma del Código Penal brasileño no contiene ninguna previsión sobre la posibilidad de exonerar de responsabilidad a la persona jurídica por la existencia previa al delito de un programa de integridad eficaz.

Lo anterior puede resultar coherente con el hecho de que solo castiga a la persona jurídica en supuestos en los que el delito lo comete la persona física del más alto nivel en la empresa. Y se recordará que los estándares internacionales en el marco de la OCDE y del Consejo de Europa excluían la posibilidad de defensa de la persona jurídica en estos supuestos. No obstante, es de advertir que el pro-

yecto no contempla ni exoneración ni atribución de responsabilidad penal si el delito lo comete un subordinado de las personas situadas en la cúpula directiva. Aunque está por verse si el actual proyecto finalmente verá la luz, la doctrina critica la ausencia en la regulación de incentivos significativos a la adopción de programas que fomente una ética de cumplimiento y prevención de delitos, puesto que en todo caso serán penalmente responsables (Januário, 2020: 20), puesto que el proyecto se adscribe a un modelo estricto de responsabilidad indirecta o vicarial (Galvao da Rocha, 2018: 16), que a juicio del Grupo de Trabajo de la OCDE no cumpliría con el estándar exigido en la materia (Informe Fase 3, 2014: 22; Informe de Seguimiento Fase 3, 2017: 14). De ahí se deriva que la defensa de la persona jurídica en juicio devendría una labor hercúlea, puesto que se impide prácticamente hacer ninguna averiguación sobre su organización y actuación (Januário, 2020: 20).

2.4.4. Chile

Chile ha sido el primer país de América Latina en consagrar la responsabilidad penal de las personas jurídica, aunque de aplicación limitada exclusivamente a los delitos que corrupción que define el ámbito de aplicación de la Ley 20.393, de 2 de diciembre de 2009, precisamente como uno de los requisitos de ingreso en la OCDE (Gutiérrez, 2018: 467). A requerimiento, igualmente, de esta organización, la Ley fue posteriormente modificada por la Ley 21.121, de 20 de noviembre de 2018, en otros aspectos que, a pesar de su importancia, no afectan a la cuestión que ahora se analiza. Punto de partida en el tratamiento jurídico-penal de la implementación y ejecución de un programa de integridad con anterioridad a la perpetración del delito es lo dispuesto en el art. 3°. En él se establece las condiciones para la imputación penal a la persona jurídica por actos de corrupción, exigiendo, entre otras, como condición que se hayan incumplido los deberes de dirección y supervisión. Como contrapartida a esta condición, el párrafo tercero del mismo precepto especifica que, se entenderán que no se han incumplido aquellos cuando la persona jurídica “hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido”, conforme a los requisitos que este debe

reunir para considerarse eficaz, en virtud de lo dispuesto en el art. 4. Es importante señalar que también la legislación chilena abre la puerta a la exoneración de la persona jurídica tanto si el delito que la beneficia lo comete una persona de alto nivel o un subordinado. A mayores, la doctrina también se ha mostrado favorable a la exención de la persona jurídica en ausencia de un modelo de prevención, dado que el art. 3 de la Ley 20.393 establece su implementación con carácter facultativo (“podrán adoptar”), en la medida en que la entidad cuente con medidas de prevención delictiva que puedan considerarse equivalentes a la adopción de dicho modelo (Hernández, 2010: 226; Navas & Jaar, 2018: 1039; Bedecarratz, 2020: 705 et. seq.).

Siendo la regulación pionera en la materia en los países latinoamericanos de referencia, Chile apostó ya por fomentar que las personas jurídicas fueran herramientas centrales para la prevención de la corrupción, en sintonía con la postura internacional, tanto universal como regional, al respecto. Con todo, y más allá de la valoración que merezcan los elementos que el art. 4 de la Ley establece de concurrencia obligatoria para el desarrollo de un modelo de prevención de delitos, una parte de la doctrina ha considerado que afectan al principio de legalidad (Berrecarratz, 2018: 215). Además, la legislación penal chilena incurre en la misma objeción que plantean otras legislaciones de la región latinoamericana. Del texto de la ley no se desprende limitación en cuanto al alcance de la exención para la persona jurídica, de manera que el *compliance* también puede servir de defensa cuando el delito lo comete, ordena u autoriza una persona situada al más alto nivel de la organización. Por ello, no se seguirían en esta cuestión las recomendaciones internacionales sobre la exclusión de la exoneración en estos casos, algo que ya ha puesto de manifiesto el Grupo de Trabajo de la OCDE, considerando su alcance demasiado amplio —*overbroad*— (OCDE, 2018: 50).

En este sentido, las escasas decisiones judiciales que desde 2009 existe en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas no resuelven por vía de interpretación jurisprudencial esta cuestión, puesto que en ninguno de los casos en los que se ha castigado a la entidad involucrada, siendo igualmente responsable los propietarios o directivos de alto nivel, se planteó la existencia de un programa de integridad (OCDE, 2021: 12; OCDE, 2018: 50).

2.4.5. México

El valor eximente de la adopción y ejecución previa al delito de un programa de cumplimiento se deduce, en la regulación mexicana, del art. 421 Código Penal Federal, en conexión con el art. 11 CFN, que precisamente fue reformado en el año 2016 siguiendo las recomendaciones del Grupo de Trabajo de la OCDE al respecto (OCDE, 2014: 51). Así, conforme a la actual regulación no habrá responsabilidad para la persona jurídica si existió observancia del “debido control en la organización”. No obstante, la regulación mexicana no hace mención específica a la implementación de un programa de *compliance* ni los requisitos que este debe reunir (OCDE, 2018: 42). Por otro lado, México no se desmarca de la regulación de otros Estados del entorno, puesto que la posibilidad de eximir de pena a la persona jurídica, observado el debido control, alcanza a todo supuesto que puede comprometer la responsabilidad penal de la persona jurídica, es decir, con independencia de la posición o cargo que ostente en la organización la persona física que comete el delito.

Los dos aspectos que se acaban de exponer constituyen las debilidades que se observan a la regulación mexicana sobre circunstancias eximentes para la persona jurídica en el marco de un abordaje eficaz del fenómeno de la corrupción vinculado al crimen organizado internacional. Algo que no ha pasado al Grupo de Trabajo de la OCDE. Además de cuestionar los términos en que el art. 422 CNN plantea la exención de la persona jurídica, igualmente ha puesto de manifiesto la falta de adecuación con el estándar establecido en la Recomendación Anti-Soborno de 2009, debido a que, para condenar a la persona jurídica, habrá que probar que hubo una inobservancia del debido control también cuando el delito lo comete un directivo de alto nivel comete el soborno al funcionario público extranjero u ordena o autoriza a un subordinado a realizar el soborno (OCDE, 2009: 42). En respuesta, las autoridades mexicanas indican en ese mismo informe que hay una presunción de que falló el debido control en ese supuesto, esto es, una inversión de la carga de la prueba, en consonancia con la línea que algunas resoluciones han mantenido en relación con el delito de blanqueo de capitales sobre la acreditación de la legí-

tima procedencia de los bienes⁵, y del delito de contrabando en cuanto a la presunción legal de la existencia del hecho delictivo⁶ (OCDE, 2018: 42).

En cuanto a los estándares aplicables sobre el debido control, la OCDE ha recomendado a México clarificar el contenido del art. 422 CCN en conexión con lo dispuesto en la Ley General de Responsabilidades Administrativas de 2016, que regula la política de integridad de las personas jurídicas en su art. 25. No obstante, en el último Informe de seguimiento, del año 2018, el Grupo de Trabajo indicaba que las autoridades mexicanas no habían tomado medidas en esta dirección, lo que, a su juicio, pone en riesgo los esfuerzos para incentivar los programas de cumplimiento anticorrupción a través de la Ley General de Responsabilidades Administrativas (OCDE, 2018: 9)

2.4.6. Perú

No se prevé la posibilidad de exonerar a la persona jurídica en el régimen de “consecuencias accesorias” del art. 105 CP peruano (consideradas sanciones penales en sentido estricto por Acuerdo Plenario n° 7-2009/cj-116, de 13 de noviembre de 2009, de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú). Tampoco concede posibilidad de exoneración la regulación de las consecuencias accesorias que recoge la legislación que regula otros delitos de naturaleza corrupta: Decreto Legislativo n° 813, Ley Penal Tributaria, Ley 28008, Ley de Delitos Aduaneros y Tributarios y Decreto Legislativo n° 1106, de lucha eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado. Con ello, a pesar de que el régimen de consecuencias accesorias, siendo penal, resulta controvertido (Zúñiga, 2009: 164 et. seq.), la regulación penal peruana iría a contracorriente de los estándares internacionales en relación con reconocer y fomentar los esfuerzos realizados por las empresas para la adopción de con-

⁵ Ejecutoria n° 1a./J. 71/2014 (9a.) de Suprema Corte de Justicia, Primera Sala, de 14 de diciembre.

⁶ Ejecutoria n°. 1a./J. 54/2013 (10a.) de Suprema Corte de Justicia, Primera Sala, de 31 de agosto.

troles y medidas internas con la finalidad de prevenir, evitar y, en su caso, detectar la comisión de actos de corrupción.

No obstante, debe tenerse presente que las consecuencias accesorias del art. 105 CP y de la legislación especial son las mismas que se pueden imponer, en vía administrativa, a la persona jurídica según la Ley 30424, de responsabilidad administrativa de la persona jurídica por el delito de cohecho activo internacional y otros delitos (que incluye corrupción doméstica, lavado de activos y otros delitos), pero con diferente naturaleza en cuanto a la sanción imponible. Esta defectuosa técnica legislativa (Caro Coria, 2019: 1301) implica que, en principio, podría aplicarse a la persona jurídica ambas sanciones (penal y administrativa), con la diferencia de que en el ámbito administrativo sí se recoge un modelo de *compliance* con efecto eximente, mientras que en el ámbito penal no. En ausencia de aplicación práctica, por el momento, de estas previsiones en estos supuestos, razones de *bis in idem* impiden el doble castigo. En este sentido, Perú manifestó al Grupo de Trabajo de la OCDE que, en atención a los principios generales del Derecho Penal, una persona jurídica solo podía ser perseguida administrativamente para los delitos que abarcan el ámbito de aplicación de la Ley 30424 (OCDE, 2019: 17-18). Esta postura, tratándose de incentivar a las empresas a que adopten modelos de prevención de actos de corrupción, debe valorarse positivamente, al alinearse con la postura de los organismos internacionales en la materia. No obstante, abre otro problema, y es la diferencia de trato que, sobre el *compliance*, se prevé para estos delitos frente a otros en los que, únicamente por la vía de las consecuencias accesorias, la persona jurídica puede ser castigada, donde no cabría defender que la organización estaba bien organizada, si bien esta cuestión excede del objeto específico de este estudio.

2.4.7. Análisis comparado de la regulación del valor eximente del programa de cumplimiento o integridad en el ámbito latinoamericano

Es preciso enmarcar el análisis comparado sobre de la eximente por existencia de un programa de cumplimiento en los países de referencia latinoamericanos en el escenario global sobre el reconoci-

miento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en esta región. Hay que tener presente que no todos los países de referencia reconocen la posibilidad de castigar penalmente a aquellas, en general y, particularmente, en relación con los actos de corrupción. Aquí se sitúan los sistemas jurídicos de Brasil⁷ y, con matices, Perú, quienes han preferido dar respuesta a los compromisos internacionales en esta materia mediante su expresa regulación administrativa. Y no parece que en ninguno de los dos casos se vayan a producir, a corto plazo, cambios legislativos en esta cuestión, más allá del hasta la fecha infructuoso proyecto de reforma del CP brasileño que, por lo demás, acoge un deficitario modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Debe advertirse que la situación legislativa de estos países, en lo que se refiere a la órbita penal, no tiene por qué implicar, *a priori*, una merma preventiva en el desarrollo de una estrategia anticorrupción, como lo demuestra el hecho de que alguna de estas regulaciones administrativas cuenta con valoraciones bastante positivas por el Grupo de Trabajo de la OCDE.

También apuesta preferentemente por la vía administrativa para sancionar a las personas jurídicas por actos de corrupción México, con la particularidad de que convive junto a ella una confusa y deficiente regulación penal federal, parcialmente recogida en el CP y en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

En el otro extremo, Argentina y Chile han optado por aprobar específicamente leyes sobre la materia cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a un catálogo cerrado de delitos. Es en ellas donde se encuentra la fuente principal de análisis en esta cuestión, al margen de otros cuerpos normativos (lavado de activos y materia tributaria, fundamentalmente), sin perjuicio de la también presente normativa administrativa que la complementa en estos países. No obstante, en una primera observación general, la disparidad en el tratamiento del fenómeno de la corrupción, con distintos regímenes para las perso-

⁷ Brasil sí conoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas para delitos medioambientales con la Ley 9605, de 12 de febrero de 1998, sobre sanciones penales y administrativas derivadas de conductas y actividades lesivas al medioambiente. Tampoco en este ámbito hay previsión alguna de circunstancias exoneratorias para la persona jurídica.

nas jurídicas, penal y/o administrativo, respecto de actos de corrupción, en ocasiones con distintos elementos de configuración (relevancia del *compliance* en sede administrativa, pero ausencia en sede penal, como sucede en algunos países), distorsiona el mensaje que se quiere transmitir a las empresas de que se conviertan en buenas personas jurídicas y debilita el efecto preventivo al que se orientan los programas de cumplimiento.

En este contexto, y tras analizar las principales características que definen las reglas penales sobre el valor eximente y alcance de la existencia de los programas de integridad en la región de América Latina, la primera valoración que se desprende es la gran heterogeneidad reinante en la materia, dado que coexisten cinco fórmulas, una por país. Brasil, según se ha dicho, no la incluye en su CP, ni tampoco en el proyecto de reforma de 2012. Perú tampoco conoce los incentivos premiales para las personas jurídicas de los que participa la posibilidad de conceder la inmunidad a la persona jurídica por la adopción y ejecución eficaz de un sistema de *compliance* para la prevención de delitos. Se mantiene anclado en un régimen de consecuencias accesorias, en esencia idéntico al que existió en España hasta la reforma del Código Penal mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, que introdujo el art. 31 bis. Aunque la Corte Suprema de Justicia de Perú ha atribuido naturaleza penal a las consecuencias accesorias del art. 105 CP, es una regulación a todas luces insuficiente para propiciar una respuesta eficaz en el tratamiento punitivo y preventivo del fenómeno de la corrupción asociado a la delincuencia organizada transnacional y que, en sí misma, no cumple los estándares internacionales. Algo que no parece preocupar a las autoridades peruanas, por contar con regulación administrativa para darle respuesta, como se ha señalado.

En otro estadio, México contiene a nivel federal una regulación penal parcheada, en algunos puntos conflictiva, concentrada en los arts. 11 bis Código Penal Federal y 422 Código Nacional de Procedimientos Penales. A diferencia de Perú, en este caso si cabe la exoneración de la persona jurídica con base en el “debido control en la organización”. No obstante, esta es una previsión tremendamente genérica e indeterminada, sin ninguna referencia al programa de cumplimiento, su contenido y alcance, y tampoco existen directrices,

guías o recomendaciones por parte de la Fiscalía General de la República para su clarificación. Una manera de paliar la insuficiencia normativa en esta cuestión, como ha recomendado el Grupo de Trabajo de la OCDE, es acompañar la interpretación del debido control en la empresa con la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

Chile y Argentina son los dos países en los que sí se cuenta con un régimen expreso sobre circunstancias eximentes de la persona jurídica en las leyes que se han promulgado para responsabilizarlas penalmente por determinados delitos de corrupción, entre los que se encuentra el soborno a funcionario extranjero, en ambos casos por existencia previa al delito de corrupción de un programa de integridad. Coinciden igualmente en incluir disposiciones que tratan de definir el contenido del *compliance* para determinar si este ha sido o no eficaz. La organización tendrá interés en introducir programas de cumplimiento en la medida en que cumplan con la función preventiva a la que aspira, pero obviamente dependerá de su grado de determinación en cada legislación nacional.

No obstante, presentan diferencias significativas en cuanto a los requisitos legales para la exoneración. El caso chileno, con una ley que data de 2009, condiciona la exoneración a la adopción e implementación de “modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos”, indicando sus elementos definitorios en el art. 4° de la Ley 20.393. Es de señalar que su adopción no es obligatoria por disposición expresa de la ley, por lo que su inexistencia no cierra la puerta a una eventual exoneración si se acredita que la empresa estaba organizada correctamente.

Frente a esta regulación, la Ley 27.401 argentina, de más reciente factura (2017), acoge un régimen más restrictivo para que opere la exclusión de la responsabilidad de la persona jurídica, puesto que exige una triple condición: además de haber implementado un “sistema de control y supervisión”, conforme a los elementos y contenido que establecen los arts. 22 y 23, es necesaria la denuncia voluntaria del delito por parte de la persona jurídica, como consecuencia de una actividad de detección e investigación interna de esta, además de la devolución del beneficio indebido obtenido. Como se observa, este último régimen eximente es el más exigente y pertinente en el marco de una estrategia político criminal de fomento de una

cultura de legalidad en las empresas para combatir las prácticas corruptas. En realidad, si el hecho corrupto se ha detectado fruto de una investigación interna, puede significar que, aunque el programa de integridad no lo evitó, al menos si lo detectó. Y si además lo pone prontamente en conocimiento de la autoridad, puede ser manifestación del compromiso de la empresa con el *compliance*, más allá de otras consideraciones sobre posibles estrategias procesales de defensa. El anterior mensaje queda reforzado, en última instancia, con la devolución del beneficio ilícito obtenido.

Lo anterior conecta con el último punto de comparación, que tiene que ver con el alcance que los sistemas jurídicos de los países de referencia atribuyen a esta circunstancia eximente. En general, las regulaciones que la admiten en el ámbito penal, esto es, Argentina, Chile y, con mayor imprecisión, México, comparten el hecho de que se admite legalmente la inmunidad de la persona jurídica si el delito ha sido cometido por un sujeto situado en el más alto nivel directivo de la empresa, bien porque lo ha llevado a cabo directamente, bien por ordenarlo o tolerarlo. Con ello no parecen adscribirse a la postura más restrictiva de la OCDE que rechaza en estos casos la posibilidad de exclusión de la responsabilidad. A falta de previsión legal, habrá de estarse a las directrices que a este respecto establezca la Fiscalía de cada país, hasta la fecha inexistentes, dado el escaso rodaje judicial en esta cuestión. En cualquier caso, a pesar de los recelos que suscita el alcance de esta circunstancia eximente, parece posible defender por vía interpretativa, conforme a las previsiones penales nacionales, la excepción a la exoneración en estos supuestos, bajo la consideración de que, si el delito parte o ha sido fomentado por la cúpula directiva, el programa de incumplimiento ha resultado fallido. La ley argentina, la más reciente en el tiempo, es la que más trabas pondría precisamente admitir la ausencia de responsabilidad de la persona jurídica en estas situaciones, dadas las estrictas condiciones que exige para ello, además de requerir que la violación del programa de integridad hubiera exigido un esfuerzo por los intervinientes del delito, lo que recuerda a la elusión fraudulenta que, igualmente, exige la regulación española.

2.5. Regulación en Colombia

2.5.1. Situación en Colombia

Recientemente Colombia ha aprobado la Ley 2195, de 22 de enero de 2022, que ha dejado aparcada, por el momento, la vía penal de castigo a la persona jurídica por delitos de corrupción. No obstante, esto no cierra la puerta a que en el futuro pueda convivir la vía sancionadora administrativa y penal para hacer frente al fenómeno de la corrupción, por lo que se impone reseñar las características principales de las infructuosas propuestas legislativas penales que se han sucedido en el tiempo.

En el proyecto de ley 127 (2018) se contemplaba la exoneración de responsabilidad de la persona jurídica por actos de corrupción en el art. 32. Para ello debían concurrir cuatro requisitos cumulativos, coincidentes con los que recoge el art. 31 bis, apartado 2 del CP español analizado anteriormente, es decir, los requisitos de exoneración cuando el delito lo comete un sujeto situado en la cúpula directiva de la persona jurídica. Ahora bien, el desechado proyecto únicamente castigaba a las personas jurídicas en esta única hipótesis, de nuevo con la misma redacción de la letra a) del CP español. Como puede observarse, esta regulación no cumplía, doblemente, con los estándares más restrictivos al respecto.

El proyecto de ley 178 (2020) incorpora en su articulado ambas modalidades de atribución de responsabilidad (directivo y subordinado), con una redacción similar al contenido de las letras a) y b) del CP español. Así, cuando no se acredite una “falta del debido control de la persona jurídica”, por estar debidamente organizada (art. 3.2) quedará exenta de responsabilidad. En concreto, el art. 4 se refiere expresamente a la exención si se cumple una única condición: “el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, un *compliance* penal para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”, según los requisitos que debe cumplir dicho programa de cumplimiento que establece el art. 5 (modelos de organización y gestión). Además, la adopción previa al delito de un programa de *compliance* puede también actuar de atenuante, y no eximente, si “fue adoptado de forma parcial” (art. 4, *in fine*).

Este proyecto supone una mejora respecto del Proyecto 117 (2018) y está en sintonía con la necesidad de fomentar una cultura de cumplimiento en las organizaciones empresariales como herramienta preventiva de los actos de corrupción, en sus distintas manifestaciones. Pero tampoco cumpliría con las directrices internacionales de evitar que la persona jurídica excluya su responsabilidad por la existencia de un programa de integridad o *compliance* cuando son los sujetos situados en el más alto nivel quienes directamente cometen el delito, lo ordenan o lo consienten.

2.5.2. Análisis comparado a la luz de los estándares internacionales y los sistemas nacionales latinoamericanos y no latinoamericanos previamente analizados

Las iniciativas prelegislativas impulsadas en Colombia, hasta la fecha infructuosas, para dotar de un cuerpo normativo penal en relación con las personas jurídicas por actos de corrupción, no se apartan de la tónica imperante en los sistemas nacionales dentro y fuera del entorno latinoamericano. Colombia cuenta ya con una regulación administrativa en la materia, por lo que, ciñéndonos a los dos proyectos de 2018 y 2020, el régimen eximente que en ellos se prevé presentan afinidades con las regulaciones del ámbito geográfico más próximo, como es Chile y Argentina, pero recuerda también, en gran medida, a la regulación española. Lo anterior se pone de manifiesto en los términos literales de la condición eximente que contempla el art. 4 del proyecto 178 (2020) (“que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, un *compliance* penal para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”), con los requisitos que deben cumplir estos modelos de organización y gestión a tenor del art. 5 del proyecto. No obstante, a diferencia del caso español o argentino, no se condiciona a ninguna otra condición (denuncia voluntaria, devolución del beneficio ilícito obtenido, elusión fraudulenta del programa de cumplimiento o esfuerzo en su violación por parte de los intervinientes del delito).

Tampoco se excepciona la exoneración en el supuesto de que el delito es cometido, ordenado o tolerado por un sujeto pertene-

ciente al más alto nivel jerárquico de la persona jurídica, conforme a los estándares de la OCDE, por lo que son extrapolables la mayor parte de las observaciones que se han apuntado a lo largo del estudio y análisis comparado previo. En este sentido, el proyecto 178 (2020) supone un retroceso respecto de la regulación que ofrecía el proyecto 117 (2018), en esencia un calco de las condiciones de exoneración del apartado 2 del art. 31 bis CP español para el supuesto de que el delito lo comete el representante legal u persona facultada para tomar decisiones en nombre o por cuenta de la persona jurídica, o con facultades de organización o de control.

2.6. *Nota final*

Según lo analizado previamente, no puede hablarse, en puridad, de la existencia de especificidades en la regulación del *compliance* o programas de integridad como circunstancia eximente de responsabilidad de las personas jurídicas con respecto del fenómeno de la corrupción asociada al crimen organizado transnacional. Ello es debido a que la importancia que se atribuye al fomento de la integridad empresarial en el ámbito internacional es omnicomprendensiva, esto es, dirigida a cualquier ámbito de criminalidad en el que participen. De otra forma, el impulso de una cultura corporativa de respeto a la legalidad y los esfuerzos que desde distintos organismos internacionales se están realizando para fomentar los incentivos premiales que las personas jurídicas se conviertan en “buenos ciudadanos corporativos”, no se adscribe exclusivamente a los actos de corrupción, sino con carácter general a todo tipo de criminalidad en la que pueden ver involucrada. Lo anterior no empaña, en absoluto, el trascendental papel preventivo al que aspira la implementación y ejecución de un programa de cumplimiento empresarial en este tipo de delincuencia, probablemente la más paradigmática en la que puede verse involucrada una persona jurídica.

3. LA EFICACIA ATENUANTE DE LA ACTUACIÓN POST-DELICTIVA DE COLABORACIÓN EFICAZ

3.1. *Consideraciones iniciales*

La colaboración con las autoridades cuenta con una larga trayectoria en su uso como incentivo premial para la persecución y prevención de actos de corrupción realizados por personas físicas⁸. En el caso de personas jurídicas, compartiría el mismo objetivo, premiar los esfuerzos realizados por estas por detectar y desalentar la corrupción, ofreciendo como contraprestación una mitigación o, incluso, una exclusión de la pena (ONU, 2013: 32). Es en el contexto, por tanto, del Derecho penal premial en el que la colaboración eficaz de la persona jurídica con las autoridades se presenta como valiosa herramienta para combatir el fenómeno de la corrupción, en especial, asociada al crimen organizado transnacional.

En un ámbito de criminalidad con un claro componente estructural y en el que impera la complejidad y la opacidad del entramado de relaciones entre individuos, sociedades y administraciones públicas, el éxito en el descubrimiento, persecución y castigo de los delitos cometidos depende, en gran medida, de que quienes pertenecen a estas tramas y redes estructurales y/o han intervenido en su realización aporten información decisiva para la actuación policial y judicial. De no contar con la cooperación de alguno de ellos la probabilidad de que la corrupción permanezca encubierta es muy elevada, puede requerir muchos más recursos por la vía de una investigación, o derivar en una respuesta jurídico-penal insuficiente por no haber podido esclarecer toda la magnitud criminal de los hechos. Resulta vital, por tanto, motivar al sujeto a contribuir en la adquisición de pruebas procesales que, a cambio, le permitan evitar una parte de la sanción (Benítez, 2003: 36, 38), bajo la premisa de que es mejor renunciar a una parte del castigo que afrontar la impunidad total del delito. Ello no supone renunciar a la función preventiva que cumple el Derecho Penal, en general, y en particular en relación con el fenómeno de la

⁸ Vid., p. ej., la Resolución 97/C 10/01 del Consejo, de 20 de diciembre de 1996, relativa a las personas que colaboran con el proceso judicial en la lucha contra la delincuencia internacional organizada.

corrupción, puesto que, como se trata en otro capítulo, las penas imponibles a las personas jurídicas han de ser “eficaces, proporcionales y disuasorias”.

Se ha señalado que la existencia de circunstancias atenuantes de la persona jurídica, en general, y, en particular, el carácter atenuante de la colaboración con las autoridades, supone la expresión máxima de un modelo de autorresponsabilidad empresarial (Gómez-Jara, 2016: 236, 237; Pérez, 2017: 126). Si el acto de corrupción es detectado por la persona jurídica, puede ser expresión de que han funcionado los controles anticorrupción internos, de manera que, aunque el programa de integridad no ha evitado la comisión del delito, lo ha detectado y no lo ha tolerado. No es de extrañar, por tanto, que en el ámbito internacional se recomiende atribuir a este incentivo una reducción de la pena e, incluso, el premio de la inmunidad (ONU, 2013: 3). Ambas alternativas encuentran reflejo en los sistemas jurídicos nacionales de referencia que van a ser objeto de análisis comparado. No obstante, conviene aclarar previamente que la inmunidad, en su caso, que obtiene la persona jurídica por colaborar con las autoridades suele articularse mediante fórmulas transaccionales de índole procesal, de manera que es la Fiscalía la que valora la decisión de perseguir penalmente a la persona jurídica condicionada al grado de colaboración empresarial. Por el contrario, en los ordenamientos jurídicos en los que no rige el principio de oportunidad, sino el de legalidad en la actuación de la acusación pública, el alcance mitigador de la colaboración queda habitualmente restringido al de una atenuante. Complementario de lo anterior, resulta igualmente relevante el momento en que se produce la colaboración, dado que esta puede surgir antes o después del proceso penal, bien por la realización de investigaciones internas que determinan una denuncia o confesión a las autoridades, bien proporcionando la información que las autoridades requieran a lo largo de la investigación, o ambas cosas (Pérez, 2017: 126, 127), lo que también es un condicionante para el mayor o menor efecto mitigador que pueda tener en la responsabilidad de la persona jurídica.

En cualquier caso, no es admisible cualquier cooperación para que surta efectos mitigadores. La colaboración debe ser “eficaz”, lo que, en el ámbito de la corrupción asociada a la delincuencia organi-

zada transnacional, apela a su relevancia para descubrir, investigar y depurar responsabilidades en las tramas delictivas que destapa, pero igualmente a los esfuerzos que realiza la empresa para contrarrestar los beneficios ilícitos y/o los efectos negativos que produce, tal y como han expresado los principales textos normativos en este ámbito.

Sobre esta base, el análisis comparado de los sistemas jurídico-penales de los países de referencia va a poner de manifiesto el distinto alcance que otorgan a la colaboración de la persona jurídica (atenuación-inmunidad) y cauce para su valoración (Derecho sustantivo *vs* acuerdo procesal). También, su contenido se disecciona en ocasiones en varias atenuantes autónomas (confesión, colaboración y reparación del daño), a veces de difícil delimitación.

3.2. Tendencias en los instrumentos internacionales de ámbito universal y regional

Según el mismo orden expositivo seguido anteriormente, dentro de las iniciativas internacionales que específicamente alientan la colaboración o cooperación eficaz de las personas jurídicas por la comisión de actos de corrupción asociados al crimen organizado transnacional, se diferenciarán las de ámbito universal (ONU y OCDE) y regional (OEA, Consejo de Europea y UE).

En el ámbito universal, comenzando por la ONU, existe un lineamiento claro a favor de promover la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley. Así lo exige tanto el art. 37 de la Convención de Mérida de 2003 sobre corrupción (“Cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley”), como el art. 26 de la Convención de Palermo de 2000 sobre delincuencia organizada transnacional (“Medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley”). Cabe matizar que ambos textos no aluden a la naturaleza individual o corporativa de quien decide colaborar, por lo que debe interpretarse que en este requerimiento tienen cabida también las personas jurídicas.

La Convención de Mérida delimita el contenido de la cooperación como el hecho de proporcionar “a las autoridades competentes

información útil con fines investigativos y probatorios” y prestarles “ayuda efectiva y concreta que pueda contribuir a privar a los delincuentes del producto del delito, así como a recuperar ese producto”. Por su parte, la Convención de Palermo incluye indicadores más precisos para valorar la utilidad de la información proporcionada con fines investigativos o probatorios, específicamente: “(a) la identidad, la naturaleza, la composición, la estructura, la ubicación o las actividades de los grupos delictivos organizados; (b) los vínculos, incluidos los vínculos internacionales, con otros grupos delictivos organizados; (c) los delitos que los grupos delictivos organizados hayan cometido o puedan cometer” (art. 26.1.a), además de “prestar ayuda efectiva y concreta a las autoridades competentes que pueda contribuir a privar a los grupos delictivos organizados de sus recursos o del producto del delito” (art. 26.1.b)).

Únicamente la Convención de Mérida se pronuncia sobre el efecto jurídico de la colaboración eficaz en la responsabilidad penal. De acuerdo con los apartados 2 y 3 del art. 37 de la Convención contra la corrupción, deja abierta la opción de que opere como circunstancia de atenuación de la pena o de inmunidad, en conexión con la eficacia preventiva que algunos documentos vinculados a estas convenciones han atribuido al establecimiento de incentivos penales. La Guía de recursos sobre medidas estatales para reformar la integridad empresarial asume como uno de sus pilares que “las sanciones son más eficaces cuando se combinan con incentivos que premian las buenas prácticas” (ONU, 2013: 2), destacando como uno de lo más habituales la colaboración “para fomentar la denuncia de delitos por los propios testigos o víctimas y premiar los esfuerzos de prevención desplegados por las empresas” (ONU, 2013: 4).

Aún en el ámbito internacional universal, ninguna atención particularizada se hace de la colaboración eficaz de la persona jurídica (tampoco de la física) en la Convención de la OCDE sobre corrupción a funcionarios públicos extranjeros de 1997, ni en las Recomendaciones Anti-Soborno de 2009. A pesar de ello, es innegable el papel que la OCDE atribuye a la colaboración de las personas jurídicas como parte central de un sistema de incentivos para fomentar el cumplimiento de la ley y como herramienta político criminal para el esclarecimiento y enjuiciamiento de los actos de corrupción,

tal como destacan algunos documentos vinculados a la Convención (*Liability of Legal Persons for Foreign Bribery: a Stocktaking Report*, 2016: 148). En este sentido, cabe destacar que en el ámbito de la OCDE se deja la puerta abierta al concreto efecto mitigador que puede tener la colaboración eficaz con las autoridades. En realidad, la mayor preocupación es la existencia de criterios e instrucciones claros en el uso de estos factores de mitigación que conviertan el proceso de sanción en menos transparente y predecible (OCDE, 2016: 148).

En el ámbito internacional regional, no hay mención expresa a la cooperación de las personas jurídicas con las autoridades en el marco de la OEA (Convención de 1996 y documentos vinculados) y de la UE (fundamentalmente, Decisión Marco 2003 y Directiva PIF 2017). Solo en el marco del Consejo de Europa la Convención penal contra la corrupción de 1999 prevé una disposición vinculada con esta cuestión, concretamente en su art. 22 (“Protección de los colaboradores de la justicia y los testigos”). En él se establece la necesidad de ofrecer una protección efectiva y apropiada a quienes “proporcionen información relativa a los delitos tipificados de conformidad con los artículos 2 a 14 o que colaboren de otro modo con las autoridades encargadas de la investigación o de la persecución”, así como a los testigos en relación con estos delitos. Obsérvese que esta cláusula no tiene como finalidad, en principio, delimitar lo que ha de entenderse por colaboración con la justicia, ni tampoco pronunciarse sobre el efecto que produce en la responsabilidad de quien colabora, persona física o jurídica.

A tenor de lo expuesto se desprenden varias conclusiones. En primer lugar, existe una tendencia común en el ámbito internacional universal e, implícitamente, en el ámbito internacional regional, al reconocimiento de incentivos premiales que puedan producir una mitigación de la pena, dentro de un marco global de fomento de la integridad empresarial, para la persona jurídica que colabora, bien antes del proceso (*voluntary disclosure*), bien una vez iniciado el mismo (*cooperation*). En segundo lugar, los estándares internacionales universales no se pronuncian expresamente sobre el alcance de dicha mitigación de la responsabilidad, de manera que corresponde a cada sistema jurídico nacional, según su Derecho interno, la decisión y las condiciones sobre su carácter atenuante o eximente.

Por último, existe un posicionamiento claro en el marco de la ONU a que los incentivos premiales “no se concedan alegremente” (ONU, 2013: 5). Esto implica que para que la colaboración resulte eficaz y produzca sus efectos en la reducción o exclusión de la pena, se exige de la persona jurídica un comportamiento proactivo, tanto en relación con el suministro de información útil para la investigación como para contrarrestar el producto o efectos del delito. Frente a esta línea internacional universal, se advierte en el marco del Consejo de Europa una postura más laxa, limitada exclusivamente al suministro de “información” sobre los delitos que tipifica la Convención u otro tipo de colaboración, sin mayor precisión.

Sin duda, el impulso de una estrategia global de fomento de la integridad empresarial, particularmente en el tratamiento punitivo y preventivo del fenómeno de la corrupción asociada a la delincuencia organizada transnacional, no parece que deba contentarse únicamente con una colaboración contenida al suministro de información si no viene acompañada de otros comportamientos proactivos que contrarresten el beneficio y perjuicio que esta criminalidad genera en la sociedad, como se desprende de la postura mantenida por la ONU. No obstante, el objetivo utilitarista que se pretende con esta circunstancia, en cuanto al descubrimiento y persecución del delito o delitos, también puede alcanzarse con un contenido más limitado de la colaboración, donde lo fundamental estará en que la persona jurídica proporcione información relevante para el esclarecimiento de los hechos e identificación de los partícipes. Algo que también podrá ser tenido en cuenta para una posible reducción o atenuación de la pena.

3.3. La experiencia comparada no latinoamericana: España y Estados Unidos

3.3.1. Aproximación inicial

Los dos sistemas no latinoamericanos elegidos constituyen un buen exponente de las distintas dimensiones que adquiere la cooperación con las autoridades en el panorama internacional como herramienta eficaz para combatir la corrupción. Como se va a analizar,

el caso español, con poco más de una década de andadura a sus espaldas, acoge una regulación penal sustantiva de incentivos premiales empresariales, en general, y de la colaboración, en particular, con exclusivo efecto atenuante. Mientras, el modelo norteamericano, aunque ha tenido una innegable influencia en Derecho comparado dada su larga trayectoria, también en España (Goena Vives, 2017: 292), le confiere a la colaboración eficaz efectos atenuantes en la culpabilidad de la persona jurídica, pero igualmente actúa como uno de los criterios principales en la consecución de un acuerdo de no persecución penal con las autoridades.

3.3.2. España

La regulación española ha optado por un tratamiento específico de las atenuantes para las personas jurídicas en el art. 31 *quater* CP, todas ellas de carácter post-delictivo (a) confesión; (b) colaboración; (c) reparación o disminución del daño; (d) implementación de medidas eficaces para la prevención de delitos. Dada la literalidad de la ley (“solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”), no les es aplicable ninguna otra de las atenuantes genéricas que recoge el art. 21 CP (Pérez, 2017: 126), si bien únicamente la colaboración y la implementación de un programa de cumplimiento con posterioridad al delito no encuentran reflejo en este precepto (Goena Vives, 2017: 291).

Se regula, así, en primer lugar, la tradicional atenuante de confesión, en los mismos términos que para las personas físicas contiene el 21.4 CP (proceder, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella a confesar la infracción a las autoridades)⁹.

⁹ Según jurisprudencia consolidada, la atenuante de confesión exige como requisitos, en esencia, los siguientes dos elementos: (a) requisito objetivo. La confesión ha de ser veraz y autoinculpadora, pudiéndose hacer por sí mismo o por vía de un tercero. Además, no podrá alegarse si se ocultan datos relevantes para la causa, la calificación jurídica o para la agravación de la pena. Por último, el requisito objetivo exige que se realice ante las autoridades, esto es, el juez o tribunal, Fiscalía o policía judicial y (b) Requisito temporal. La confesión ha de realizarse antes de que el sujeto conozca que el procedimiento se dirige contra él. La jurisprudencia entiende el término

También atenuará la responsabilidad de la persona jurídica el “haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos”. Por su parte, la reparación del daño también adquiere en la regulación española autonomía propia, de nuevo con idéntica previsión que para las personas físicas (art. 21.5 CP): “haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito”. La regulación española distingue, por tanto, tres atenuantes autónomas que confluyen en el concepto amplio de colaboración eficaz, acorde con los estándares internacionales de ámbito universal.

La atenuante de confesión presenta particularidades en relación con las personas jurídicas y, en ocasiones puede entrar en colisión con la colaboración de la letra b), como bien ha puesto de relieve la doctrina (Gómez-Jara, 2016: 237; Goena Vives, 2017: 277)¹⁰. Se ha planteado que una forma de minimizar esta colisión es restringir la aplicación de la atenuante de confesión para las personas jurídicas a los casos de autoinculpación, es decir, confesión voluntaria y espontánea a las autoridades, lo que ocurrirá fundamentalmente cuando el acto de corrupción ha sido detectado gracias al *compliance* de la empresa y esta decide ponerlo en conocimiento de las autoridades. Aunque esta interpretación no evita que, en ocasiones, sea compleja su

procedimiento en sentido amplio, siendo válida ante la policía o la Fiscalía. Por todas, STS, nº 958/2021, de 15 de diciembre, en la que se recoge la doctrina jurisprudencial aplicable.

¹⁰ La tradicional atenuante de confesión para las personas físicas (art. 21.4 CP) se ha interpretado jurisprudencialmente de forma objetiva, en el sentido de realización de actos efectos de colaboración con la justicia que faciliten la investigación del delito, así como el descubrimiento y castigo de los culpables. De manera que si estos actos se realizan después de que se ha dirigido el procedimiento contra el culpable, se ha considerado por los tribunales la aplicación de atenuante analógica de cooperación, al amparo del art. 21.7 CP. Dado que para las personas jurídicas se distingue la atenuante de confesión y de cooperación, esta última cubrirá el ámbito de lo que para las personas físicas conduce a la aplicación de una atenuante analógica de confesión, no sin dificultades de distinción en algunos casos (Gómez-Jara Díez, 2015: 232).

delimitación o, incluso, puedan concurrir simultáneamente ambas atenuantes cuando además de la confesión-autodenuncia posteriormente se aportan nuevas pruebas por la persona jurídica (Gómez-Jara, 2016: 236). Prueba de esto último es la STS, 2ª, n° 496/2020, de 8 de octubre, referido a un caso de defraudación tributaria del Impuesto de Sociedades en varios periodos impositivos, donde el Alto Tribunal español refrendó la concurrencia de ambas atenuantes, además de la atenuante de reparación. La aplicación de las dos atenuantes que ahora se analizan vino determinada en el caso de confesión por presentar las declaraciones complementarias con anterioridad de conocer que la causa se dirigía contra la entidad, y la de colaboración por haber facilitado a la Agencia Tributaria toda la documentación que obraba en su poder para el esclarecimiento de los hechos que dieron lugar a la causa judicial.

Al margen de las cuestiones problemáticas que plantea la atenuante de confesión en relación con el derecho de defensa de la persona jurídica, los principales rasgos definitorios de la atenuante de confesión del art. 31 quater a), según ha perfilado mayoritariamente la doctrina (Gómez-Jara Díez, 2016: 231 et. seq.; Pérez Machío, 2017: 126; Goena Vives, 2017: 279 et. seq.), son los siguientes tres: (a) ha de vehicularse a través del representante legal de la persona jurídica, siendo suficiente con confesarlo a las autoridades administrativas; (b) los hechos que se confiesan habrá de ser veraces; y (c) deberán ir referidos a la participación de la persona jurídica que confiesa en algún delito en los términos del art. 31 bis CP, incluida la omisión del debido control. Procesalmente, de acuerdo con la jurisprudencia existente en aplicación del art. 21.4 a las personas físicas, es extensible a la empresa el requisito temporal de que se considera que el procedimiento se dirige contra el responsable ya con las diligencias policiales (Gómez-Jara, 2016: 232). Además, no valdrá el conocimiento de que se dirige contra ella un procedimiento por cualquier empleado, sino exclusivamente por su administrador o representante legal (Gómez-jara, 2016: 233).

De acuerdo con Gómez-Jara, la atenuante de colaboración de la letra b) no requiere para su aplicación ningún elemento de autoinculpación, ni que necesariamente la información que se suministre, ya sean pruebas, testimonios o ambos, se refiera a la empresa cola-

boradora, pudiendo alcanzar exclusivamente a terceros. Igualmente puede hacerse efectiva mediante investigaciones internas o proporcionando a las autoridades lo que le soliciten en la investigación, o ambas a la vez (2016: 237). Pero según el tenor literal del art. 31 bis quater, letra b), lo determinante es la aportación de pruebas “que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos”, lo que parece conceder un rango muy limitado a la aplicación de la atenuante, pues se orienta al resultado de la colaboración y no a los esfuerzos realizados por la persona jurídica (Gómez-Jara, 2016: 238). Eso puede suponer una excesiva carga para la empresa colaboradora, hasta el punto de que puede haber hecho una enorme inversión para colaborar, pero sufrir una sanción (Goena Vives, 2017: 299).

El CP no limita la posibilidad de colaboración a ningún momento temporal; las pruebas nuevas y decisivas, esto es, que aún no han sido aportadas a la investigación y juegan un papel relevante en la convicción del juez, pueden aportarse en cualquier momento del proceso, aunque en la práctica cuanto más avanzado esté, más difícil será que cumplan con estos requisitos (Goena Vives, 2017: 303).

En cuanto a la atenuante de reparación o disminución del daño de la letra c) del art. 31 quater, y a pesar de que puede vehicularse tanto con una reparación económica como moral, es dominante la primera fórmula a los efectos de proteger a las víctimas. Así, en lo que respecta a su eficacia en relación la realización de prácticas corruptas, el principal contenido de esta atenuante viene de la mano de la devolución del beneficio, ganancia, ventaja o producto obtenido por el delito¹¹, pero obviamente no excluye otras formas de materialización, incluso a través de fórmulas de justicia restaurativa para reparar los efectos negativos que la corrupción produce en la sociedad y en la ciudadanía en general (Nieto Martín, 2017: 325 et. seq.)¹².

¹¹ Esta forma de reparación del daño, muy cualificada, se apreció en la condena por defraudación fiscal al Fútbol Club Barcelona en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sec. 8ª, rec. 1957/2015, de 14 de diciembre, dictada de conformidad.

¹² La atenuante de reparación del daño ha sido aplicada puntualmente en algunos casos judiciales por los que a la persona jurídica se ha condenado

Al igual que la confesión y colaboración, la atenuante de reparación o disminución del daño está condicionada a un momento temporal, de manera que solo surte efectos si se produce antes de la celebración del juicio oral.

Fuera del régimen específico de atenuantes del 31 quater, conviven en la parte especial del CP algunas previsiones mitigadoras de la pena por actuaciones de colaboración que resultan extrapolables a las personas jurídicas. Específicamente en relación con la corrupción han de mencionarse las cláusulas de exención de la pena en el ámbito tributario (arts. 305.4, 307.3 & 308.6 en relación con los delitos de defraudación tributaria y contra la Seguridad Social y fraude de inversores, respectivamente) y, correlativamente, de atenuación privilegiada en uno o dos grados si la colaboración (reconocimiento y pago de lo debido) se produce en el plazo de dos meses desde la citación judicial del culpable (arts. 305. 6, 307.5 & 308.8)¹³. Así, las atenuaciones privilegiadas citadas permiten una reducción de pena mayor que la que ofrecen las atenuantes genéricas del art. 31 quater, a menos que estas últimas se califiquen de cualificadas o muy cualificadas.

El régimen específico de atenuantes a las personas jurídicas del art. 31 quater acoge todos los elementos de la colaboración eficaz plasmados en los estándares internacionales universales, haciendo suyo el mensaje de que la mejor manera de combatir el fenómeno de la corrupción es creando una alianza entre la empresa y el Estado (Goena Vives, 2017: 82). Al margen de las posibles situaciones de solapamiento que pueden surgir entre ellas, la principal objeción que cabe plantear gira, no obstante, en torno a la autonomía con que la regulación española dota a estas circunstancias, de manera que, incluso concurriendo las tres, la persona jurídica no evita, según la ley,

por delito fiscal, por la vía de la devolución de la cuantía de lo defraudado, además de los recargos e intereses de demora, a la Hacienda Pública. Así, SSTTS, 2ª, n° 746/2018, de 13 de febrero de 2019 (atenuante muy cualificada) y n° 496/2020, de 8 de octubre (atenuante simple).

¹³ Las atenuantes privilegiadas del ámbito tributario no encuentran, sin embargo, reflejo en el delito de cohecho en el ámbito público, en el que también se prevé una exención de la pena al particular colaborador, también persona jurídica, en el art. 426 CP.

la pena. A menos que esto se valore en el sentido de que el *compliance* existente gozó de buena salud y resultó eficaz para la detección del delito, lo que en cualquier caso habrá de probarse en el proceso penal (Circular 1/2016 FGE, 2016: 55). Con todo, ante la falta de directrices claras que orienten la labor del Ministerio Fiscal y de las autoridades judiciales (Gómez-Jara, 2016: 241), este régimen legal podría producir el efecto contrario que se busca con estos incentivos premiales, dado que una plena colaboración con las autoridades no garantiza la inmunidad de la persona jurídica, ni le evita el impacto reputacional del proceso penal.

3.3.3. Estados Unidos

La colaboración de las personas jurídicas con las autoridades cuenta en el sistema jurídico norteamericano una larga trayectoria según su sistema procesal transaccional (Goena Vives, 2017: 292), por lo que convive su carácter atenuante con el de la renuncia a la persecución penal de la empresa, en este último caso mediante un acuerdo entre la defensa de la persona jurídica y la acusación pública.

Fundamental en el reconocimiento de este incentivo premial en el sistema jurídico federal estadounidense como atenuante son las orientaciones que ofrecen las *Organizational Sentencing Guidelines*, así como los memorandos del *Department of Justice*. La principal característica definitoria de este régimen es que los factores de atenuación y agravación que recoge el §8 USSG operan en el marco de una valoración global de la culpabilidad de la persona jurídica, mediante un sistema basado en la adición o reducción de puntos según las circunstancias que estén presentes en el caso concreto (§8C2.5 USSG). En lo que se refiere la colaboración eficaz con las autoridades, ha de estarse a lo previsto en la letra §8C2.5.g): *self-reporting, cooperation and acceptance of responsibility*.

En orden a su impacto en el nivel de culpabilidad de la empresa, y al margen de la concurrencia de otros factores atenuantes y/o agravatorios, atribuye la máxima reducción de la pena que permite este factor (5 puntos), bien a la denuncia inmediata de los hechos antes de su divulgación o del inicio de una investigación por las autoridades,

bien a la plena colaboración con la investigación y reconocimiento de su responsabilidad si se produce la denuncia voluntaria en un plazo razonable de tiempo una vez que la persona jurídica conoce la comisión del delito. La atenuación es menor (2 puntos) si concurre simultáneamente la colaboración y aceptación de la responsabilidad sin que haya mediado denuncia voluntaria, y únicamente permite reducir la pena en 1 punto si se limita a reconocer su responsabilidad. Pero dichos descuentos no son acumulables, sino que se utilizará el más alto que concorra (Ortiz de Urbina & Chiesa, 2018: 1512).

Resulta relevante destacar el mayor peso en la reducción de la pena que se concede a la colaboración en la primera alternativa de la letra g) del §8C2.5 que a la atribuida a la existencia de un programa de cumplimiento (5 puntos *vs.* 3 puntos), si bien para que esto suceda han de cumplirse algunas condiciones que señalan las USSG. Primero, que la colaboración se realice con prontitud (*timely*), esto es, en el momento en que la persona jurídica recibe la notificación oficial de una investigación penal. Y segundo, que la colaboración sea completa y detallada (*thorough*), suministrando toda la información que conozca la organización y que resulte relevante y suficiente para identificar la naturaleza y el alcance del delito y al individuo o individuos concretos que lo llevaron a cabo. No obstante, la Fiscalía puede valorar positivamente en la misma medida la cooperación de la persona jurídica, aunque no se logren esos objetivos cuando ello se ha debido a la falta de cooperación de determinadas personas. Pero esta falta de cooperación no debe confundirse con la de la propia persona jurídica, porque de ser así, puede tener como resultado práctico la falta de acceso a los puntos de reducción que permite la colaboración, e igualmente a los que se prevén por la existencia de un programa de cumplimiento efectivo (Ortiz de Urbina & Chiesa, 2018: 1513).

Además de lo anterior, el carácter preeminente que el sistema federal estadounidense concede a la colaboración de las personas jurídicas se aprecia en la posibilidad de alcanzar un acuerdo de no persecución de la persona jurídica, por la vía de los ya mencionados anteriormente NPA y DPA. Estos acuerdos transaccionales, de recurso frecuente en la aplicación de la FCPA, pone de manifiesto que la colaboración resulta rentable, tanto para que la persona jurídica

acepte una negociación como para que el asunto no acabe trascendiendo ante la opinión pública (Goena Vives, 2017: 292, 295)¹⁴.

Una última consideración en cuanto a la reparación del daño. Esta dimensión de la colaboración con las autoridades no está prevista como circunstancia atenuante para las personas jurídicas, sino como pena (*remedial sanction*), en los términos regulados en el §8B USSG, bien adicional a la pena de multa, bien alternativa a esta, de manera pactada con la acusación pública como forma de evitar el proceso penal.

De las características principales reseñadas del sistema federal estadounidense lo primero que debe destacarse es el protagonismo que las autoridades conceden a la colaboración, incluso concediéndole un mayor peso mitigador que la propia existencia de un programa de integridad. Cabe interpretar que, en realidad, si la empresa denuncia voluntaria y espontáneamente, lleva a cabo una plena colaboración y acepta su responsabilidad, en los términos y condiciones que establece la *USSG*, ello es expresión de la máxima eficacia que han tenido los controles y medidas internas anticorrupción. De ahí que los dos pilares fundamentales sobre la decisión de acusar o no a una persona jurídica residan en su colaboración con la investigación y la tenencia de un programa efectivo de *compliance* (Villegas García, 2016: 345).

Por su parte, el margen de flexibilidad en cuanto al alcance de la mitigación, con la posibilidad de que conlleve la inmunidad de facto de la persona jurídica a través de acuerdos procesales, resulta político criminalmente conveniente en el tratamiento punitivo y preventivo de los actos de corrupción asociados a la delincuencia organizada transnacional, puesto que las empresas considerarán más rentable cooperar en el esclarecimiento de los hechos y depuración de responsabilidades que verse sometida a la sanción penal. Eso no oculta los problemas que la doctrina ha puesto de

¹⁴ A pesar de la dificultad de obtener datos al respecto, el número de DPAs y NPAs que se han acordado desde el año 2015 hasta el 2021 han sido 41 de un total de 78 casos por violación de disposiciones de la FCPA, según la información disponible en la Corporate Prosecution Registry, iniciativa privada liderada por Brandon Garret y Jon Ashley.

manifiesto respecto del grado de discreción que poseen las autoridades estadounidenses al margen del control de la autoridad judicial y el impacto en los derechos de defensa de la persona jurídica (renuncia expresa a la confidencialidad abogado/cliente, ausencia de control judicial, renuncia a abono de los gastos de defensa de los empleados de la empresa) (Gómez-Jara, 2016: 251; Goena Vives, 2017: 295).

3.3.4. Análisis comparado de los países no latinoamericanos de referencia

A la hora de abordar un análisis comparado del régimen atenuante de la colaboración con las autoridades en el sistema federal norteamericano y español, son extrapolables buena parte de las observaciones generales anteriormente realizadas en torno al tratamiento jurídico-penal de los programas de cumplimiento por ambos países. Señala Goena Vives que el ordenamiento jurídico estadounidense, con largo recorrido en materia de colaboración empresarial, puede considerarse un precedente legislativo de la atenuante de colaboración que regula la letra b) del art. 31 quater CP español (2017: 292). Ciertamente ambas regulaciones comparten el reconocimiento de este incentivo, bajo una lógica premial, para facilitar la investigación y persecución de complejas tramas de corrupción, si bien a partir de esta nota común se presentan notables diferencias en su específico tratamiento jurídico-penal. En una aproximación general, el caso español circunscribe la cooperación, en sus distintas plasmaciones, a una eventual atenuación de la pena que deberá acreditarse en el proceso penal y, en consecuencia, ha de someterse a control judicial. El modelo estadounidense le otorga una doble naturaleza, atenuante, moduladora de la culpabilidad de la persona jurídica y de reducción de la pena o, acorde con el sistema procesal transaccional que le caracteriza, de exclusión del proceso penal mediante la adopción de acuerdos con la Fiscalía que se sustraen del control judicial. Ambas vías, por lo demás, son compatibles con los estándares internacionales en la materia, que no determinan hasta dónde puede alcanzar el efecto mitigador de la colaboración eficaz.

Descendiendo en mayor detalle en la comparación de ambos sistemas, y restringiendo el análisis a la colaboración como factor de atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, resulta destacable, en primer lugar, que el art. 31 quater CP atomiza las distintas dimensiones de la colaboración con las autoridades que plasman las convenciones de Palermo y Mérida en tres atenuantes con autonomía propia: confesión, cooperación y reparación del daño. A tenor de las reglas generales sobre determinación de la pena del art. 66 CP, extensibles a las personas jurídicas, de concurrir exclusivamente una de ellas, la pena imponible se moverá en la mitad inferior del marco penal o permitirá una reducción de la pena en uno o dos grados si es valorada como atenuante cualificada o muy cualificada. La misma reducción en uno o dos grados conlleva la presencia de más de una de ellas. Con todo, seguirá habiendo responsabilidad para la persona jurídica, a menos que la concurrencia simultánea de todas ellas pruebe que el *compliance* con que contaba la empresa fue eficaz, a pesar del delito acaecido.

Por su parte, las USSG engloba, en principio, la confesión y colaboración en una única variable atenuante de la culpabilidad de la persona jurídica, pero otorgándole distinta puntuación en cuanto a su efecto reductor de la pena de multa. Así, vienen graduadas en función de la importancia que se les otorga y su número. La excepción la constituye la reparación del daño, que no se considera atenuante, sino una posible pena aplicable a la persona jurídica, adicional o alternativa a la pena de multa.

En conexión con lo anterior, conviene destacar que la confesión a la que alude la letra a) del art. 31 quater CP español tiene una proyección más amplia que el *self-reporting* de las USSG. En este sentido, en la regulación española es posible ameritar una atenuación de la pena en supuestos de confesión sin origen en una investigación interna de la empresa, lo que, por otro lado, según se expuso, puede derivar, en algunos casos, en un solapamiento parcial con la atenuante de colaboración de la letra b) del mismo cuerpo legal. En esta cuestión las USSG ofrecen una distinción más precisa de ambos elementos, diferenciando la autodenuncia de la colaboración sin origen en la anterior, bajo unas condiciones también explicitadas normativamente. Ello permite, por un lado, conceder una mayor rebaja penológica

cuando aparecen dichas circunstancias cumulativamente y, por otro lado, posibilitar la adopción de vías negociadas con la acusación pública de no persecución penal.

En relación con la colaboración sin que haya habido confesión, la letra b) del art. 31 quater CP español orienta esta atenuante al resultado, aportando pruebas que resulten nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. Su ámbito de aplicación es, pues, limitado, dado que se premia que la información suministrada resulte exitosa para fundar una condena penal, pero olvida los esfuerzos realizados por la organización para ayudar relevantemente en la investigación de los hechos e identificación de los intervinientes, con independencia de que resulten eventualmente castigados.

Por el contrario, el sistema federal norteamericano presenta, en esencia, dos elementos diferenciales. Por un lado, se requiere que la información resulte relevante o esencial para identificar la naturaleza del delito y a su autor o autores, lo que no exige necesariamente su condena. Por otro, también se considera merecedor de valoración el esfuerzo de la empresa que proporciona la información, aunque no se consiga lo anterior, pero siempre que haya sido por falta de cooperación de terceros, no de la propia persona jurídica.

Valorado globalmente, este último régimen parece mostrarse más eficaz para abordar el fenómeno de la corrupción asociado a la delincuencia organizada transnacional, dado que al vincularse el efecto atenuante a que obligatoriamente haya un concreto pronunciamiento condenatorio de una o varias personas, puede producir el efecto inverso al pretendido y desincentivar la contribución de la empresa, algo de vital importancia para descubrir y perseguir la trama corrupta.

También el elemento temporal o cronológico tiene una distinta valoración en ambos sistemas. La colaboración que regula la letra b) del art. 31 quater es posible en cualquier momento del proceso penal; sin embargo, la colaboración tardía de la persona jurídica, en los términos que define las USSG, esto es, posterior a la notificación de la investigación, presupone una voluntad no plenamente colaboradora. Ello conlleva un menor efecto reductor de la culpabilidad y,

en consecuencia, de la pena según el sistema de puntos que guían las USSG. Con todo, este último sistema, sin renunciar a las ventajas político criminales de no condicionar temporalmente la colaboración a un determinado momento procesal, permite acompañar proporcionalmente la graduación de la pena, conforme a un criterio prefijado.

Es de destacar que el CP recoge una particularidad específicamente en materia tributaria, sin parangón en el sistema federal norteamericano, al disponer una atenuante cualificada o privilegiada con una lógica puramente recaudatoria a favor de la Administración Tributaria, distinta de la que inspira la colaboración con las autoridades como manifestación de la autorregulación empresarial. Con todo, debe reconocerse la proximidad de este régimen particular en materia tributaria con el objetivo que comparte, con carácter general, la atenuante de reparación del daño, tanto de recupero de la ganancia ilícita que procura el delito de corrupción, como de resarcimiento a las víctimas de este fenómeno criminal, en este caso focalizado en el perjuicio causado a la Hacienda Pública en cualquiera de sus versiones (estatal, autonómica o local). Se trataría, por tanto, de una especie dentro del género de la reparación del daño a la que se le asigna un mayor poder de mitigación de la pena para fomentar estos comportamientos.

En conexión con lo anterior, el tercer componente de la colaboración eficaz, referido a remediar los daños causados por el delito o mitigar sus efectos, que en materia de corrupción se reconduce, no únicamente, pero sí fundamentalmente, a la previsión de otro mecanismo por el que privar de los beneficios ilícitos que genera el acto de corrupción o contrarrestar sus efectos perjudiciales, presenta un tratamiento muy diferente en las legislaciones no latinoamericanas analizadas. La regulación de EE. UU., según se ha señalado, concibe la reparación como una sanción penal; el CP español le atribuye la naturaleza de atenuante. No se escapa que, a pesar de que en ambos países la distinta naturaleza de este elemento cumple la misma finalidad político criminal para hacer frente al fenómeno de la corrupción, en sus distintas manifestaciones, su significado es muy distinto. En la regulación penal española forma parte del paquete de incentivos premiales de fomento de la autorregulación empresarial, mientras que en EE. UU. opera como castigo, con una clara orientación preventivo general.

En una valoración global de ambos sistemas jurídicos y tras analizar comparadamente sus principales características, el régimen federal estadounidense presenta elementos que le confieren, en parte, mayor idoneidad frente a la regulación española como estrategia anticorrupción, si bien no es posible realizar una comparación práctica, dado que no se cuentan con casos judiciales en este ámbito de criminalidad en España, con la salvedad hecha de puntuales pronunciamientos existentes en materia tributaria.

3.4. Regulación en los países latinoamericanos de referencia

3.4.1. Aproximación inicial

La forma en que los países de referencia del entorno latinoamericano han incorporado en sus disposiciones penales el papel que juegan los incentivos premiales para la persona jurídica y, particularmente, la colaboración con las autoridades de cara a una eventual aminoración o reducción de la pena, está influenciada, en una primera aproximación, fundamentalmente por dos variables. La primera tiene que ver con el hecho, según se expuso, de que los estándares universales dejan a discrecionalidad de los sistemas jurídicos nacionales el alcance mitigador de esta circunstancia, hasta el punto de poder determinar la inmunidad de la persona jurídica. Esto sucede, generalmente, cuando la colaboración viene acompañada de una denuncia voluntaria por su parte y/o cumulativamente por los esfuerzos empresariales llevados a cabo para reparar o disminuir los daños que produce el delito. La segunda variable, íntimamente conectada con la anterior, es, de nuevo, el rol que se atribuye a la acusación pública en la investigación y persecución delictiva. Puede decirse que existe una clara correspondencia entre el reconocimiento legal de fórmulas negociadas con la Fiscalía y la no persecución o exclusión de la pena para la persona jurídica en el marco de una cooperación plena y eficaz de esta.

Al margen de estas consideraciones, el análisis que se va a realizar se sitúa en un contexto legislativo muy dispar en cuanto al reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, en general, con escaso o nulo recorrido en la praxis judicial. De manera

que, a diferencia de su tradicional uso como herramienta útil para la investigación, persecución y, en su caso, castigo de actos de corrupción llevados a cabo por personas físicas, en particular cuando se asocian con la delincuencia organizada transnacional, el marco regulador penal de la colaboración eficaz de las personas jurídicas en el ámbito penal no ha tenido, por el momento, recorrido en la práctica.

3.4.2. Argentina

La Ley 27.401, reguladora de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de corrupción, atribuye a la colaboración un posible efecto atenuante en el marco de las reglas de graduación de la pena aplicable a la persona jurídica. En virtud del art. 8 de esta Ley, la autoridad judicial deberá tener en cuenta para graduar la pena una lista no cerrada de criterios (OCDE, 2019: 15), entre los que se encuentran “[...] la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; el comportamiento posterior; la disposición para reparar o mitigar el daño [...]”. En este sentido, es de destacar que este precepto no prefija el valor atenuante o agravante de las distintas circunstancias que enuncia (Cesano, 2022: 470), si bien la doctrina ha señalado que algunas de ellas, entre las que se encuentra la colaboración, pretenden motivar la autorregulación empresarial (Cesano, 2022: 471). Por otro lado, el art. 8 tampoco dispone reglas específicas que reflejen el concreto impacto de los factores previstos en la dosimetría de la pena, ni existen instrucciones por parte de la Fiscalía que aporten luz al respecto. De lo que se desprende que opera la discrecionalidad en esta cuestión mediante una valoración conjunta de todos los factores atenuantes y agravatorios concurrentes en el caso concreto.

Además de su naturaleza atenuante, se recordará que la Ley 27.401 atribuye efectos eximentes a la existencia previa al delito de un programa de integridad, siempre que cumulativamente la persona jurídica haya denunciado espontáneamente un delito a las autoridades, como consecuencia de una investigación interna y hubiera devuelto el beneficio indebido obtenido (art. 9°). Aunque esta previsión lo que regula es una eximente de responsabilidad, y no una atenuante,

sorprende que no incluya igualmente, con carácter expreso, el suministro de información útil para el esclarecimiento de los hechos e identificación de los intervinientes. Esta forma de cooperación se desplaza en la ley a la posibilidad de alcanzar un acuerdo de colaboración eficaz, hasta la citación a juicio, entre la persona jurídica y el Ministerio Fiscal (arts. 16 a 21), incidiendo en la idea de utilitarismo jurídico (Donna, 2019: 1400). El acuerdo constituye también, en la práctica, otra fórmula de atenuación del castigo penal, siempre que la persona jurídica “se obligue a cooperar a través de la revelación de información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes o el recupero del producto o las ganancias del delito” (art. 16). E, igualmente, siempre que se cumplan las condiciones del acuerdo (art. 18)¹⁵, en el que, además, debe consignarse el tipo de información, datos a brindar, o pruebas a aportar por la persona jurídica al Ministerio Público Fiscal. Este acuerdo de colaboración eficaz es confidencial hasta su aprobación (art. 17), debe hacerse por escrito y se somete a control judicial (arts. 19 a 21).

No han faltado voces críticas que han tildado el acuerdo de colaboración eficaz argentino de mero acto burocrático con visos de arbitrariedad, por el que la empresa gana en un contexto judicial de elevada corrupción (Donna, 2019: 1401,1402).

Por otro lado, las previsiones de la Ley 27.401 resultan en cierta medida incongruentes. A la colaboración, en sus distintas manifestaciones, se le atribuye un doble régimen de atenuación. Uno, en el

¹⁵ “a) Pagar una multa equivalente a la mitad del mínimo establecido en el artículo 7° inciso 1) de la presente ley; b) Restituir las cosas o ganancias que sean el producto o el provecho del delito; y c) Abandonar en favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena; Asimismo, podrán establecerse las siguientes condiciones, sin perjuicio de otras que pudieran acordarse según las circunstancias del caso; d) Realizar las acciones necesarias para reparar el daño causado; e) Prestar un determinado servicio en favor de la comunidad; f) Aplicar medidas disciplinarias contra quienes hayan participado del hecho delictivo; g) Implementar un programa de integridad en los términos de los artículos 22 y 23 de la presente ley o efectuar mejoras o modificaciones en un programa preexistente”.

marco de la graduación de la pena (confesión, comportamiento posterior y reparación), de valoración discrecional unitaria. Otro por la vía de un acuerdo procesal de colaboración eficaz, en lo que atañe al suministro de información útil y decisiva para esclarecer los hechos, identificar a los autores o partícipes o recuperar el producto o ganancias ilícitas. La ventaja de este último reside en la notable reducción que consigue en la multa (mitad del mínimo previsto legalmente), pero a la que se adicionan estrictas condiciones cumulativas. Fuera de estos supuestos de atenuación, no parece justificarse que la cooperación con el suministro de información útil y decisiva se contemple expresamente como una de las condiciones de la circunstancia eximente del art. 8º, máxime cuando la ley alude a la denuncia espontánea de “un delito”. Esto puede llevar a interpretar que el requisito se cumple cuando la persona jurídica denuncia espontáneamente el delito que comete otra física o jurídica, algo duramente criticado por el Grupo de Trabajo de la OCDE (OCDE, 2019: 11).

3.4.3. Brasil

Aunque el PLS nº 236/2012 no prevé un catálogo de atenuantes ni agravantes para las personas jurídicas, sí contempla la figura del imputado colaborador (art. 106), aquel que “haya colaborado efectiva y voluntariamente con la investigación y el proceso criminal”. Esta figura condiciona sus posibles beneficios penales a la identificación total o parcial de los demás coautores o partícipes, la localización de la víctima preservada su integridad física o la recuperación total o parcial del producto del crimen. De ser así, la colaboración puede conllevar varios efectos, en mayor o menor grado: (a) la extinción de la punibilidad en caso de un delincuente primario; (b) una reducción de la pena de uno a dos tercios o; (c) la aplicación exclusiva de una pena restrictiva de derechos.

A pesar de hacerse eco de los estándares internacionales en cuanto al fomento de incentivos premiales, el PLS presenta, como en otras cuestiones nucleares, carencias en lo atinente a la colaboración premiada. Obsérvese que en la delimitación de su contenido no hay ninguna alusión al suministro de información útil para el esclarecimiento de los hechos, ni clarifica si la colaboración voluntaria se

refiere a supuestos de denuncia voluntaria como resultado de una investigación o la cooperación puede ser voluntaria una vez iniciado el proceso, entre otros aspectos.

3.4.4. Chile

La Ley chilena 20.393 incluye un catálogo de atenuantes similar, en parte, al que regula el CP español, del que, a los efectos de este análisis, interesan las dos primeras: la reparación del daño o impedir ulteriores perniciosas consecuencias, y la colaboración sustancial. Ambas se recogen como atenuantes de la persona jurídica por remisión a las mismas atenuantes previstas para las personas físicas en el art. 11 CP chileno. Pero la colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos por la persona jurídica posee un contenido específico en virtud del apartado 2 del art. 6º: “se entenderá especialmente que la persona jurídica colabora sustancialmente cuando, en cualquier estado de la investigación o del procedimiento judicial, sus representantes legales hayan puesto, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportado antecedentes para establecer los hechos investigados”.

En cuanto al contenido y requisitos de la colaboración sustancial es extrapolable la doctrina y jurisprudencia existente en relación con las personas físicas (por todos, Villarroel Rojas, 2015: 22 et. seq.). La única especificación que aporta la Ley 20393 es que la colaboración debe realizarse a través de sus representantes legales, lo que veta la posibilidad de que la empresa se favorezca de una reducción de la pena por la denuncia de cualquier empleado sin capacidad para representarla. Al igual que para las personas físicas, su aplicación se somete a un límite temporal, si bien alguna postura defiende la aplicación de la atenuante, aunque se haya procedido a formalizar a la persona jurídica, a tenor de lo dispuesto en el art. 22 de la Ley sobre los requisitos de formalización de la investigación (Gómez & Lichtemberg, 2012: 161).

Por su parte, el art. 14 Ley 20393 especifica los criterios para el efecto de la concurrencia de atenuantes y/o agravantes tienen en la determinación y dosimetría de la pena. Así, por ejemplo, de concurrir exclusivamente esta atenuante, limita a dos de las penas aplicables a las personas jurídicas, debiendo imponerse en cualquier caso

una de ellas en su grado mínimo. Si se trata de crímenes, también se aplicarán exclusivamente dos de las penas del art. 14, con la opción potestativa de imponerlas en su mínimo.

De acuerdo con las principales características expuestas, es de destacar que la actuación de la Fiscalía en Chile se rige por el principio de legalidad, por lo que el ámbito de aplicación de la colaboración se limita al de una atenuante de responsabilidad que debe ser objeto de valoración judicial. En esta previsión exclusivamente atenuante la regulación penal chilena cuenta con elementos positivos. Uno de ellos es el hecho de haberse establecido expresamente las reglas que determinan la penalidad de la persona jurídica en función de la concurrencia de atenuantes y/o agravantes, lo que reduce la discrecionalidad en esta cuestión. Otro es el especificar que la colaboración sustancial solo puede canalizarse a través de los representantes legales de la persona jurídica, evitando confusiones en cuanto al sujeto que puede hacer valer la colaboración empresarial.

Con todo, también presenta algunos puntos débiles, puesto que no se determina claramente si la aplicación de la atenuante tiene que ver con la denuncia voluntaria de la persona jurídica como resultado de una investigación interna en la empresa, en cuyo caso es expresión de una filosofía autorreguladora o no. Además, la colaboración se circunscribe a poner en conocimiento los hechos punibles o sus antecedentes, pero nada se dice sobre la identificación del autor o autores, lo que lleva a una versión excesivamente laxa en los requisitos objetivos de la atenuante con relevancia atenuante. Hasta la fecha ninguno de los casos judiciales en los que se ha enjuiciado y, en su caso, condenado a una persona jurídica en Chile ha tenido origen en una denuncia voluntaria de la persona jurídica, por lo que no se cuenta con criterio jurisprudencial que ayude a dotar de sentido el contenido específico de lo que en el ámbito de la cooperación de la persona jurídica resulta “sustancial” y sus especificidades.

3.4.5. México

Conforme al art. 11 bis Código Penal Federal, la regulación penal mexicana limita el catálogo de atenuantes para las personas jurídicas a la existencia de un órgano de control permanente previo a la

comisión delictiva y a la disminución del daño, que podrán reducir hasta en una cuarta parte las penas aplicables en todos los supuestos previstos en el art. 422 Código Nacional de Procedimientos Penales¹⁶. Más allá de la inclusión a este aspecto de la cooperación con las autoridades que fundamentalmente conecta con la devolución del beneficio ilícito genera el hecho delictivo de corrupción, no hay mención específica a la cooperación eficaz de las personas jurídicas con las autoridades que implique la autodenuncia y/o el suministro de información útil para el esclarecimiento de los hechos y la identificación de sus intervinientes.

México se desmarca, como puede apreciarse, de los sistemas jurídicos nacionales en el tratamiento jurídico-penal de este incentivo penal, ya que no solo no la concibe como atenuante, tampoco le da valor mediante otras fórmulas de mitigación (eximente o condición para un acuerdo procesal). La razón pueda encontrarse en que México ha optado por remitir la sanción a las personas jurídicas por delitos de corrupción al ámbito administrativo, régimen sancionador en la que este y otros incentivos premiales ocupan un lugar central. Ahí reside precisamente el principal elemento perturbador de la regulación penal mexicana, puesto que, existiendo dos regímenes sancionatorios para las personas jurídicas, siguen direcciones muy distintas que pueden enviar mensajes ambiguos y desmotivadores para las empresas en la aspiración de que se conviertan en “buenas personas jurídicas”.

3.4.6. Perú

Al igual que México, tampoco conoce efecto atenuante la cooperación con las autoridades en el régimen penal de consecuencias accesorias previsto en el CP peruano y en las leyes especiales que

¹⁶ Si prevé la atenuante de colaboración el Código Penal del Distrito Federal de México, por señalar un ejemplo a nivel estatal. El art. 27 quinquies enuncia esta atenuante como sigue: “colaborar en la investigación de los hechos que la ley señala como delito aportando medios de prueba nuevos y decisivos, en los términos de la legislación de procedimientos penales aplicables al DF que conduzcan al esclarecimiento tanto de los hechos como de las responsabilidades penales a que haya lugar.”

tipifican los actos de corrupción en sus distintas manifestaciones delictivas. Con carácter general, el juzgador habrá de tomar en consideración para determinar la o las consecuencias accesorias aplicables a las personas un listado de criterios (art. 105-A CP peruano) entre los que no se encuentra este factor.

La regulación peruana resulta muy obsoleta en este punto, sin que parezca que exista interés por reformarla en este u otros aspectos, debido a que existe una regulación administrativa que ya daría respuesta regulatoria esta cuestión¹⁷. Por ello, le es achacable las mismas objeciones que en su momento se realizaron sobre la validez de los programas de integridad para favorecer la exoneración o inmunidad de la persona jurídica, en cuanto a la diferencia de trato en el régimen penal y administrativo y las disfuncionalidades que ello produce en el fomento de incentivos premiales empresariales, a cuya exposición me remito.

3.4.7. Análisis comparado en los países de referencia del ámbito latinoamericano

En el contexto legislativo que se señaló en la introducción al análisis de las regulaciones en los países de referencia latinoamericanos, se observan tendencias muy dispares en el tratamiento jurídico-penal de la cooperación con las autoridades como elemento de mitigación de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

En este escenario, México y Perú prescinden de conceder virtualidad atenuante (también eximente) a la colaboración por parte de la persona jurídica en la órbita penal, en el marco de una regulación, en general, deficitaria en relación a su responsabilidad penal por actos de corrupción. Brasil se adscribe también a esta tendencia, puesto que la legislación penal vigente no reconoce en este ámbito delictivo

¹⁷ Art. 12 de la Ley 30424 que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo internacional: “colaborar objetiva, sustancial y decisiva en el esclarecimiento del hecho delictivo, en cualquier momento del proceso”. También se prevé autónomamente la “confesión con anterioridad a la formalización de la investigación”.

la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica. El aparentemente abandonado PLS 236/2012 trata de remediar esta situación con la figura del imputado colaborador, de nuevo sobre la base de unas disposiciones penales para atribuir responsabilidad a la persona jurídica claramente deficitarias. En cualquier caso, también esta figura regula insuficientemente este incentivo premial, que puede derivar tanto en una poderosa reducción de la pena como en la inmunidad de la entidad, al no distinguir o proporcionar reglas sobre en qué situaciones actuará como atenuante y cuándo alcanzará la exclusión de la responsabilidad. Es de advertir que el proyecto diferencia disyuntivamente diversas actuaciones post-delictivas (identificación total o parcial de los demás autores o partícipes, localización de la víctima preservada su integridad física o recuperación total o parcial del producto del crimen), por lo que en principio cada una de ellas podría valorarse autónomamente para ambos efectos mitigadores. Cabe deducir que únicamente cuando concurren simultáneamente dos o más, se podrá premiar con la inmunidad de la persona jurídica, pero es un aspecto que se regula ambiguamente en el proyecto de reforma.

También parte de atribuir autonomía a las varias formas de cooperación con las autoridades que se mencionan en los estándares internacionales universales la regulación chilena, acotada a los delitos de corrupción que constituyen el ámbito de aplicación de la Ley 20393. Este modelo, con bastantes afinidades con la regulación española, recoge tanto el elemento de la reparación del daño, en el que tiene cabida la devolución del beneficio ilícito obtenido, como la colaboración sustancial. Presenta una especificidad que no se contempla legalmente en ningún otro sistema nacional, pues acota las personas físicas que pueden llevar a cabo los actos de colaboración sustancial a los representantes legales. La mención expresa a estos sujetos, que permite excluir efectos atenuantes, por ejemplo, a la denuncia voluntaria presentada por un empleado de la entidad sin poder para representarla, no aparece sin embargo en la Ley 27.401 argentina, la más reciente hasta la fecha de los países de referencia para hacer responder penalmente a las empresas por actos de corrupción, en el ámbito público o privado, incluidos los de carácter transnacional. Por el contrario, la argentina es una regulación que concede un amplio margen de apreciación a la colaboración, tanto parcialmente

para otorgar efecto atenuante a varios aspectos particulares que la integran, como cumulativamente, con un doble marco atenuante por la vía de la graduación de la pena y de los acuerdos de colaboración eficaz.

Tanto la legislación chilena, dentro del ámbito de aplicación de la Ley 20393, como el proyecto de reforma del CP de Brasil coinciden en cuanto los requisitos de la colaboración, efectiva o sustancial. Aunque en ambos casos no se distingue si esta se produce antes del proceso (confesión, con o sin origen en el resultado de una investigación interna de la empresa) o una vez iniciado, ambas posibilidades tienen cabida, aunque los dos regímenes legales le atribuyan distinto alcance. En la regulación argentina solo es posible atenuar la pena, pudiendo llegar a la exoneración en el proyecto brasileño. En cualquier caso, comparten que el efecto mitigador no depende de un resultado concreto, esto es, de que sirva para condenar efectivamente a las personas involucradas como autores o partícipes. El suministro de información útil, esencial o relevante, siguiendo la postura internacional en la materia en el ámbito internacional, va referido al esclarecimiento de los hechos y a la identificación de los autores o partícipes. En la misma línea se mueve la Ley 27.401 argentina, con la diferencia frente a los dos sistemas jurídicos anteriores de que también el suministro de información útil puede tener como finalidad el recupero del producto o las ganancias del delito, lo que en la regulación chilena y el proyecto brasileño adquiere autonomía atenuante propia. Además, la Ley 27.401 sí atribuye autonomía propia a la confesión, también sin distinguir si tiene su origen en una investigación interna de la persona jurídica.

Es de reseñar igualmente en este análisis comparado que únicamente la Ley 20393 chilena establece un requisito temporal para que la colaboración sustancial opere como atenuante, requiriéndose que se realice antes de que se haya procedido a formalizar a la persona jurídica. No ocurre lo mismo en el caso de la reparación del daño, no sometida, al igual que en la regulación argentina y en el proyecto brasileño, a ningún condicionante cronológico. En el marco de una estrategia político criminal para afrontar eficazmente el fenómeno de la corrupción, especialmente asociada a la delincuencia organizada transnacional, cabe plantear si condicionar

temporalmente a un momento procesal determinado estas manifestaciones de la cooperación con las autoridades es conveniente. Debe recordarse el sentido premial que posee esta circunstancia en aras a facilitar el descubrimiento, persecución y castigo de una delincuencia que, de no mediar colaboración eficaz, corre el riesgo de quedar oculta, total o parcialmente, renunciando con ello a una parte de la sanción. Por ello parece que lo conveniente sería abrir la posibilidad mitigadora hasta un momento más tardío, en la línea de la apertura del juicio oral que dispone el CP español. Caso distinto se presenta en relación con la autodenuncia, que lógicamente solo podrá tener relevancia atenuante (y bajo determinadas circunstancias, eximente) cuando se realiza antes de conozcan que el procedimiento se dirige contra ellas.

3.5. Regulación en Colombia

3.5.1. El marco regulatorio en los proyectos de ley de 2018 y 2020

El art. 100D del proyecto 117 (2018) regulaba tres circunstancias atenuantes. En concreto, la letra b se refería a la colaboración sustancial con el esclarecimiento de los hechos¹⁸. A estos efectos, se entendía que la persona jurídica colaboraba sustancialmente “cuando su representante legal, o el revisor fiscal, o el contador, o el auditor, o alguno de los socios, o de los accionistas de sociedades anónimas de familia, administradores, directivos o quienes realicen actividades de administración y supervisión hayan denunciado a las autoridades el hecho punible, o cuando hayan suministrado información útil para su esclarecimiento”. Finalizaba el precepto aclarando que la persona jurídica podría entregar dicha información útil en cualquier momento, pero con anterioridad a conocer que el procedimiento judicial se dirigía contra ella. Por lo que se desprende que, en realidad, la colaboración a la que aludía el proyecto 117 (2018) abarcaba exclusivamente la autodenuncia de la entidad, por lo que parecía

¹⁸ Junto a la colaboración, el proyecto 117 (2018) incluía la reparación del daño o impedir ulteriores consecuencias (letra a), así como la adopción con anterioridad del delito de un programa de ética empresarial (letra c).

vetar la posibilidad de considerar como atenuante la colaboración eficaz sin autodenuncia.

Por su parte, el proyecto de ley 178 (2020) acoge tres atenuantes específicas para la persona jurídica en su art. 8, apreciables de forma independiente: “1. confesión de la infracción, con posterioridad a la comisión del delito, antes del juicio oral; 2. Colaborar de forma eficaz con la investigación en cualquier momento del proceso, y de otros procesos que se dirijan contra otra persona jurídica; 3. Reparar y remediar el daño causado, total o parcial”. En lo que se refiere a la colaboración eficaz del apartado 2, el proyecto distingue dos vías de cooperación: por un lado, la empresa presta su colaboración en el proceso en el que está siendo investigada por la comisión de uno o varios delitos de naturaleza corrupción; pero también puede ofrecer información sobre otras personas jurídicas cuya responsabilidad se ventila en otros procesos. Lo que el proyecto no aclara es si ambas circunstancias son autónomas o deben darse, en su caso, simultáneamente. Parece que debe imponerse esta segunda interpretación si de lo que se trata de abordar una prevención eficaz de la corrupción asociada a la delincuencia organizada transnacional, puesto que no puede considerarse que resulte eficaz que la persona jurídica busque atenuar su responsabilidad aportando información valiosa sobre otras empresas corruptas, pero soslayando lo relativo a su propio comportamiento delictivo.

Paralelamente, el párrafo segundo del art. 8 completa la previsión de las atenuantes en el ámbito procesal, remitiéndose a las reglas de la Ley 906 de 2004 (Código Procesal Penal colombiano) sobre la celebración de preacuerdos entre el Fiscal y la persona jurídica. Esto es, para celebrar un acuerdo por colaboración eficaz, escrito o verbal, que en todo caso deberá ser verificado en audiencia posterior por el Juez Especializado de Conocimiento. No serán objeto de análisis, pues su tratamiento ya ha sido abordado en otro capítulo, al remitirse a las reglas de acuerdos procesales aplicables a las personas físicas. Con la particularidad de que en este caso el preacuerdo deberá acordarse por el representante o representantes legales de la persona jurídica.

3.5.2. Análisis comparado de la regulación en Colombia a la luz de los estándares internacionales y los sistemas nacionales latinoamericanos y no latinoamericanos previamente analizados

A pesar de que Colombia sigue apostando por una respuesta sancionadora exclusivamente administrativa, el proyecto 178 (2020) toma postura por mantener la vía reglada atenuante, y no eximente, de la colaboración eficaz, también posible por la vía de acuerdos procesales. En esto, dentro del marco ofrecido por los estándares internacionales universales y regionales, que no determinan el alcance del efecto mitigador de la colaboración, se observan claras afinidades con las regulaciones penales de Argentina, por vía de la Ley 27.401, y EEUU, en las que se distinguen ambas posibilidades de mitigación, una mediante valoración judicial, y otra a través de fórmulas transaccionales con la Fiscalía. En el primer caso, el régimen de atenuantes específicas para la persona jurídica de la propuesta legislativa colombiana de 2020 está claramente influenciada por la regulación que ofrece el art. 31 quater CP español. Primero, porque atribuye efecto atenuante autónomo a los tres componentes de la colaboración eficaz que señalan los estándares internacionales de ámbito universal en materia de corrupción (autodenuncia, cooperación y reparación del daño); aspecto también compartido por otros sistemas jurídicos nacionales (EE. UU., Chile). Segundo, porque presenta algunos elementos en su contenido que también se recogen en la Ley 20393 chilena, aprobada un año antes que la reforma del CP de 2010, como es el hecho de que estas formas de comportamiento postdelictivo solo pueden hacerse valer cuando se han realizado por medio del representante o representantes legales de la entidad.

Entrando en los requisitos para su apreciación, ha de resaltarse que la primera que recoge el proyecto 178 (2020), la atenuante de confesión, tiene un alcance mayor que la autodenuncia, en términos similares a los que prevé el art. 31 quater CP español, letra a), la Ley 27.401 argentina y la Ley 20393 chilena, de manera que también es posible otorgar eficacia mitigadora cuando las autoridades tienen conocimiento del hecho delictivo por vía distinta que el resultado de una investigación interna que la propia empresa les traslada. Por su parte, la atenuante de colaboración eficaz, a diferencia del caso español, sigue, en principio, la tendencia asumida por los estándares

internacionales universales, y que igualmente son asumidos por la mayoría de las regulaciones analizadas, dentro y fuera de América Latina, en la medida en que no condiciona la rebaja penológica al resultado de que, efectivamente, haya hecho posible un pronunciamiento condenatorio de las personas que han participado en la comisión del hecho punible. La propuesta colombiana introduce una particularidad, puesto que la significancia probatoria de la información suministrada se hace extensible a otros procesos que se dirijan contra otra persona jurídica. No hay, sin embargo, mayor especificación de los requisitos para valorar la colaboración como eficaz, aspecto que tampoco se prevé en el régimen aplicable a la persona física. Por su parte, la atenuante de reparación del daño, en la que obviamente tiene cabida la devolución del producto del delito o ganancia ilícita, sigue la misma tónica que la mayoría de los sistemas jurídicos analizados.

En cuanto al requisito temporal, la propuesta legislativa colombiana es la que presenta mayores particularidades respecto del resto de sistemas jurídicos latinoamericanos y no latinoamericanos analizados. En concreto, a diferencia de las regulaciones española, chilena y, parcialmente, estadounidense, condiciona las tres atenuantes a distintos momentos procesales. La confesión puede producir efectos atenuantes si se realiza con anterioridad al juicio oral. La colaboración puede realizarse en cualquier momento del proceso, mientras que la reparación y remedio, total o parcial, del daño no se somete a plazo temporal alguno. Si bien en los dos últimos casos la apertura a renunciar a una parte de la pena en la promoción de estos incentivos puede mostrarse favorable a la finalidad político criminal que pretenden para la investigación y enjuiciamiento de actos de corrupción, en especial asociados a la delincuencia organizada transnacional, esta misma finalidad puede quedar en entredicho en los supuestos de autodenuncia, puesto que sin ella en muchas ocasiones y a falta de otros elementos probatorios, no es posible descubrir la trama corrupta.

Por último, la propuesta penal colombiana no establece reglas sobre el efecto de la concurrencia de una o varias atenuantes y/o agravantes en la graduación y dosimetría de las penas aplicables a la persona jurídica, aspecto en el que coincide con otras regulaciones del entorno latinoamericano, a excepción de Chile, lo que lleva a

compartir con aquellas una mayor discrecionalidad en su aplicación, no deseable con carácter general y, específicamente, en relación con la corrupción asociada a la delincuencia organizada transnacional.

3.6. Nota final

Del estudio comparado realizado ha de concluirse que en el Derecho penal vigente colombiano no existen especificidades sobre la cooperación con las autoridades en relación con la corrupción y el crimen organizado transnacional, puesto que actualmente no existe regulación penal sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ello no debe llevar a olvidar las iniciativas legislativas en torno a esta cuestión en Colombia que se han analizado, fundamentalmente el Proyecto 178 (2020), en las que las distintas manifestaciones de la cooperación constituyen incentivos premiales, esto es, atenuantes autónomas de la pena, con las afinidades y divergencias que presentan respecto de las regulaciones de los países de referencia dentro y fuera del ámbito latinoamericano.

Sin perjuicio de la mayor o menor idoneidad que, en concreto, presenta esta propuesta legislativa para que la cooperación cumpla con los dos objetivos que se le asignan, esto es, servir de herramienta anti-corrupción para posibilitar la acción de la Justicia, así como fomentar la autorregulación empresarial mediante su reconocimiento como incentivo premial, la reciente aprobación de la Ley 2195 del 18 de enero de 2022, con incidencia en la responsabilidad administrativa de la persona jurídica, ha paralizado por el momento los intentos del Estado colombiano en esta dirección en la órbita penal. Aunque la respuesta sancionatoria para las personas jurídicas por actos de corrupción puede ser exclusivamente administrativa, según permiten los estándares internacionales al respecto, sería conveniente que Colombia siguiera avanzando igualmente en el reconocimiento de la vía penal.

4. LA REITERACIÓN DELICTIVA COMO FACTOR DE AGRAVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

4.1. Consideraciones previas

Acorde con lo señalado en la introducción a este capítulo, si algo caracteriza a la corrupción en el marco de la delincuencia organizada transnacional es su carácter estructural y sistematizado, puesto de manifiesto en la existencia de dinámicas de prácticas corruptas que se perpetúan en el tiempo. La reiteración delictiva en que se manifiesta el fenómeno de la corrupción, dentro de las fronteras nacionales o, como es habitual en el caso de multinacionales, con presencia en distintos países, evidencia de entrada que los esfuerzos que en su caso hubiera realizado la persona jurídica han fracasado o, simplemente, no se han hecho. De nada o poco han servido los incentivos premiales, con mayor o menor efecto jurídico-penal, para convertirla en una “buena persona jurídica”.

En esta tesitura, podría decirse que castigar más severamente la reiteración delictiva mediante su previsión como agravante constituye el reverso de estos incentivos (implementación de programas de integridad, colaboración eficaz, etc.). Así, la pena del nuevo delito habría de incrementarse por razones de prevención especial, ya que la previamente impuesta no fue lo suficientemente disuasoria. También, bajo consideraciones de prevención general, se envía un mensaje a las empresas de que resulta más rentable invertir en medidas y controles que eviten la realización de actos de corrupción que caer nuevamente en el delito, teniendo en cuenta que la pena principal imponible a las personas jurídicas es la pena pecuniaria. Por ello, la multa calculada en proporción a la ganancia ilícita que le genera el delito deberá ser mayor.

Son muchos y espinosos los problemas que tradicionalmente ha suscitado y aún suscita la reincidencia en el caso de las personas físicas, cuestión que no corresponde ser tratada aquí. En este estudio comparado se parte de que la reincidencia, esto es, la agravación de la pena basada en la existencia de condenas anteriores (Guisasola, 2008: 20), se prevé legalmente para las personas físicas como factor

o criterio de agravación de la responsabilidad en la totalidad en los países de referencia de este estudio, habiendo superado el correspondiente test de constitucionalidad. Sin perjuicio, lógicamente, de las críticas a su previsión legal y refrendo constitucional por parte de la doctrina especializada. En consecuencia, este análisis comparado se orienta a preguntarse si, frente a un fenómeno con elementos de sistematicidad, perpetuación en el tiempo y dimensión organizada y transnacional, la regulación existente sobre reincidencia para las personas jurídicas puede desplegar los efectos disuasorios a los que aspira.

Teniendo en cuenta lo anterior, se imponen todavía algunas aclaraciones previas. Se parte de que la agravante de reincidencia para las personas jurídicas es un elemento accidental del delito con efecto en la determinación e individualización de la pena. Pero la reincidencia es un hecho fáctico a valorar en la reiteración delictiva posterior que, como bien ha señalado la doctrina, “se moldea de acuerdo con la disposición jurídica en que se encuentre” (Martínez Espinosa et al., 2016: 5). Plasticidad en cuanto a su contenido (reincidencia genérica, reincidencia específica, reincidencia internacional, multi-reincidencia) que aparece reflejada en los sistemas jurídicos que se van a analizar y comparar. El efecto agravatorio de la recaída en el delito puede tener, por tanto, un alcance más o menos amplio y, de la misma manera, estar condicionado a un límite temporal de mayor o menor duración. Del mismo modo, el nivel de agravación punitiva puede ser más o menos discrecional, según la existencia de reglas o criterios para la determinación e individualización de la pena.

Dos últimas aclaraciones finales. Aunque son cuestiones con claros elementos de conexión, este estudio se focaliza en la comisión delictiva posterior a un acto de corrupción por el que la persona jurídica ha sido previamente condenada. No se va a abordar la concurrencia de jurisdicciones penales, esto es, el doble o múltiple enjuiciamiento de un mismo hecho, de los que los casos Siemens y Odebrecht son un buen exponente, siendo conscientes de la complejidad que en ocasiones conlleva determinar si existe una identidad sustancial del hecho (con independencia de la calificación jurídica que merezca según un determinado Derecho positivo interno), los problemas que suscita en relación con el reconocimiento del principio *ne bis in idem*

en el ámbito internacional, y la en ocasiones dificultad de que los hechos enjuiciados en un país cubran la totalidad de la trama transnacional (Blanco Cordero, 2020).

Por otro lado, se ha señalado que la aplicación de la agravante de reincidencia a delitos de organización o asociativos podría igualmente implicar un menoscabo del principio *ne bis in idem* (Zúñiga, 2014: 295). Sin negar esta postura, en el marco de la responsabilidad penal de la persona jurídica tal incompatibilidad podría darse en la hipótesis de que se acredite que esta constituye, en sí misma, una organización criminal constituida al amparo de una forma corporativa para la comisión de delitos, una asociación para delinquir u otra fórmula de tipificación conforme a la regulación penal de cada ordenamiento jurídico. De ser así, no solo decae toda valoración jurídico-penal conforme a una filosofía autorreguladora de la empresa, sino que, además, ello conllevaría, a mi juicio, la aplicación de las consecuencias jurídico-penales más graves que se pueden imponer, particularmente la disolución.

Finalmente, el análisis comparado que sigue se focaliza en una de las posibles agravantes que se pueden apreciar en la persona jurídica, lo que no excluye otras, como puede ser, en su caso, la agravante de pertenencia a una organización criminal, también relevante en el marco de una estrategia político criminal contra la corrupción asociada al crimen organizado transnacional.

4.2. Ausencia de posicionamiento expreso internacional sobre la reincidencia como factor de agravación de la responsabilidad de las personas jurídicas

A pesar de la naturaleza estructural y sistematizada de la corrupción y la preocupación de las instancias internacionales universales y regionales para abordarla eficazmente, dicha preocupación no ha encontrado reflejo específico en lo atinente al carácter agravatorio que habría de predicarse cuando la persona jurídica incurra nuevamente en un delito que implica un acto de corrupción. Ello podría encontrar explicación en el hecho de que el foco de atención sobre la eficacia que puede desplegar la responsabilidad penal de las

personas jurídicas para afrontar esta criminalidad ha pivotado en la dotación de un sistema de sanciones eficaces, proporcionales y disuasorias, junto con el fomento de incentivos premiales empresariales. Fuera de este discurso habrían quedado otros aspectos, también importantes, como qué factores podrían fungir en sentido agravatorio como parte de esta estrategia político criminal. En cualquier caso, la ausencia de un posicionamiento expreso internacional sobre la reincidencia de las personas jurídicas por actos de corrupción no impide que pueda ser tenida en consideración por los sistemas nacionales conforme a su Derecho interno y principios jurídicos. Incluso encontraría respaldo normativo, con carácter general, en algunos instrumentos internacionales.

En el ámbito internacional universal cobra importancia el art. 9 de la Convención de Palermo sobre delincuencia organizada transnacional. En él se apela a los Estados a adoptar otras medidas eficaces de carácter legislativo, además de las contempladas en la Convención “para promover la integridad y para prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos”. Y el art. 11 exige, por su parte que los Estados parte penalicen la comisión de los delitos tipificados en la Convención “con sanciones que tengan en cuenta la gravedad de estos delitos”, en cuya valoración puede incardinarse la reiteración de la conducta delictiva. Misma previsión contiene, también, el art. 30 de la Convención de Mérida sobre corrupción.

Por otro lado, el art. 22 de la Convención de Palermo, y su previsión gemela en la Convención de Mérida (art. 41), aunque no se refiere directamente a la reincidencia como circunstancia agravatoria de las personas jurídicas, establece una cláusula de especial trascendencia para combatir la corrupción asociada a la delincuencia organizada transnacional, al abrir la posibilidad a los Estados, meramente facultativa, de “adoptar las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para tener en cuenta, en las condiciones y para los fines que estime apropiados, toda previa declaración de culpabilidad, en otro Estado, de un presunto delincuente a fin de utilizar esa información en actuaciones penales relativas a un delito comprendido en la presente Convención”. Obsérvese que, en primer lugar, estas previsiones no diferencian la naturaleza individual o corporativa del sujeto declarado culpable. Y, en segundo lugar, no se determina si la

previa declaración de culpabilidad se refiere a hechos materialmente coincidentes, pero enjuiciados en distintos Estados, o distintos hechos, por lo que de entre las distintas finalidades que ampara esta previsión también tendría cabida la de computar la reincidencia internacional.

En el ámbito internacional regional (OCDE, OEA, Consejo de Europa y Unión Europea), no existe tampoco mención específica a la reincidencia ni a ninguna otra circunstancia agravante aplicable a la persona jurídica, tanto en los textos normativos como en documentos vinculados a estos¹⁹. Lo anterior no es óbice para que los sistemas jurídicos nacionales puedan apreciar la reincidencia en la consecución de una sanción “eficaz, proporcional y disuasoria”. Fuera de los principales textos internacionales regionales sobre corrupción, interesa mencionar que la Recomendación 18 (1988) sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas por las infracciones cometidas en el ejercicio de sus actividad, del Consejo de Europa, establece que “con el fin de permitir a la autoridad competente tomar la decisión con pleno conocimiento de las sanciones o medidas anteriormente impuestas a las empresas, convendrá inscribir los antecedentes penales o crear un registro a tal efecto” (Recomendación 10). En los Comentarios al anexo, se aclara que el objetivo de los antecedentes penales es proporcionar información a la instancia de la justicia penal para permitirle individualizar la sanción. No obstante, no se limita a los antecedentes penales, sino a cualquier sanción, con independencia de su naturaleza. En consecuencia “se propone que los poderes públicos se planteen la creación de un fichero central en que se inscriban las sanciones y las medidas que se impongan a las empresas”.

¹⁹ Aunque no posee carácter vinculante, el *Corpus Iuris* para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas contempla expresamente la posibilidad de establecer circunstancias agravatorias para el ámbito de delitos que son objeto de regulación (fraude a los intereses económicos de las Comunidades Europeas, lavado de dinero, corrupción, malversación, entre otros). Pero dichos factores de agravación van referidos al monto del beneficio buscado con la comisión del delito o que el delito se haya cometido en el contexto de una conspiración.

A la luz de lo expuesto, no es posible identificar una tendencia internacional específica sobre la agravante de reincidencia y su aplicación a las personas jurídicas por actos de corrupción asociados a la delincuencia organizada transnacional, lo que choca con la idea subrayada a lo largo de este capítulo de que esta criminalidad se sustenta en la comisión de conductas reiteradas en el tiempo. La única salvedad se encontraría en los arts. 22 y 41 de las Convenciones de Palermo y Mérida, bajo la recomendación, pero no obligación, de tener en cuenta los pronunciamientos condenatorios en el extranjero, lo que resulta de trascendencia a los efectos de computar la reincidencia internacional.

4.3. Regulación en los países no latinoamericanos de referencia

La exposición anterior pone las bases del escenario que se va a encontrar al descender al estudio de las regulaciones penales de los países de referencia, empezando en primer lugar por los no latinoamericanos. Al no poder identificarse expresamente una tendencia internacional sobre la reincidencia como factor de agravación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y dada la plasticidad que caracteriza legislativamente a esta circunstancia, existe un alto grado de heterogeneidad normativa. Prueba de ello lo ofrecen el sistema penal español y el sistema federal estadounidense.

4.3.1. España

Dentro del amplio margen de arbitrio judicial que existe en el sistema de sanciones penales para las personas jurídicas (Roca, 2013: 379), la reincidencia es la única agravante prevista específicamente. En realidad, el CP español solo nomina estrictamente las atenuantes de las personas jurídicas (art. 31 quater), relegando el papel de la reincidencia al ámbito de las reglas de determinación de las penas (art. 66 bis CP), con alcance limitado. Esta circunstancia actuaría exclusivamente como criterio para determinar la duración de las penas interdictivas, no así para la multa y, obviamente, la disolución. Conforme a esto, el sistema de aplicación e individualización de la pena referido a personas jurídicas del

art. 66 bis²⁰ parte de establecer un límite genérico a las penas con duración determinada, que no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista si el delito lo comete una persona física (art. 66 bis, regla 2º). Y ello con independencia del máximo dispuesto en el art. 33.7 CP para cada pena.

No obstante, ha de interpretarse que este régimen solo es aplicable a personas jurídicas no reincidentes dedicadas preferentemente a actividades legales (Feijóo, 2015: 285). Para superar el límite de dos años, hasta los cinco años, debe concurrir alguna de las dos circunstancias recogidas también en la regla 2ª del art. 66 bis²¹, a juicio de Roca Agapito por razón de una mayor necesidad de pena (2013: 409). La reincidencia ocupa el primer lugar, pero también aquí aparece otra limitación, incorporada por la LO 1/2015. De nuevo, no podrá superarse la duración de la pena máxima prevista para la persona física, sea o no reincidente la persona jurídica, si el delito tiene su origen en la segunda modalidad de atribución de responsabilidad penal del art. 31 bis, letra b), es decir, cuando derive “de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tengan carácter grave”. Esta regla resulta cuanto menos sorprendente, puesto que solo cabe comprometer la responsabilidad de la persona jurídica cuando el incumplimiento de estos deberes es, precisamente, grave²².

²⁰ Que deberá atener según la regla 1ª del art. 66 bis CP a tres criterios: (a) la necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o sus efectos; (b) sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores; y (c) el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

²¹ Como segunda circunstancia que permite exceder el límite condicionado a la pena máxima prevista cuando el delito lo comete una persona física es que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales, entendiéndose como tal el que la actividad ilegal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad legal.

²² Podría interpretarse que en realidad se está aludiendo a la menor gravedad de la deficiencia organizativa o a la menor gravedad del incumplimiento del programa de integridad de la empresa, lo que permitiría además atender a un factor directamente vinculado con la persona jurídica y no con la

Fuera de este supuesto, la pena interdictiva podrá ser superior a cinco años hasta el límite máximo previsto en cada caso en el art. 33.7 CP, o dar lugar a la disolución o prohibición definitiva de actividades cuando concorra la multirreincidencia en la persona jurídica o esta sea utilizada instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales, según preceptúa el art. 66 bis regla 2^a.

A efectos de considerar a la persona jurídica reincidente o multirreincidente habrá de estarse a lo previsto con carácter general en los arts. 22.8 y 66.1.5^o CP, respectivamente. Por tanto, según la primera de estas disposiciones “hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza”, concurriendo multirreincidencia si ha sido condenado, no por uno, sino por tres delitos (art. 66.1.5^o). No obstante, en ningún caso computan los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los antecedentes por delitos leves. Sí computan a efectos de reincidencia las condenas firmes impuestas en otros Estados de la Unión Europea, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español. En cuanto al plazo de cancelación de los antecedentes penales es aplicable lo dispuesto en el apartado 3 del art. 136 CP que, en esencia, remite a los plazos de cancelación de antecedentes penales previstos para las penas impuestas a una persona física²³.

Como se ha expuesto, la regulación española limita el efecto de la reincidencia y multirreincidencia de las personas jurídicas a la decisión sobre la aplicación y determinación de las penas interdictivas de lar-

penalidad de la persona física, aunque la redacción legal no es muy afortunada (Gil Nobajas, 2016: 304).

²³ Seis meses para penas leves, dos años para penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes, tres años para las restantes penas menos graves iguales o superiores a tres años y diez años para las penas graves. A este régimen general de cancelación de antecedentes penales, común para las personas físicas y jurídicas, el apartado 3 del art. 136 observa una regla específica si a la persona jurídica se le impone la pena de disolución o la de prohibición definitiva de actividades, en cuyo caso los antecedentes se cancelarán transcurridos cincuenta años computados desde el día siguiente a la firmeza de la sentencia.

ga duración (Dopico, 2018: 157), según las reglas del art. 66 bis CP²⁴. Con estos mimbres, aunque el legislador español ha prestado atención a la reiteración delictiva y, además, distingue legalmente entre reincidencia y multirreincidencia, la regulación presenta, a nuestro juicio, importantes deficiencias. Con carácter general, y como bien ha señalado la doctrina, las reglas del art. 66 bis CP son extremadamente complejas, confusas e indeterminadas (Gallego, 2013: 96; Roca Agapito, 2013: 379, 380), lo que las convierte de difícil aplicación práctica (Barquín Sanz, 2021: 340, 341)²⁵. Y en lo que concierne a la reincidencia, su alcance es muy limitado. Por un lado, porque en paralelo a lo que sucede con las personas físicas, la reincidencia específica que regula el art. 22.8º (misma naturaleza del delito y mismo título dentro del Código Penal en el que se regule) debilita el papel que está llamada a cumplir en contextos de corrupción, en los que pueden ser diversos los bienes jurídicos y las modalidades típicas, dispersas a lo largo del articulado del Código Penal. Por otro, tampoco se comprende por qué la reincidencia, y su modalidad más grave, la multirreincidencia no opera, por imperativo legal, en la determinación de la pena de multa, excluida de su aplicación.

²⁴ No es pacífica la doctrina a la hora de interpretar si el primer párrafo del art. 66 bis, que alude a la aplicación de las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del art. 66 CP (conurrencia de atenuantes y/o agravantes e impacto en la dosimetría de la pena) es de aplicación a cualquiera de las penas impuestas a las personas jurídicas o, como sugiere un sector de la doctrina, exclusivamente a la pena de multa, puesto que las operaciones que prevén aquellas reglas exigen que exista un marco mínimo y máximo de la pena. En efecto, las penas interdictivas solo establecen un máximo cuando son temporales, pero no un mínimo, y otras son de carácter definitivo (como es, obviamente, la disolución). Estoy por tanto de acuerdo con Roca Agapito cuando limita el alcance del art. 66 CP a las penas interdictivas temporales (2014: 406-407).

²⁵ Hasta la fecha, los supuestos en los que alguna persona jurídica ha sido condenada con las penas más graves que se le pueden imponer (disolución o prohibición de actividades) ha sido por considerar que habían sido utilizadas instrumentalmente para la comisión de delitos (STS, 2ª, nº 583/2017, de 19 de julio, en un caso referido a blanqueo de bienes con origen en el narcotráfico), pero no por aplicación de concurrir reincidencia o multirreincidencia.

Además de lo anterior, resulta de vital importancia para abordar eficazmente la prevención y represión de la corrupción al crimen organizado transnacional, que sean tenidas en cuenta las condenas impuestas por tribunales extranjeros. En este aspecto la regulación española se queda a medio camino, pues solo incluye las condenas impuestas por tribunales de la Unión Europea. Por último, en un modelo de autorresponsabilidad, como ha defendido el Tribunal Supremo español, entre otras, en su sentencia de 29 de febrero de 2016, no debería tener cabida un sistema de determinación de la pena en el que los efectos de la reincidencia o multirreincidencia para superar el quantum de la pena se vincule a la pena privativa de libertad (Roca Agapito, 2013: 408). Esto puede generar disfuncionalidades cuando, por ejemplo, no se castiga con esta pena el delito que comete la persona física, o cuando la empresa se vea sometida a otro proceso penal, pero no sea la misma o mismas personas físicas las que han cometido el delito en los términos del art. 31 bis. La reincidencia o multirreincidencia puede concurrir en la persona jurídica, pero no necesariamente en la persona física. En cualquier caso, para mitigar este régimen, parece que el límite de la pena de la persona jurídica ha de vincularse con la pena en abstracto prevista para el delito, si lo comete una persona física (Roca Agapito, 2013: 408).

4.3.2. Estados Unidos

Conforme al sistema de responsabilidad penal vicarial que rige en el sistema jurídico federal norteamericano, cualquier factor de amonación o agravación de la responsabilidad es tenido en cuenta en la imposición de la pena o, excepcionalmente, en un periodo de prueba (*probation*) (Ortiz de Urbina & Chiesa, 2019: 1510). Todos los factores que pueden aumentar o disminuir la pena recogidos en el capítulo 8 de las USSG son elementos para medir el grado de culpabilidad de la empresa (*Culpability Score*). En definitiva, "(l)a existencia y entidad de los mismos conducen a una serie de multiplicadores, que se aplican sobre la *base fine* y permiten hallar cuál sería el importe mínimo imponible y cuál sería el máximo" (Villegas García, 2016: 317).

El capítulo 8 USSG recoge, en concreto, cuatro factores que posibilitan un aumento de la pena y dos que se conciben como ate-

nuantes. Dentro de los primeros, se toma en cuenta la “historia de la entidad” (*Prior History*), valorándose la comisión previa de otros delitos, así como la imposición de sanciones civiles o administrativas (Villegas García, 2016: p. 316).

Lo anterior engloba distintas situaciones que dotan amplio alcance a esta circunstancia, puesto que en este historial también entran en consideración las infracciones penales previas (*criminal adjudication based on similar misconduct*), las civiles y las administrativas (USSG §8C2.5). A los efectos de delimitar el contenido y alcance temporal de esta amplia reincidencia, hay que acudir a las instrucciones de aplicación que señala el §8A1.2 y las definiciones que en ellas se contienen. Una sentencia penal previa (*prior criminal adjudication*) implica la condena en juicio, bajo diversas fórmulas admitidas en el sistema judicial norteamericano.

En cuanto al alcance de la reincidencia, las instrucciones de aplicación de las *Organizational Guidelines* definen *similar misconduct* como toda infracción de naturaleza similar a la conducta subyacente al delito posterior del que es culpable la persona jurídica, sin tener en cuenta si dicha conducta violó o no la misma disposición legal. En cuanto al límite temporal para computar que existe reincidencia, diferencia un plazo de 5 o 10 años desde la sentencia firme del delito previo, de manera que en el primer caso la culpabilidad será mayor a la hora de determinar la multa: 2 puntos si se incurre en reincidencia en el plazo de 5 años frente a 1 punto si es en el plazo de 10 años. De darse ambos supuestos, se aplicará la puntuación mayor de las dos (USSG §8C.2.5.c). Además, la existencia de otras condenas distintas a las referidas en el §8C.2.5.c, permite, entre otros factores, determinar una pena más elevada dentro de la horquilla en la que se puede fijar la multa.

Como se observa, el modelo federal norteamericano presenta una regulación severa y de amplio espectro a la hora de considerar desfavorablemente la existencia de condenas previas de la persona jurídica, pues no las limita a la órbita penal para determinar la culpabilidad de la persona jurídica, algo que ha sido puesto de manifiesto por el Grupo de Trabajo de la OCDE. A su juicio, la consideración global de los factores de agravación y atenuación que recoge las USSG puede derivar en la condena de la entidad, concurriendo alguno de los

primeros, incluso si esta autodenunció de forma voluntaria, cooperó plenamente y remedió el daño en tiempo y forma (OCDE, 2020: 90).

Por último, el sistema también se caracteriza por el plazo temporal para el cómputo de la *prior misconduct*, hasta cinco en caso de una condena previa y diez en supuestos de multirreincidencia, de manera que dependiendo del supuesto, la empresa puede tardar en “borrar” su historial delictivo previo. Dada la finalidad preventiva de esta agravación, puede producir un eficaz efecto disuasorio de que la persona jurídica se sienta tentada a recaer en el delito e invierta o, en su caso, mejore, su *compliance* penal.

4.3.3. Lineamientos sobre la agravante de reincidencia en los países de referencia no latinoamericanos

A la luz de los principales rasgos reseñados del sistema español y del sistema federal estadounidense sobre el régimen de agravación de las condenas previas de la persona jurídica, se observa un elemento en común, y es que ambos recogen un complejo modelo de determinación de la pena en el que se incardina, entre otros factores, la reincidencia. Ahora bien, en el modelo norteamericano la reincidencia es uno de los factores que determinan el nivel de culpabilidad de la persona jurídica, pero no forma parte del Derecho sustantivo puesto que, como se recordará, en EE. UU. rige un modelo de responsabilidad vicarial para las personas jurídicas, aunque atemperado en la praxis mediante las USSG. La regulación española ha optado, conforme a su tradición jurídica, por su previsión en el Derecho penal sustantivo, aunque sin mucho acierto, pues estrictamente actúa como regla de determinación e individualización de la pena, y solo para determinadas penas aplicables a las personas jurídicas.

Comparten ambas regulaciones la diferencia en términos de gravedad de la reincidencia frente a la multirreincidencia, asignando obviamente a esta última mayor efecto en el incremento de la pena, e incluso, en el caso español, abriendo la posibilidad de que se imponga la disolución o prohibición absoluta de las actividades de la entidad. La pena de disolución prevista en la regulación española posee una indudable trascendencia en la prevención de la corrupción asociada a la delincuencia organizada transnacional, puesto que real-

mente la reiteración delictiva múltiple lleva a suponer la consideración de la empresa como criminógena que, por tanto, habrá de disolver. Por ello, existiría cierto solapamiento entre la multirreincidencia y la instrumentalización de la persona jurídica para la comisión del delito, criterios que requiere las reglas del art. 66 bis para que la pena interdictiva temporal pueda superar los cinco años o, como se ha dicho, imponer la disolución o la prohibición definitiva de actividades. Por el contrario, el modelo norteamericano sobre reincidencia no contempla como posible pena la disolución de la persona jurídica por supuestos de multirreincidencia, aunque dado lo elevado de las multas que se imponen, particularmente en aplicación de la FCPA, puede llevar en la práctica a la desaparición de la entidad.

Estos puntos en común no esconden las notables diferencias que se observan en los principales elementos que caracterizan la circunstancia agravatoria objeto de estudio y que se van a analizar comparadamente según el siguiente orden: concepto de reincidencia, reincidencia internacional, cómputo temporal y efecto en la determinación de la pena.

Sobre el primero de estos aspectos, qué debe entenderse por reincidencia, la regulación penal española es muy limitada en el ámbito objetivo de aplicación, al imponer un doble filtro. Es necesario que la nueva comisión esté recogida en el mismo Título del CP y posea la misma naturaleza, lo que la doctrina y jurisprudencia consolidada ha interpretado como mismo bien jurídico y misma forma de comisión. Tratándose de la posibilidad de apreciar reincidencia por actos de corrupción, llevaría a la incomprensible situación en la que no cabe apreciar reincidencia entre cohecho a funcionario público y soborno a funcionario extranjero, dado que se ubican en distintos títulos del CP y protegen bienes jurídicos distintos. Frente a esta postura legislativa, el sistema federal norteamericano, aunque no opta por un régimen de reincidencia general, no cae en la disfuncionalidad de la regulación española, pues el límite se sitúa en la naturaleza corrupta o defraudatoria de la infracción realizada. Puede ser cuestionable, no obstante, que el alcance de la reincidencia supere la órbita penal, en la medida en que, si un hecho previo no fue constitutivo de delito, difícilmente puede considerarse un factor que agrave la responsabilidad penal de la persona jurídica respecto del delito posteriormente cometido.

En segundo lugar, las condenas dictadas por un tribunal extranjero son tenidas limitadamente en cuenta por el sistema jurídico-penal español, solo las que se dicten en el ámbito regional de la Unión Europea, conforme a la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. De nuevo el marco regulador de EE. UU. es más amplio, al incluir en la apreciación de la reincidencia y multirreincidencia las condenas dictadas por una autoridad judicial extranjera, sin adscripción a un ámbito regional específico, lo que resulta acorde, por lo demás, con la naturaleza extraterritorial de la FCPA.

En tercer lugar, también resulta en ambas legislaciones que ahora se comparan un muy distinto régimen para el cómputo de la apreciación de la reincidencia. EE. UU. opta por un plazo temporal fijo, con independencia de la gravedad del hecho corrupto cometido. El plazo se condiciona, exclusivamente, al número de infracciones, penales y no penales, cometidas dentro de él, con la doble frontera de los cinco años desde que se dictó la sentencia condenatoria previa para la reincidencia “simple” y de diez años para la multirreincidencia. Por su parte, el modelo español ha preferido condicionar el cómputo de los antecedentes penales a unos plazos temporales que se vinculan a la pena impuesta a la persona física, lo que significa que oscilarán entre los seis meses (penas leves) hasta los 10 años (penas graves, esto es, superiores a los 5 años).

Esto implica que habrá de atenderse al concreto delito cometido y a la pena establecida para la persona física para determinar cuándo ya no es posible computar reincidencia. De aquí se derivan dos cuestiones: la regulación española no clarifica de si se trata de la pena en concreto impuesta o de la pena en abstracto. Razones de eficacia preventiva, aconsejan esta segunda interpretación, dado que puede no haber persona física penalmente responsable o que concurra en ella alguna circunstancia de exclusión de su culpabilidad. En segundo lugar, aunque aparentemente ambos regímenes coinciden en el plazo máximo de cómputo de la reincidencia y, aparentemente el sistema federal norteamericano se presenta más severo, una comparativa en mayor profundidad lleva a concluir que no tiene por qué ser así siempre. Por un lado, porque conforme al

CP español los antecedentes no se cancelan para la persona jurídica condenada a la disolución o a la prohibición definitiva de actividades hasta los cincuenta años, aunque no se sabe muy bien qué virtualidad práctica puede tener esta previsión, pues en ambos casos la persona jurídica quedará extinguida. Por otro lado, la regulación española puede llegar a ser más severa porque el plazo para el cómputo de la reincidencia simple por delitos graves es de diez años, es decir, haber sido condenado por un delito (del mismo título y de la misma naturaleza), mientras que en la regulación estadounidense solo cuando concurre multirreincidencia el cómputo supera los cinco años hasta los diez.

En cuarto lugar, otro aspecto clave en el que se aprecian las divergencias de ambos sistemas es la relevancia de la reincidencia en el marco de la determinación de la pena, con elementos muy heterogéneos. Ha quedado de manifiesto que el sistema federal norteamericano toma en consideración la reincidencia (o multirreincidencia) dentro de una valoración global junto a otros factores de agravación y de atenuación para establecer la culpabilidad de la persona jurídica y la cuantificación de la multa, que es la única sanción estrictamente “penal” con la que se castiga a esta. Incomprendiblemente, la regulación española deja fuera del efecto agravatorio que produce la condena o condenas previas a la multa, la única pena que conforme a la regulación española es de obligada imposición. Teniendo en cuenta, como se verá en otro capítulo, que la sanción monetaria es una de las políticas criminalmente más eficaces en la lucha contra la corrupción, al objeto de contrarrestar el enriquecimiento ilícito que persigue esta criminalidad, la regulación española torpedea la posibilidad de agravar la pena en supuestos de reiteración delictiva. Su limitación a las penas interdictivas temporales, como criterio de graduación de su duración, y la decisión sobre disolver a la entidad resulta insuficiente en esta estrategia preventiva, condicionada, por lo demás, a la duración de la pena privativa de libertad impuesta a la persona física. Con ello el legislador español, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito estadounidense, evidencia la confusión con la que ha introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

4.4. Regulación en los países latinoamericanos de referencia

Al igual que sucede en el ámbito no latinoamericano las previsiones penales sobre las circunstancias agravatorias de la penalidad de la persona jurídica y, en concreto, sobre la reincidencia son muy dispares. No resulta sorprendente esta heterogeneidad dada la ausencia, según se recordará, de criterios internacionales expresos sobre esta cuestión, pero este escenario condiciona poderosamente la posibilidad de establecer una tendencia común en la región latinoamericana.

Antes de avanzar con el análisis de las regulaciones latinoamericanas de referencia, conviene dejar constancia que la cuestión de las agravantes, en general, y de la reincidencia, en particular, no ha sido objeto de atención particularizada en el seguimiento que desde algunas instancias internacionales se realiza periódicamente sobre el cumplimiento de los compromisos asumidos por parte de los Estados, algo en lo que probablemente influya, de nuevo, la ausencia de estándares internacionales. Junto a ello, se advierte que es una cuestión que apenas ha suscitado interés en la doctrina especializada, más preocupada hasta la fecha en cuestiones centrales como la naturaleza y fundamentación de la responsabilidad de las personas jurídicas o el papel que en ella juegan los programas de cumplimiento y otros incentivos premiales. Amén de que tampoco se ha planteado su aplicación, hasta la fecha, en el ámbito judicial, donde en general también son escasos o inexistentes los pronunciamientos contra personas jurídicas. Con estas premisas, en lo que sigue se expondrán las características principales de los sistemas jurídicos latinoamericanos de referencia.

4.4.1. Argentina

El sistema jurídico penal argentino regula dos fórmulas de castigo de la persona jurídica. Un primer régimen jurídico es acogido tanto por el CP para el delito de blanqueo (art. 304) y los delitos bursátiles y financieros (art. 313) y por la Ley 26769 para delitos tributarios. Otra fórmula de sanción regula la Ley 27.401 de 2017, específicamente relativa la responsabilidad penal de las personas jurídicas por

determinados delitos de corrupción. De esta disparidad de regímenes penales se deriva, en el tema que se aborda, que únicamente la reincidencia se contempla como circunstancia agravatoria en la Ley 27.401. Concretamente, el art. 8 exige tener en cuenta en la graduación de la pena un total de 10 factores²⁶, sin distinguir expresamente su naturaleza atenuante o agravatoria, de entre los cuales la reincidencia ocupa el último lugar. Esta existe, según el art. 8.10 CP, “cuando la persona jurídica sea sancionada por un delito cometido dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha en que quedara firme una sentencia condenatoria anterior”. La regulación argentina opta, así, por establecer un plazo temporal a la hora de computar la reiteración delictiva que, a juicio de Donna, resulta poco comprensible, puesto que coloca a la persona jurídica en mejor condición que a la persona física (2019:1399). Se opta, por otro lado, por la reincidencia genérica, sin discriminar la naturaleza y clase de delito por el que previamente se ha condenado.

Puesto que la Ley 27.401 contempla un régimen agravatorio específico para las personas jurídicas por delitos de corrupción, se plantea el interrogante, no resuelto doctrinal ni jurisprudencialmente, si son extrapolables algunas de las disposiciones del Título VIII del CP, arts. 50 a 53. Fundamentalmente lo dispuesto en el último párrafo del art. 50 sobre el cómputo a efectos de reincidencia de la condena sufrida en el extranjero si es por un delito que según la ley argentina puede dar lugar a la extradición. De no interpretarse que también para las personas jurídicas deben computar las condenas impuestas

²⁶ De los 10 factores de graduación de la penal que regula el art. 8 de la Ley 27.401, cinco de ellos los recogidos en el numeral 1,3,4,5, y 6) coinciden con los que contempla el CPNA como la Ley 24.769 para modular la pena imponible a la persona: incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de la vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, así como el tamaño, naturaleza y capacidad económica de la persona jurídica. Además de estos cinco, la Ley 27.401 amplía los factores de graduación de la sanción en otros cinco: además de la reincidencia, la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad previa de detección o investigación interna, el comportamiento posterior, la disposición para mitigar o reparar el daño.

en el extranjero, la finalidad preventiva perseguida con la reincidencia en la Ley 27.401 en el ámbito de la corrupción, generalmente de alcance transnacional, quedaría en entredicho. Por otro lado, cabe también plantearse si en ausencia de mención expresa a la reincidencia de la persona jurídica en la Ley 24.769 y en los arts. 303 y 313 CP, es aplicable aquí el régimen general, *mutatis mutandi*, de los arts. 50 y ss. CP. Razones de legalidad desaconsejan esta interpretación, puesto que, a pesar de no estar prevista la reincidencia como factor de graduación de la pena impuesta a la persona jurídica, ambos regímenes de responsabilidad contemplan un catálogo cerrado de graduación, por lo que no parece posible hacer una interpretación extensiva en perjuicio de reo.

Aunque la regulación argentina ha tenido en cuenta el carácter reiterado de los actos de corrupción, al incorporarlo como factor de graduación de la pena, son varios los puntos débiles que presenta, según se desprende del análisis anterior. La existencia de un doble régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica corre el riesgo de generar disfuncionalidades, como ocurre, pero no solo, con la reincidencia como factor de agravación de la penalidad, y, a mayores, envía mensajes confusos a las empresas, con efecto negativo en la eficacia preventiva que pretenden desplegar.

Por otro lado, la opción legislativa por la reincidencia genérica permite en el marco de la Ley 27.401 tenerla en cuenta con independencia del concreto delito de corrupción objeto de aplicación de esta, lo que refuerza en este punto el efecto disuasorio llamado a cumplir en esta criminalidad, fundamentalmente al acoger la reincidencia internacional. Con todo, la técnica legislativa del art. 8 Ley 24.401 es imprecisa, puesto que deja a discrecionalidad del juzgador la incidencia específica que tienen los factores de graduación de la pena. Aunque en la mayoría de ellos se desprende de su propio contenido, no hay ningún indicador sobre si las circunstancias del art. 8 deberán tenerse en cuenta con efecto atenuante, agravatorio, o puedan tener doble naturaleza atenuante o agravatoria, según el caso, así como tampoco existe criterio alguno de medición de la pena. Igualmente, el plazo de 3 al que se ata el cómputo de la condena previa de la persona jurídica en la Ley 27.401 parece insuficiente en términos disuasorios, como ha destacado la doctrina. A pesar de

estas observaciones, el Grupo de Trabajo de la OCDE no ha emitido recomendaciones al respecto (OCDE, 2019: p. 15).

4.4.2. Brasil

En el marco del estancado proyecto de reforma del CP que, sin visos de prosperar, se está tramitando en Brasil (PLS 236/2012), no existe un régimen específico de agravantes para personas jurídicas (tampoco de atenuantes). Surge así la cuestión de, si ante este silencio, cabría aplicarle, de acuerdo con el proyecto, el régimen de agravantes para las personas físicas de los arts. 77 a 80, en el que se incluye la reincidencia. En esencia, existe reincidencia según el art. 77 del proyecto cuando el sujeto ha sido condenado previamente por sentencia firme, incluidas también las sentencias de tribunales extranjeros, por cualquier delito, siempre que no haya transcurrido un plazo superior a cinco años entre dicha sentencia y el delito posterior. No obstante, según el proyecto no computan a efectos de reincidencia los delitos en los que se impone al condenado una pena restrictiva de derechos y/o multa. Por lo que, estrictamente, de defender esta extensión del régimen general, no tendría aplicación para las personas jurídicas en la gran mayoría de los casos, al ser la multa la pena mayoritariamente impuesta a esta. No obstante, el art. 77 también incluye como agravante los antecedentes al hecho, que permite atender a las condenas previas que no dan lugar a reincidencia en los términos del art. 79, lo que en el caso de la persona jurídica implicaría poder ser tenida en cuenta a efectos de dosimetría de la pena, siempre que no hayan transcurrido más de cinco años desde que se extinguió la pena anterior.

Más allá de esta cuestionable interpretación, está claro que la regulación penal brasileña, ya sea modificando el CP, ya sea promulgando una ley penal específica concerniente a la responsabilidad penal de la persona jurídica, debe contemplar, entre otros extremos, un catálogo de atenuantes y agravantes, en el que, entre otras que no son objeto de este capítulo, la reincidencia ocupe un lugar central como circunstancia agravatoria de la penalidad en un ámbito de criminalidad caracterizado por su ejecución sistemática y reiterada en el tiempo, amparado en el carácter estructural que definen los actos

de corrupción asociados a la delincuencia organizada transnacional. Igualmente, una futura regulación en esta dirección debería incluir, entre otros aspectos, una definición legal de reincidencia, bien genérica, bien circunscrita a un catálogo de delitos bajo el paraguas común de implicar una práctica corrupta, incluida la reincidencia internacional, como ya se prevé en el régimen general de reincidencia aplicable a las personas físicas del vigente CP brasileño (art. 63). También debería establecer el plazo temporal al que se vincula su apreciación, lo suficientemente elevado para producir sus efectos preventivos.

4.4.3. Chile

La regulación chilena sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas establece como única y exclusiva circunstancia agravatoria de la penalidad de la persona jurídica la reincidencia. Conforme al art. 7° de la Ley 20393, “es circunstancia agravante de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el haber sido condenada, dentro de los cinco años anteriores, por el mismo delito”. En consecuencia, el tenor literal de la ley impide apreciar que la reiteración delictiva de lugar a reincidencia si no se trata de la misma tipificación penal de los hechos.

El efecto que produce la reincidencia en la determinación de la pena se recoge en el art. 16. De concurrir esta y no haber atenuantes, se aplicarán en caso de crímenes o simples delitos, bien las penas en su máximo, bien la disolución o cancelación. No obstante, en el supuesto de soborno a funcionario público extranjero, única infracción penal catalogada como crimen en esta ley, deja a discreción del tribunal la imposición de las penas en su grado máximo (“si procediere”). Si concurrieran simultáneamente la agravante de reincidencia y varias atenuantes, la regla establece la compensación de la reincidencia con alguna de las atenuantes, pasando en ese caso a ser de aplicación el resto de las reglas del art. 16.

Siendo como fue la regulación chilena la primera en el ámbito latinoamericano que incorporó la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de corrupción que ha ido ampliando en sucesivas reformas, ya tuvo claro que el carácter reiterado de la de-

lincuencia en este ámbito exigía reconocerle efector agravador de la pena. Presenta, además, un plazo temporal para su cómputo coincidente con la mayoría de los sistemas jurídicos del entorno, cinco años, suficientemente elevado para resultar disuasorio y fomentar el mensaje de que es mejor invertir en programas de prevención y detección del delito que reincidir en su comisión. No obstante, ante el silencio legal, este plazo es único para la reincidencia simple y la multirreincidencia, si bien se compensa con la posibilidad de optar por la disolución como pena imponible. Por otro lado, resulta destacable la presencia de indicadores legales de su efecto en la determinación y dosimetría de la pena.

A pesar de lo anterior, no se escapan algunos aspectos que no aparecen suficientemente precisados en la Ley 20393, en especial la ausencia de mención expresa en el art. 7 a la reincidencia internacional, de manera paralela a lo que prevé el art. 411 del CP chileno en relación con el régimen general de reincidencia para personas físicas. Aunque una interpretación sistemática de ambas normas permitiría defender que también en el caso de la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas computan las condenas recaídas en sentencia firme por un tribunal extranjero, lo más conveniente sería que la Ley 20393 hiciera una alusión expresa sobre esta cuestión para evitar una posible colisión con el principio de legalidad.

Limita también el efecto preventivo en un ámbito de criminalidad de configuración estructural y, en consecuencia, con numerosas manifestaciones delictivas, el que para que exista reincidencia debe tratarse del mismo delito, lo que excluye, por ejemplo, su cómputo si se condenó por lavado de dinero y posteriormente por cohecho (Gómez Contreras & Lichtemberg Baraona, 2012: 162).

4.4.4. México

México no recoge la reincidencia como circunstancia de agravación de la persona jurídica, puesto que el art. 11 bis Código Penal Federal prevé exclusivamente la posibilidad de atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero no regula factores agravatorios. No obstante, esta disposición debe complementarse con el contenido del art. 422 Código Nacional de Procedimiento Penal,

norma que, en realidad, constituye la base legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema penal federal mexicano. En él se contienen también varias reglas de individualización de la pena en atención a la gravedad del hecho y culpabilidad del sujeto, aunque ninguna de las circunstancias recogidas en las letras a) a f) del apartado V del art. 422 Código Nacional de Procedimiento Penal alude a la reincidencia, dado que la gran mayoría de ellas impactan directamente en el ámbito del *compliance* de la empresa (Ontivero, 2019: 1481). No obstante, interesa destacar el párrafo final de las reglas de individualización, según el cual “para imponer la disolución, se deberá ponderar, además, que la imposición de dicha sanción sea necesaria para garantizar la seguridad pública o nacional, evitar que se ponga en riesgo la economía nacional o la salud pública o que con ella se haga cesar la comisión de delitos”. Esta alusión última a la cesación de la comisión de delitos avala interpretar que, precisamente, dado que la disolución es la pena más grave aplicable a la persona jurídica, por implicar su muerte civil, únicamente será aplicable cuando, entre los factores que se recogen, sea reincidente, similar a lo dispuesto en otros ordenamientos jurídicos como el español o chileno. La interpretación anterior es preferible a la opción de abrir la puerta a la aplicación del régimen general sobre reincidencia del art. 20 ss. Código Penal Federal²⁷, con los límites que allí se establecen, en la medida en que, además, su efecto en la individualización de la pena se regula en el art. 65 en términos de incremento de la pena privativa de libertad.

La regulación mexicana recuerda, en cierta medida, a la española a la hora de limitar, de defenderse la interpretación sustentada

²⁷ Dispone el art. 20 Código Penal Federal que “(h)ay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley. La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviniere de un delito que tenga este carácter en este Código o leyes especiales”. Por su parte, el art. 65 recuerda que la reincidencia se tomará en cuenta para la individualización judicial de la pena, así como para el otorgamiento o no de los beneficios o de los sustitutivos penales que la ley prevé.

anteriormente, que la reincidencia opera como criterio para la imposición de la pena más grave aplicable a la persona jurídica, la disolución. Postura que resulta lógica, puesto que la reiteración en el tiempo de delitos por parte de la persona jurídica implica que, en realidad, se está ante una empresa criminógena donde no existe ningún tipo de medidas de control, de manera contraria al espíritu de todas las legislaciones comparadas sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica. A pesar de ello, sería conveniente dotar de una regulación específica de las circunstancias atenuantes y agravantes, con mención expresa a la reincidencia, y determinando su contenido, plazo para su cómputo y criterios que guían al juzgador para determinar la dosimetría de la pena.

4.4.5. Perú

El art. 105-A del CP peruano establece, en consonancia con otros sistemas jurídicos del entorno, un catálogo de factores que deberán tenerse en cuenta para la determinación de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, entre los que no se contempla expresamente la reincidencia, pero en la que se establece una cláusula final según la cual “la disolución de la persona jurídica se aplica siempre que resulte evidente que ella fue constituida y opera habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas”. No obstante, esta previsión va más allá de la reincidencia, puesto que asume una situación aún más grave, y es que la persona jurídica, aun con apariencia legal, es en realidad una empresa criminal, creada para facilitar u ocultar la comisión de delitos. Siendo así, cobra pleno sentido decretar su disolución, en la medida en que sirve de instrumento peligroso para la perpetración delictiva de las personas físicas que se sirve o usan de ella con tal fin.

De acuerdo con lo anterior y existiendo, así, una previsión específica sobre los criterios para la determinación e individualización de la pena, parece que debe rechazarse una interpretación extensiva por la que pueda tenerse en consideración la regulación general sobre la reincidencia del art. 46-B CP peruano, que define la reincidencia como el que “incurre en un nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años”. También tiene la condición de reincidente

“quien después de haber sido condenado por falta dolosa, incurre en nueva falta o delito doloso en un lapso no mayor de tres años”. Si bien, para algunos delitos la reincidencia no tiene límite de tiempo. Por la misma razón, tampoco serían aplicables a la persona jurídica las reglas sobre la habitualidad (tres hechos punibles en el plazo de cinco) del art. 46-C CP.

A la regulación peruana le son achacables las mismas objeciones que anteriormente se han realizado a la propuesta de regulación penal brasileña, dada la ausencia de previsión normativa en esta cuestión. Por lo que sería conveniente que también en las consecuencias accesorias, que, por lo demás, tienen naturaleza penal, se regulara convenientemente un sistema de atenuantes y agravantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, entre las que se incluya la reincidencia y se precise su naturaleza, plazo de cómputo y criterios específicos para la individualización de la pena aplicable.

4.4.6. Lineamientos en los sistemas jurídicos nacionales del ámbito latinoamericano

Son varios los elementos que condicionan la regulación de la reincidencia de las personas jurídicas en el tratamiento jurídico-penal del fenómeno de la corrupción, en general y, en particular, asociada a la delincuencia organizada transnacional. Siguiendo el mismo orden en el análisis comparado de los sistemas jurídicos nacionales de la región de América Latina que el realizado con EE.UU. y España (concepto, cómputo, y relevancia en la determinación de la pena), las previsiones penales que se han expuesto son expresión, nuevamente, de la plasticidad que caracteriza a la reincidencia y la falta de una dirección unitaria, unida a la inexistencia de estándares internacionales expresos en esta cuestión para abordar eficazmente el fenómeno de la corrupción asociado a la delincuencia organizada transnacional.

Comenzando, en primer lugar, por el concepto de reincidencia, las regulaciones analizadas se mueven en un amplio rango. En polos opuestos se encuentra la regulación chilena y argentina. La Ley 20.393 chilena opta por la opción más restrictiva posible, puesto que únicamente existe reincidencia para la persona jurídica cuando la

calificación jurídico-penal del hecho delictivo posterior es la misma que por el que ya ha sido condenada. Por su parte, la Ley 27.401 argentina prevé como agravante la reincidencia genérica, por lo que será apreciable con independencia de la naturaleza y calificación jurídica del delito posterior, si bien restringido al ámbito delictivo de aplicación de esta Ley. A pesar de las disfuncionalidades que, en su momento, se expresaron sobre la existencia de dos regímenes de responsabilidad penal de las personas jurídicas en materia fiscal y de lavado de activos y en el marco de la Ley 27.401, y que solo en esta ley tenga cabida la reincidencia, esta última opción legislativa resulta preferible como estrategia político criminal contra la corrupción.

En conexión con esto, resultan particulares los sistemas jurídicos mexicano y peruano, puesto que, de entrada, no prevén expresamente la reincidencia como agravante específica o como criterio de graduación de las sanciones penales imponibles. A pesar de ello, la posibilidad legal de decretar la disolución para evitar la continuidad delictiva supone reconocer implícitamente el carácter agravatorio de la reiteración delictiva, en este caso para aplicar la pena más grave con la que se puede castigar a la persona jurídica, y, además, sin restringir la reiteración delictiva a una tipología específica de delitos. Muy diferente, y de escasa eficacia disuasoria en el tema objeto de estudio comparado, es la situación que plantea la propuesta legislativa brasileña, dado que conforme al PLS/2012 únicamente es posible considerar los antecedentes de hecho como factor de agravación de la pena para las personas jurídicas por remisión a las disposiciones generales para las personas físicas.

Un segundo aspecto a comparar, es el tratamiento jurídico-penal de la multirreincidencia. A diferencia de la situación legislativa en España y EE. UU., ninguno de los países latinoamericanos de referencia hace alusión expresa a esta figura. De ello se deriva que el tratamiento jurídico-penal es el mismo que en supuestos de reincidencia simple y, en consecuencia, no se plantea una diferenciación de plazos para el cómputo en uno u otro caso. Únicamente se advierte el peso que, implícitamente, tiene la reiteración delictiva habitual en el art. 422 Código Nacional de Procedimiento Penal y art. 105-A CP peruano en relación con las reglas para decretar la disolución en el art. 422 Código Nacional de Procedimiento Penal mexicano y en el art. 105-A CP pe-

ruano. Es de señalar que en estos casos cobra pleno que si la reiteración delictiva hace prueba de que la entidad es en sí misma criminógena, realmente se está ante una empresa criminal con apariencia de legalidad cuyo *modus operandi* es la realización de prácticas corruptas, por lo que deberá ser disuelta porque ha fracasado todo intento disuasorio y de fomento de una cultura empresarial de respeto a la legalidad.

En cuanto a la reincidencia internacional, en tercer lugar, se presenta como una asignatura pendiente en las regulaciones analizadas, de máxima importancia para que el agravamiento de la pena por recaer en el delito pueda aspirar a cumplir eficacia preventivo especial y general en la comisión de delitos de corrupción asociados a la delincuencia organizada transnacional. Únicamente la Ley 27.401 argentina reconoce que las condenas de tribunales extranjeros también computan a efectos de reincidencia, con la salvedad de que se trate de delitos que dan lugar a extradición. Según se expuso, únicamente por vía interpretativa, y con los problemas que ello plantea en atención al principio de legalidad penal, sería posible admitir la reincidencia internacional en el régimen legal previsto en regulaciones como la que ofrece la Ley 20393 de Chile o el PLS/2012 de Brasil.

Otro elemento de caracterización que condiciona la finalidad preventiva de castigar más severamente la reiteración delictiva es el relativo al plazo máximo de cómputo entre la condena previa y el delito posterior. En este sentido, el rango oscila entre los tres años que dispone la regulación argentina, de nuevo por aplicación de la Ley 27.401, y los cinco años al que se adscribe la Ley 20.393 chilena por delitos de corrupción y el PLS/2012 de Brasil. Es de observar que la opción seguida en el caso mexicano y peruano no vincula la reiteración delictiva exigida para acordar la disolución a plazo temporal alguno. Aunque no es posible determinar a priori la eficacia empírica de estas previsiones, el régimen argentino resulta, cuanto menos, disfuncional si se compara con el dispuesto para las personas físicas, por resultar más benévolo y, en consecuencia, contraproducente como mecanismo de disuasión y de fomento de la autorregulación empresarial para hacer frente a la corrupción.

Finalmente, el último elemento de estudio comparado conecta con las reglas de determinación, graduación e individualización de la pena. En esta cuestión se aprecian varias tendencias. En una primera

se sitúan los sistemas jurídicos en los que la legislación no ofrece criterios reglados al respecto (PLS brasileño). Una segunda tendencia es la seguida por la Ley 27.401 argentina, en la que sí están previstos un listado de circunstancias a tener en cuenta en la graduación de la pena, pero sin especificar la incidencia que tienen en la determinación de la pena imponible ni en su dosimetría. En un tercer grupo están las regulaciones que vinculan expresamente la reiteración delictiva a una tipología concreta de pena, la disolución, según lo ya analizado antes (México y Perú). Por último, una cuarta postura es la seguida por la Ley 20393 chilena, la más detallada en esta cuestión. El caso chileno es el que reduce en mayor medida el arbitrio judicial, puesto que contiene reglas específicas sobre el impacto que tiene en la dosimetría de la pena la concurrencia de atenuantes y/o agravantes. Además, la reincidencia (o multirreincidencia), habilita al juez o tribunal a decretar la disolución de la entidad si en el caso concreto no concurrieran atenuantes. Es de destacar que, como se vio en su momento, las atenuantes que recoge esta ley expresan determinados incentivos premiales vinculados con la autorregulación empresarial, por tanto, en ausencia de estos, la recaída en el delito puede evidenciar la filosofía criminógena de la empresa. Se trata, así, de una previsión afín a la que ofrece el Código Nacional de Procedimiento Penal mexicano y el CP peruano, pero incardinada en un régimen de graduación e individualización de la pena más garantista que el que presenta estos dos últimos países.

4.5. Regulación en Colombia

4.5.1. Situación en Colombia

La reincidencia es una constante en los dos proyectos, hasta la fecha infructuosos, para introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de corrupción. En el proyecto de ley 117 (2018) regulaba como circunstancia agravatoria los antecedentes penales de la persona jurídica (art. 100E.a), sin establecer los plazos de cancelación de estos²⁸. El art. 9.1 del proyecto de ley 178 (2020)

²⁸ También consideraba circunstancia agravatoria los antecedentes penales de la persona física que concurra en la realización del delito.

incluye la reincidencia como una de las dos agravantes expresamente aplicables a las personas jurídicas, junto al incumplimiento total o parcial de las sanciones impuestas a la persona jurídica en virtud del ámbito de aplicación objetiva del proyecto. A los efectos de computar la reincidencia, dispone un plazo temporal de cinco años desde la condena por la comisión del delito investigado y juzgado.

En cuanto al alcance de la reincidencia, el proyecto se limita a una referencia genérica al delito por el que ha sido condenada la persona jurídica durante los cinco años anteriores, por lo que en principio nada obsta a que la persona jurídica incurra en reincidencia, respetando el límite temporal, si ha sido condenada por cualquiera de los delitos que delimitan el ámbito de aplicación del proyecto. Para la determinación e individualización de la pena, son de aplicación los criterios recogidos en el art. 16 (inexistencia de medidas de prevención del delito o de su defectuosa implementación, tamaño y naturaleza de la persona jurídica, capacidad económica de la persona jurídica y gravedad del delito), si bien no se regulan indicadores del efecto que las circunstancias atenuantes o agravantes tiene en la dosimetría de la pena.

El proyecto de ley 178 (2020) sigue la tónica de varias de las regulaciones penales del entorno que prevén la reincidencia como factor agravatorio de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Ofrece como elementos positivos como mecanismo disuasorio de comisión de actos de corrupción, en especial asociados a la delincuencia organizada transnacional, el hecho de optar por una reincidencia genérica y extender el plazo de su cómputo a los cinco años. No hay, sin embargo, mención expresa a la reincidencia internacional²⁹, así como a las reglas que condicionan la determinación y dosimetría de la pena.

²⁹ En el caso de las personas jurídicas, la reincidencia se contempla en el art. 39.3 de la Ley 599 de 2000, Código Penal colombiano, en relación con la pena de multa: “La unidad de multa se duplicará en aquellos casos en que la persona haya sido condenada por delito doloso o preterintencional dentro de los diez (10) años anteriores”. Además de las dudas que suscita la aplicación de esta regla a las personas jurídicas, en caso de aprobarse una Ley que establezca su responsabilidad penal, en la tónica del Proyecto 178 (2020), es de observar que tampoco en el Código Penal colombiano hay una referencia expresa a la reincidencia internacional.

4.5.2. Análisis comparado del proyecto 178 (2020) a la luz de los estándares internacionales y los sistemas nacionales latinoamericanos y no latinoamericanos previamente analizados

En ausencia de un posicionamiento expreso sobre la reincidencia en relación con las personas jurídicas, las frustradas propuestas de ley en Colombia para responsabilizar penalmente a estas por delitos de corrupción, no se desmarcan de las regulaciones de Derecho comparado, dentro y fuera de América Latina, al considerarla como causal de agravación de la pena. En este marco, el proyecto 178 (2020) opta, al igual que Argentina y EE.UU., por atribuirle naturaleza genérica, lo que, tratándose del fenómeno de la corrupción, permite apreciar reincidencia por cualquier de los delitos que integran el ámbito de aplicación del proyecto. Esta postura legislativa es la más adecuada como estrategia político criminal, en la medida, como se ha señalado en ocasiones anteriores, de las múltiples manifestaciones delictivas que tiene esta criminalidad. No obstante, esto lleva a otra cuestión que trasciende el objeto específico de análisis comparado que ahora se aborda, relativo a los delitos a los que se circunscribe la responsabilidad penal de la persona jurídica en el proyecto, de restringida proyección en cuanto a tipologías delictivas corruptas que se recogen.

A partir de la previsión de una reincidencia genérica, el proyecto colombiano deja fuera un aspecto nuclear en su idoneidad político criminal, puesto que deja fuera la reincidencia internacional. Esta ausencia no es singular del proyecto de Colombia, puesto que también existe en la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos analizados, concretamente del ámbito latinoamericano, a excepción, de nuevo de la Ley 27.401 argentina. Es de señalar que tampoco es posible realizar una interpretación sistemática, con las dudas que ello suscita en términos de legalidad penal, con las previsiones aplicables a las personas físicas, tal y como se ha planteado, como posibilidad, en relación con la Ley 20.393 chilena e, incluso, en el PLS/2012 brasileño. Igualmente, tampoco hay alusión específica a la multirreincidencia, si bien esta figura, según ha quedado expuesto en el análisis de los sistemas jurídico-penales de los países de referencia, solamente tiene una regulación expresa en el CP español, si bien con limitaciones, y en las USSG estadounidenses.

Por otro lado, de lo que no se aparta la infructuosa propuesta de ley penal colombiana es del plazo que predomina en Derecho comparado para el cómputo de la reincidencia, 5 años, el mismo que se aplica en Chile, EE. UU. (para la reincidencia simple), Brasil (aunque en relación con los antecedentes de hecho del PLS/2012) y Perú (en caso de aceptar una interpretación sistemática con el régimen de reincidencia previsto para las personas jurídicas). Con ello el proyecto se alinea con los países que disponen, tratándose de reincidencia simple, el plazo de cómputo de la reincidencia de mayor duración, con la pretensión disuasoria que conlleva, solo superado por el cómputo de la multirreincidencia en aquellos ordenamientos que la prevén. Con todo, aunque el proyecto contempla un elenco de factores de graduación e individualización de la pena, no les asigna ninguna regla penológica específica en cuanto al impacto en relación con la naturaleza de la pena impuesta (vía seguida en el CP español, donde la disolución se asocia a la multirreincidencia, y en las regulaciones de México y Perú, en las que sin mencionar expresarla expresamente se condiciona la aplicación de la disolución cuando sea necesaria para garantizar la cesación en la comisión de delitos) y/o su dosimetría (alternativa más habitual (EE. UU., Argentina y Chile).

Una valoración global del recurso a la reincidencia como estrategia anticorrupción en el proyecto de 178 (2020), se concluye que presenta elementos de valoración positiva (reincidencia general, cómputo de cinco años), junto a otros que resultan disfuncionales, principalmente en relación con la reincidencia internacional, en un ámbito de criminalidad que frecuentemente adquiere una dimensión transfronteriza, máxime cuando el único supuesto de cohecho que integra el ámbito de aplicación del proyecto es el soborno a funcionario extranjero.

4.6. Nota final

Tras finalizar este estudio comparado, se concluye que, en ausencia de regulación penal sobre la posibilidad de castigar a las personas jurídicas por delitos de corrupción, en general, no existe ninguna especificidad en relación con el crimen organizado transnacional. A mayores, de las iniciativas legislativas que hasta la fecha han surgi-

do tampoco se colige ninguna especificidad en esta cuestión, puesto que, aunque la reincidencia se ha previsto en los dos proyectos existentes como agravante genérica para las personas jurídicas, no tiene en cuenta las particularidades de la naturaleza estructural, organizada y transfronteriza de este tipo de criminalidad al no dar cabida a las condenas pronunciadas por tribunales extranjeros.

5. CONCLUSIONES

Según se ha analizado, en el marco de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es posible apreciar, en una primera observación general, una profunda disparidad en la forma en la que cada país ha venido a dar cumplimiento a los compromisos internacionales en materia de corrupción, en particular asociada al crimen organizado transnacional. Punto de partida es que no existe una única vía para sancionar a las empresas, lo que lógicamente tiene trascendencia en el régimen específico de eximentes, atenuantes y agravantes que le son aplicables, y que en este estudio se ha residenciado en los factores de la existencia de un programa de *compliance* o integridad con anterioridad a la comisión del delito, la cooperación con las autoridades y la reincidencia, respectivamente. En este sentido, conviven, como se ha podido apreciar, fórmulas legislativas en las que únicamente es posible sancionar a la persona jurídica administrativamente, pero, incluso en los países que contemplan, junto a la vía administrativa, algún tipo de respuesta jurídico-penal, coexisten regímenes heterogéneos, con mayor o menor afinidad en su planteamiento, conforme al análisis abordado a lo largo de este capítulo. No existe, en consecuencia, una posición común en los países de América latina en torno a esta cuestión, ni se aprecian elementos específicos en la lucha contra la corrupción, particularmente asociada al crimen organizado transnacional.

Teniendo en cuenta, por tanto, el contexto legislativo existente en Colombia y los países de referencia analizados, dentro y fuera de América Latina, en lo que sigue se propondrán algunas estrategias y medidas, generales y específicas, que se circunscriben a la órbita penal, pero que necesariamente exigen combinarse con otras que incidan, fundamentalmente, en la esfera administrativa, como com-

plemento indispensable para abordar con carácter global una estrategia anticorrupción realmente eficaz vinculada al crimen organizado transnacional.

5.1. Propuesta de estrategia de acción para América Latina

5.1.1. Impulsar la armonización del régimen sancionador de la persona jurídica, en especial el reconocimiento de su responsabilidad penal

Conforme a lo que se acaba de señalar anteriormente, no es posible desvincular una propuesta de plan de acción sobre el régimen de exoneración, atenuación y agravación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, sin abordar previamente el reconocimiento de esta vía de sanción. En Colombia y los países de Latinoamérica que se han estudiado se han podido identificar distintas posturas en torno al castigo de las personas jurídicas por delitos de corrupción. Es verdad que en esta cuestión no existe un posicionamiento expreso en el ámbito internacional y, en consecuencia, no es posible, *a priori*, considerar la alternativa penal como preferible a la administrativa, cuestión en la que, por lo demás, resulta determinante la tradición jurídica de cada país. Situación que, además, no es privativa del entorno latinoamericano, ya que el mismo debate se ha planteado y aún se plantea en los países de la Unión Europea, por ejemplo.

Pero no es menos cierto que la actual heterogeneidad reinante puede, por un lado, distorsionar el mensaje que, en esencia, se pretende transmitir a las empresas de que sean las garantes de que en el desarrollo de su actividad económica y empresarial no se recurran a prácticas corruptas. Por ello, el fomento de la integridad empresarial ha de constituir el elemento central sobre el que se edifique cualquier planteamiento sancionatorio, con independencia de su naturaleza. Por otro lado, la diversidad de regímenes de sanción también hace surgir disfuncionalidades en la aplicación de los distintos cuerpos normativos existentes que hacen peligrar su efecto preventivo, en lo que ahora interesa en relación al régimen de exoneración, atenuación y agravación, agudizando el denominado efecto del *forum shopping*.

A tenor de lo anterior, sería conveniente, en primer lugar, que se valorara un lineamiento sancionatorio común sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en el que los modelos de organización y gestión constituyan su pilar central. En este sentido, sería conveniente que en los sistemas jurídicos nacionales conviviera la sanción penal con la administrativa, en cada caso con su específico ámbito de aplicación según la gravedad del acto de corrupción realizado. No deja de resultar paradójico que, aunque materialmente se esté ante sanciones “penales” en los países donde formalmente se recurre al régimen administrativo por delitos de corrupción que se ventilan en procesos penales, formalmente se niegue el “castigo” penal, con las consecuencias que ello conlleva en el plano de la reincidencia, sobre la que más adelante se hará referencia. No obstante, la ausencia de un posicionamiento común en torno al reconocimiento de una responsabilidad formalmente penal, por razones de tradición jurídica, no debería ser obstáculo para que, al menos, exista un lineamiento general en el régimen sancionatorio (penal y administrativo, según cada Estado), que deberá orientarse en todo caso en la misma dirección, bajo la égida de la autorregulación empresarial.

5.1.2. Unificar los distintos regímenes jurídico-penales aplicables a las personas jurídicas existentes, en su caso, en el derecho interno de cada país, en especial en materia de eximentes, atenuantes y agravantes

Si las disparidades en el régimen de sanción aplicable a la persona jurídica surgen entre los países de la región latinoamericana, la situación se complica aún más cuando se desciende al ámbito del Derecho interno de cada país. En este sentido, no solo se aprecian modelos distintos en la órbita penal y administrativa para hacer responder a la persona jurídica por delitos de corrupción, con la necesidad según se acaba de apuntar de equiparar los aspectos nucleares sobre los que se sustenta uno y otro régimen sancionatorio. Además, ocurre en ocasiones que también se evidencian disparidades regulatorias dentro del ámbito penal, como sucede por ejemplo en el caso de Argentina, en atención al concreto delito involucrado y la normativa aplicable. Si bien la convivencia de varios modelos de sanción penal

no es extensible a todos los países de referencia que se han analizado, puesto que depende de la particular trayectoria legislativa en cada caso, tampoco es posible hablar de un lineamiento común para abordar la criminalidad empresarial en relación con la corrupción en un determinado sistema jurídico. De ello hacen prueba las disfuncionalidades que surgen en relación con algunos de los factores de mitigación y agravación que han sido objeto de estudio, agudizando la distorsión preventiva que ya se ha señalado.

Teniendo presente la centralidad que se ha destacado del fomento de la integridad empresarial y la implementación de medidas y controles autorregulatorios, en especial, de anticorrupción, sería conveniente que los países latinoamericanos revisaran la coherencia de sus disposiciones penales internas cuando el castigo a la persona jurídica por delitos de corrupción aparece diseminado en varios cuerpos legales. Tan importante como la compatibilidad de los requisitos legales para la imposición de las sanciones administrativas y penales, es igualmente la coherencia de esta última. No se trata, por tanto, de una propuesta de unificación de las previsiones legales en un único cuerpo normativo, sino de unificar los criterios y requisitos de aplicación en cada uno de esos cuerpos normativos.

Lo anterior afecta particularmente a los factores de exención y modificación de la responsabilidad penal analizados. En concreto, se recordará nuevamente que tanto la existencia previa a la comisión del delito de un programa de integridad, así como la colaboración con las autoridades, en especial cuando esta se expresa mediante la autodenuncia con origen en una investigación interna de la empresa, suponen la máxima expresión de la autorregulación empresarial, principal herramienta de combate contra la criminalidad empresarial, en general, cuya manifestación delictiva más habitual es la corrupción, generalmente asociada al crimen organizado transnacional. Estos incentivos, como circunstancia eximente en el primer caso y como factor de atenuación, en el segundo, deben tener el mismo reconocimiento premial con independencia de la concreta tipología delictiva por la que se expresa el acto corrupto, puesto que de no ser así se corre el riesgo de generar el efecto contrario al pretendido, de manera que las empresas no encontrarían motivación en esforzarse por ser buenas ciudadanas corporativas si dichos esfuerzos no

se vieran recompensados en sede penal. Por su parte, la reiteración delictiva puede evidenciar que los esfuerzos autorreguladores de la persona jurídica han sido insuficientes o, simplemente, no se los ha habido. Tiene sentido, en consecuencia, que la reincidencia entre en consideración como contrapartida de estos incentivos.

Ahora bien, una cosa es que estos factores resulten, en buena medida, imprescindibles para una estrategia político criminal preventiva contra la corrupción, máxime si está asociada a la delincuencia organizada transnacional, y otra muy distinta es la fórmula legal que resulte más idónea para ello, esto es, los requisitos y alcance que deberán tener en cada caso, sobre cuya propuesta se volverá más adelante.

5.1.3. Impulso por parte de los gobiernos de las buenas prácticas empresariales y la adopción de medidas anticorrupción

Si bien la filosofía que debe inspirar el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas es que la empresa tome en serio sus deberes como buenos ciudadanos corporativos con el fin de que su actividad no se vehicule mediante prácticas corruptas, es evidente que dicho objetivo no se agota en la plasmación formal en la legislación del efecto positivo o negativo que pueden tener los programas de integridad o cumplimiento y la colaboración con las autoridades o, en sentido contrario, la reincidencia delictiva. La eficacia de estos mecanismos, fundamentalmente en el plano de la mitigación, solo es posible cuando la empresa haya hecho realmente esfuerzos para fomentar una cultura de respeto a la legalidad. Y ello exige, necesariamente, el papel promotor e impulsor que incumbe a los gobiernos para guiar, orientar y dictar pautas en su diseño e implementación.

5.1.4. Evitar escapatorias fraudulentas de castigo por parte de la persona jurídica en la aplicación de incentivos premiales que conllevan la exoneración de su responsabilidad

Descendiendo al plano del concreto régimen regulatorio sobre los programas de integridad como principal incentivo premial en el marco de la lucha contra la corrupción, los países de América latina

deben velar por que las legislaciones penales no se conviertan en cómplices de impunidades fraudulentas. El mero reconocimiento formal del valor eximente de un programa de integridad no puede conducir a su aplicación indiscriminada en supuestos en los que las características en la comisión del hecho corrupto evidencia que el *compliance* ha fracasado por resultar fallido de raíz, como se pone de manifiesto cuando aquel es cometido, directamente, instigado o tolerado por personas físicas que se ubican en el escalafón jerárquico más alto en la entidad.

La imposibilidad de conceder el beneficio de la inmunidad en estos supuestos no queda suficientemente clarificada en ninguna de las legislaciones de los países del ámbito latinoamericano analizadas, por el contrario, legalmente nada se opone a que la persona jurídica quede eximida de responsabilidad. Aunque implícitamente cabría deducir que cuando el delito parte de la cúpula directiva se incumple un elemento esencial del programa de *compliance*, en concreto, la falta de compromiso de la dirección en el fomento de una cultura de respeto a la legalidad, sería aconsejable una revisión de este elemento en los sistemas jurídicos nacionales, en consonancia con la postura de la OCDE al respecto. Principalmente, la vía de actuación preferente para reforzar este elemento es la legislativa, en todo caso acompañado del desarrollo de criterios por parte de la fiscalía que orienten la labor de los jueces y tribunales.

5.1.5. Consideración de la reincidencia y, particularmente, la reincidencia internacional como factor de agravación de la pena

Sería conveniente que en el campo de las agravantes aplicables a las personas jurídicas se tenga en cuenta la reiteración delictiva, teniendo presente tanto la naturaleza estructural y persistente en el tiempo de la corrupción, así como su contrapunto a los incentivos premiales que permiten reducir o excluir la responsabilidad penal, según se ha indicado anteriormente. Además, sería conveniente que en contextos corruptos el régimen de reincidencia atendiera las siguientes cuatro pautas:

1. Previsión de una reincidencia genérica en la que tengan cabida las distintas tipologías delictivas bajo las que se expresa la corrupción;

2. Plazo de cómputo lo suficientemente elevado para contrarrestar la motivación de recaer en el delito, teniendo en cuenta que esta es fundamentalmente económica, lo que la experiencia comparada cifra, mayoritariamente, en cinco años la condena previa a la nueva comisión delictiva;

3. Fundamental, igualmente, en el tratamiento jurídico-penal de la corrupción vinculada el crimen organizado transnacional, es que computen igualmente las sentencias recaídas por tribunales extranjeros; y

4. Vincular los supuestos de multirreincidencia con la posibilidad de decretar la pena más grave aplicable a la persona jurídica, esto es, la disolución, en la medida en que la reiteración delictiva es expresión de que, en realidad, se está ante una empresa criminal con apariencia de legalidad.

5.2. Propuesta de estrategia de acción para Colombia

Cuando se trata de plantear una estrategia específica para Colombia sobre eximentes, atenuantes y agravantes para las personas jurídicas, hay que recordar, nuevamente, que se parte de un escenario legislativo en el que, hasta la fecha, la vía penal ha sido sucesivamente aparcada en favor de la sanción administrativa por delitos de corrupción. La revalorización de la vía administrativa con la reciente aprobación de la Ley 2195, de 18 de enero de 2022, por el que, entre otros aspectos, se introducen algunas modificaciones al régimen administrativo sancionatorio de la persona jurídica por los delitos de corrupción recogido en la Ley 1474, de 2011, no debe llevar a cerrar la puerta a un eventual reconocimiento de su responsabilidad penal, conforme a la línea de acción que se ha planteado con carácter general en el ámbito de América Latina.

Por lo tanto, sigue vigente el debate en torno a esta cuestión, en el que Colombia cuenta tanto con bagaje doctrinal, experiencia comparada e, igualmente, propuestas legislativas que, globalmente, se alimentan de la filosofía autorreguladora empresarial, como son prueba los proyectos de ley de 2018 y, fundamentalmente, 2020. Aunque debe insistirse, nuevamente, que una vía frente a otra no determina,

a priori, su idoneidad para combatir la corrupción, teniendo en cuenta la cuestionable diferenciación en términos punitivos de la sanción administrativa y la penal, sería aconsejable que Colombia se alinee con los países del entorno en los que coexisten ambos regímenes sancionatorios.

La línea avanzada por el finalmente archivado proyecto 178 (2020), además de mostrar la influencia de otras regulaciones dentro y fuera del ámbito latinoamericano, como son la española y la chilena, está en consonancia con el marco general que inspira y fundamenta la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la que el epicentro lo constituyen la adopción y ejecución de modelos de organización y gestión. Ello refuerza el mensaje de que es mejor que la persona jurídica invierta en políticas, medidas y controles anticorrupción, como forma de creación de valor de la empresa, que lograr la consecución de sus objetivos empresariales mediante el recurso a prácticas corruptas.

El proyecto 178 (2020) es, por tanto, un buen punto de partida sobre el que seguir avanzando y profundizando en un modelo de sanción penal que cumpla con los estándares internacionales en la materia. En esta cuestión, particularmente, deben prestarse atención en lo que al tratamiento de las circunstancias eximentes, atenuantes y agravatorias a algunos de los elementos que se han indicado en las propuestas de acción para América Latina.

En particular, una eventual propuesta legislativa penal en la materia debería clarificar el alcance de la exención de responsabilidad dependiendo de la posición que ostenta la persona o personas físicas que han cometido, instigado o tolerado el delito, de manera que no queda defender la inmunidad cuando se trata de sujetos que pertenecen a la alta dirección de la entidad.

En el campo de las atenuantes, si bien el proyecto 178 (2020) parte de considerar los distintos aspectos de la cooperación con las autoridades que han destacado los estándares internacionales de ámbito universal en materia de corrupción, con clara influencia del CP español, sería aconsejable una mayor clarificación en cuanto a su contenido, en aras a evitar confusiones y solapamientos, fundamentalmente en relación con la atenuante de confesión y la de colaboración de forma

eficaz, así como por medio de qué persona física esta puede tener lugar, fundamentalmente el representante legal de la persona jurídica.

En relación con la reincidencia, el proyecto se adscribe a una reincidencia genérica que cubre el ámbito delictivo de aplicación del proyecto dentro del periodo de cinco años anteriores a la comisión del delito investigado y juzgado. No obstante, no cubre la hipótesis más significativa en el marco de la corrupción asociada a la delincuencia organizada transnacional, puesto que quedan fuera las sentencias dictadas, en el mismo periodo, por tribunales extranjeros, aspecto que debería corregirse de cara a un futuro reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Igualmente, sería conveniente abrir la posibilidad de vincular las situaciones de multirreincidencia a la disolución, en la medida en que la recaída en el delito es expresión de la propia esencia criminógena de la organización.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Jurisprudencia

España

- Audiencia Provincial. (2015). Barcelona. Sección 8ª. Rec. 1957/2015. Ponente: Carlos Mir Puig. 14 de diciembre de 2015.
- Tribunal Supremo. (2016). Sala 2ª. Sentencia n.º. 154/2016. Ponente: José Manuel Maza Martín. 29 de febrero de 2016.
- Tribunal Supremo. (2016). Sala 2ª. Sentencia n.º. 221/2016. Ponente: Manuel Marchena Gómez. 16 de marzo de 2016.
- Tribunal Supremo. (2017). Sala 2ª. Sentencia n.º. 583/2017. Ponente: Antonio del Moral García. 19 de julio de 2017.
- Tribunal Supremo (2018). Sala 2ª. Sentencia n.º. 742/2018. Ponente: Luciano Varela Castro. 7 de febrero de 2018.
- Tribunal Supremo. (2018). Sala 2ª. Sentencia n.º. 746/2018. Ponente: Antonio del Moral García. 13 de febrero de 2019.
- Tribunal Supremo (2020). Sala 2ª, Sentencia n.º. 496/2020. Ponente: Eduardo de Porres Ortiz de Urbina. 8 de octubre de 2020.
- Tribunal Supremo. (2021). Sala 2ª. Sentencia n.º. 958/2021. Ponente: Ana María Ferrer García. 15 de diciembre de 2021.

Estados Unidos

Tribunal Supremo. (1909). *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*, 212 U.S. 481. 23 de febrero de 1909.

México

Suprema Corte de Justicia. (2013). Primera Sala. Ejecutoria n° 1a./J 54(2013 (10a.)). 31 de agosto.

Suprema Corte de Justicia. (2014). Primera Sala. Ejecutoria n° 1ª./J. 71/2014 (9ª.). 14 de diciembre.

Doctrina

Bacigalupo Sagesse, S. (2017). “Tendencias de política criminal en la prevención de la corrupción y delitos económicos transnacionales”. En: Castro Moreno, A., Otero González, P. & Garrocho Salcedo, A. (eds.). *Corrupción y delito. Aspectos de derecho penal español y desde la perspectiva comparada*. Madrid: Dykinson. Pp. 53-72.

Barquín Sanz, J. (2021). “Responsabilidad criminal corporativa en el marco de la corrupción política. Penas aplicables: Normativa y jurisprudencia”. En: Morillas Cuevas, L. (ed.). *Respuestas jurídicas frente a la corrupción política*. Madrid: Dykinson. Pp. 323-381.

Bedecarratz Scholz, F.J. (2018). “La indeterminación del *criminal compliance* y el principio de legalidad”. *Pol. Crim.* Vol. 13(24). Pp. 208-232.

Bedecarratz Scholz, F.J. (2020). “Defecto de organización y reglas de comportamiento en la imputación de las personas jurídicas”. *Pol. Crim.* Vol. 15(30). Pp. 694-728.

Berdugo, I. (2019). “El soborno internacional: normas, obstáculos y propuestas”. *Derecho & Sociedad*. Núm. 52. Pp. 165-181.

Blanco Cordero, I. (2020). “Responsabilidad penal de las empresas multinacionales por delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y ne bis in idem”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Núm. 22. Pp. 1-47.

Caro Coria, D. C. (2019). “La responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú y los *criminal compliance programs* como atenuantes y eximentes de la responsabilidad de la persona jurídica”. En: Gómez Colomer, J. L. & Madrid Boquín, C. M. (eds.). *Tratado sobre compliance Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 1259-1310.

- Castro Cuenca, C. G. (2017). *La corrupción pública y privada. Causas, efectos y mecanismos para combatirla*. Colombia: Universidad del Rosario.
- Cesano, J. D. (2022). “Entre modelos y compromisos: la Ley de responsabilidad penal empresaria argentina (n° 27.401). Consideraciones comparatistas y político criminales”. En: Garrido Carrillo, F. J. & Faggiani, V. (eds.). *Respuesta institucional y normativa al crimen organizado. Perfiles estratégicos para una lucha eficaz*. Pamplona: Aranzadi. Pp. 449-481.
- Donna, E. (2019). “Compliance y la persona jurídica en el Derecho Penal argentino”. En: Gómez Colomer, J. L. & Madrid Boquín, C. M. (eds.). *Tratado sobre compliance Penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 1371-1402.
- Dopico Gómez-Aller, J. (2018). “Tema 4. Responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: De la Mata Barranco, N.; Dopico Gómez-Aller, J.; Lascuráin Sánchez, J.A. & Nieto Martín, A. *Derecho Penal económico y de la empresa*. Madrid: Dykinson. Pp. 129-168.
- Feijóo Sánchez, B.J. (2015). “Las consecuencias jurídicas del delito”. En: Bajo Fernández, M., Feijóo Sánchez, B. & Gómez-Jara Díez, C. (Eds.). *Tratado de responsabilidad penal de personas jurídicas: adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi. Pp. 273-296.
- Gallego Díaz, M. (2013). “Las penas aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal español”. *Revista penal*. Núm. 31. Pp. 85-99.
- Galvao da Rocha, F. (2018). “La responsabilidad penal de la persona jurídica por crimen de corrupción en la propuesta del nuevo Código Penal brasileño”. *Revista Penal México*. Núm. 13. Pp. 9-22.
- Gil Nobajas, M.S. (2016). “Consideraciones en torno a la imposición y determinación de penas interdictivas a personas jurídicas”. En: Landa Gorostiza, J.-M. (ed.). *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma de 2015*. Madrid: Dykinson. Pp. 285-308.
- Goena Vives, B. (2019). *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- Gómez Benítez, J. M. (2009). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las medidas del artículo 129 en el Anteproyecto de 2008 de Reforma del Código Penal”. En: *Cuadernos Penales José María Lidón: El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*. Bilbao: Universidad de Deusto. Pp. 203-219.
- Gómez, M. & Lichtemberg, C. (2012). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Confrontación y análisis de los modelos de imputación en Chile y en Derecho comparado. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santiago: Universidad de Chile.

- Gómez-Jara Díez, C. (2016). “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: Bajo Fernández, M., Feijóo Sánchez, B. & Gómez-Jara Díez, C. (eds.). *Tratado de responsabilidad penal de personas jurídicas: adaptado a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi. Pp. 221-250.
- Gutiérrez Soto, G. (2018). “Una aproximación a la implementación práctica de la Ley 20.393 en Chile”. En: Durrieu, N. & Saccani, R. R. *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresarial. Suplemento especial*. Madrid: Thomson Reuters.
- Hernández, H. (2010). “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”. *Polít. Crim.* Vol. 5(9). Pp. 207-236.
- Mañalich Raffo, J.P. (2015). “El comportamiento supererogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad”. *Revista de Derecho*. Vol. 28(2). Pp. 227-250.
- Merola, G.G. (2020). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Penal argentino”. En: Demetrio Crespo, E., Caro Coria, D.C. & Escobar Bravo, M. E. (eds.). *Problemas y retos actuales del Derecho penal económico*. Toledo-Münster-Lima: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Pp. 25-32.
- Montiel, P. & Seitún, D. (2020). “¿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 de lo Penal Económico”. *La ley compliance penal*. Núm. 3. Pp. 28-53.
- Montiel, P. (2018). “Apuntes sobre el nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho argentino”. En: *Letra: Derecho Penal*. Núm. 6. Pp. 124.150.
- Navas, I. & Jaar, A. (2018). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia chilena”. *Polít. Crim.* Vol. 13(26). Pp. 1027-1054.
- Nieto Martín, A. (2017). “Empresas, víctimas y sanciones restaurativas: ¿cómo configurar un sistema de sanciones para personas jurídicas pensando en sus víctimas? En: De Hoyos Sancho, M. (ed.). *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi. Pp. 315-330.
- Olasolo, H. & Galain Palermo, P. (2022). “Reflexiones sobre la necesidad de ajustar la definición normativa de corrupción para reflejar su dimensión estructural”. En: Ferré Olivé, J.C., et. al. (eds.). *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Liber Amicorum Derechos Humanos y Derecho Penal*. Pp. 723-734.

- Ontivero Alonso, M. (2019). "Criminal compliance en México". En: Gómez Colomer, J.L. (ed.). *Tratado sobre compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 1477-1500.
- Ortiz de Urbina, I. & Chiesa, L.E. (2019). "Compliance y responsabilidad penal de entes colectivos en los EE.UU". En: Gómez Colomer, J.L. (ed.). *Tratado sobre compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 1501-1541.
- Pérez Machío, A. I. (2017). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas En el Código Penal español: a propósito de los programas de cumplimiento normativo como instrumentos idóneos para un sistema de justicia penal preventiva*. Granada: Comares.
- Roca Agapito, L. (2013). "Sanciones aplicables a las personas jurídicas". En: Ontivero Alonso, M. (ed.). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pp. 371-411.
- Villarroyel Rojas, R. (2015). "Concurrencia de las atenuantes de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos y de cooperación eficaz bajo la Ley 20.000." *Revista Pensamiento Penal*. Vol. 1. Pp. 4-43.
- Villegas García, M.A. (2016). *La Responsabilidad Criminal de las Personas Jurídicas. La Experiencia de Estados Unidos*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.
- Xavier Januario, T. F. (2020). "El modelo brasileño de responsabilidad penal para entidades jurídicas: un comentario de la Ley 9.605/98 y el nuevo Código penal". En: Demetrio Crespo, E., Caro Coria, D.C. & Escobar Bravo, M. E. (eds.). *Problemas y retos actuales del Derecho penal económico*. Toledo-Münster-Lima: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Pp. 15-23.
- Zúñiga Rodríguez, L. (2009). "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Anteproyecto de Código Penal peruano de 2009". *La reforma del Derecho penal y del Derecho procesal en el Perú. Anuario de Derecho Penal 2009*. Núm. 14. Pp. 153-181.
- Zúñiga Rodríguez, L. (2014). "Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), 271/2014, de 25 de marzo (ROJ STS 1396/2014): Grupo criminal; codefincuencia y reincidencia; tres conceptos próximos en la criminalidad organizada". *Ars Juris Salmanticensis*. Vol. 2. Pp. 293-295.

Informes, resoluciones y otros documentos

- Fiscalía General del Estado. (2016). Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015.

- OCDE. (2012). Grupo de Trabajo contra la Corrupción. *Phase 3 Report on Implementing the OECD Convention Anti-Bribery Convention in Spain.*
- OCDE. (2014). Grupo de Trabajo contra la Corrupción. *Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Brazil.*
- OCDE. (2014). Grupo de Trabajo contra la Corrupción. *Mexico: Follow-up to the Phase 3 Report & Recommendations.*
- OCDE. (2015). Grupo de Trabajo contra la Corrupción. *Spain: Follow-up to the Phase 2 Report & Recommendations.*
- OCDE. (2016). *Liability of Legal Persons for Foreign Bribery: A Stocktaking Report.*
- OCDE. (2017). Grupo de Trabajo contra la Corrupción. *Brazil: Follow-up to the Phase 3 Report & Recommendations.*
- OCDE. (2018). Grupo de Trabajo contra la Corrupción. *Implementing the OECD Anti-Bribery Convention. Phase 4 Report. Chile.*
- OCDE. (2018). Grupo de Trabajo contra la Corrupción. *Implementing the OECD Anti-Bribery Convention. Phase 4 Report. Mexico.*
- OCDE. (2019). Grupo de Trabajo contra la Corrupción. *Implementing the OECD Anti-Bribery Convention. Phase Ibis Report. Argentina.*
- OCDE. (2019). Grupo de Trabajo contra la Corrupción. *Implementing the OECD Anti-Bribery Convention. Phase 1 Report. Peru.*
- OCDE. (2020). Grupo de Trabajo contra la Corrupción. *Implementing the OECD Anti-Bribery Convention. Phase 4 Report. United States.*
- OCDE. (2021). Grupo de Trabajo contra la Corrupción. *Implementing the OECD Anti-Bribery Convention. Phase 4 Report. Chile.*
- ONU. (2013). *Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. Guía de recursos sobre medidas estatales para reformar la integridad empresarial.*