

SANCIONES APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS: EL FIN PREVENTIVO A DEBATE

PENALTYS APPLICABLE TO LEGAL ENTITIES: THE PREVENTIVE PURPOSE UNDER DEBATE

■ **M.Sc. NILSON POVEDA BUITRAGO**

Abogado litigante, consultor, asesor y profesor,
Universidad Libre, Colombia

Código ORCID: 0000-0001-9252-1214

povedanilson@yahoo.com, nilson.povedad@unilibre.edu.co

■ **DRA. MAYDA GOITE PIERRE**

Profesora titular de Derecho penal, Facultad de Derecho,
Universidad de La Habana

Presidenta, Sociedad de Ciencias Penales,
Unión Nacional de Juristas de Cuba

Código ORCID: 0000-0002-8525-5074

mgoitepierre@gmail.com

Resumen

El presente trabajo aborda los fines de la sanción en el caso de las personas jurídicas penalmente responsables, con especial detenimiento en el fin preventivo, transitando por conceptos y categorías dogmáticas que sustentan los fundamentos de política criminal en torno a esta esfera. Se ponen de relieve mecanismos de contención, prevención y evitación de la criminalidad corporativa como los *compliance programs*, los canales de denuncias en las organizaciones, las normas ISO, entre otros, al analizar la incidencia de su utilización en las corporaciones, respecto a la atenuación o exención de su responsabilidad penal, según el caso.

Palabras clave: Responsabilidad penal de la persona jurídica; fines de la pena; prevención; programas de cumplimiento normativo.

Abstract

This article addresses the purposes of punishment in the case of criminally liable legal entities, with special emphasis on the preventive purpose, going through concepts and dogmatic categories that support the foundations of criminal policy in this area.

It highlights mechanisms of containment, prevention and avoidance of corporate criminality such as compliance programs, whistleblower channels in organizations, ISO standards, among others, by analyzing the impact of their use in corporations, with respect to the mitigation or exemption of their criminal liability, as the case may be.

Keywords: *Criminal liability of a legal person; purposes of punishment; prevention; regulatory compliance programs.*

Sumario

I. Introducción; II. La responsabilidad penal de las personas jurídicas; III. Los fines de la pena, un ejercicio teleológico; 3.1. Las teorías tradicionales de la pena; 3.2. Correlación entre prevención y justicia; 3.3. La prevención y los fines de la pena; 3.3.1. La prevención especial; 3.3.2. La prevención general; 3.3.3. Los *compliance programs*; IV. Conclusiones. V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

El tema de los fines de la pena en el caso de las personas jurídicas suscita gran interés, pues es habitual incursionar en el estudio de estos en relación con las personas físicas; pero esa nueva alternativa de la responsabilidad penal de las corporaciones en América Latina convoca a revisar, desde lo conceptual, las tradicionales figuras de la prevención especial —retribucionista—, la prevención general, en sus vertientes negativa y positiva; auscultar las tendencias dogmáticas de hoy y, por supuesto, la implementación recogida en el nuevo CPE de Cuba que, en sus descripciones explícitas, resulta ser una excelente herramienta de discusión para quienes se ocupan de estas lides académicas y doctrinarias.

Aquí, los autores examinan las figuras jurídicas atinentes, en conexión con los fines de la pena y la responsabilidad de las personas jurídicas; transitan por los conceptos y categorías dogmáticas de la teleología de

la pena, haciendo aplicación del método que brinda la política criminal; exploran el conocimiento de herramientas como los *compliance programs*, el canal de denuncias en las organizaciones, las normas ISO, y otros que, como mecanismos de contención, prevención y evitación, podrían servir de fórmulas para no vulnerar las expectativas normativas ni poner en riesgo, de forma efectiva, los bienes jurídicos tutelados. Así, comprender que la utilización de estos instrumentos preventivos, eficaz y materialmente, en las corporaciones, hacen de la persona jurídica un eventual *ente* que transita por el riesgo permitido, atenuará o eximirá su responsabilidad penal, según el caso. También, deducir que, ante la falta de *the compliance*, o su no idoneidad, las personas jurídicas se verán inmersas en responsabilidad penal, como es la tendencia universal, itero, en procura de salvaguardar los derechos humanos. También, asocian la finalidad de la pena con mecanismos extrapenales útiles para la prevención delictual. Al final, plantean unas denominadas conclusiones y/o recomendaciones que, para la mejor lectura, podrán ser quizás unas abiertas reflexiones con las que se pretende abrir la discusión en la materia.

II. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El propósito de esta exposición no es debatir en torno a una concepción ontológica o normativa del Derecho penal y de cara a la responsabilidad de las personas jurídicas, pues en el ámbito cubano, con el texto del nuevo CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2557-2696], se regula esta con total claridad, al considerar a aquellas como tal por la comisión de los delitos realizados en su nombre, por acuerdo de su órgano de gobierno o dirección, o por su representante, sin excluir la responsabilidad individual de los intervinientes. Se considera que la persona jurídica es un «ser social», que goza de derechos y contrae o adquiere obligaciones, y en una sociedad del riesgo, de responsabilidades derivadas del incremento de este, y del desconocimiento o incumplimiento del rol social, así como obra la responsabilidad civil, en desatención a los deberes y el desbordamiento de esos riesgos, surge la responsabilidad penal de la persona jurídica. Por supuesto, no vista desde un plano ontológico, tema superado por el legislador cubano.

Es claro, que, aceptada en la teoría moderna del delito para América Latina, que la condición de persona depende de normas jurídicas, y

al Derecho penal como mecanismo de control social, no le importa toda acción causal, sino, solamente, aquellos comportamientos que despliegue un titular de derechos y obligaciones en contra de los deberes de conducta, y atenten contra un bien jurídicamente protegido, sin limitaciones, surge la responsabilidad penal corporativa.

Siendo así, se resalta la importancia del momento histórico en el que se avanza, para atender la criminalidad corporativa, como un fenómeno complejo (asociado al crimen no convencional), caracterizado, como lo enseña la profesora Zúñiga (2009), por «[...] una delincuencia en la que sus actividades se proyectan, además, dentro de actividades inocuas, en contextos normalizados, entre los límites de lo legal y lo ilegal» (p. 43), lo que históricamente ha hecho difícil legislar, prevenir esa delincuencia, identificar a los sujetos activos y esclarecer las conductas ante los estrados judiciales.

Paso seguido, comporta comprender que, en materia de política criminal, ella participa en tres ámbitos, como lo explica Ballesteros (2020, p. 3): uno, el legislativo, pues aconseja y orienta al legislador en la elaboración de las leyes, presentando sus conocimientos de forma clara y sencilla sobre la realidad criminal de un determinado lugar, para que la norma penal resulte de mayor eficacia, y adecuada al contexto delincencial de la región y de este modo evitar o resolver mayor número de casos. Dos, la función dogmática, en el proceso sistemático de adaptación a la realidad social, cultural y criminológica, que se debe apoyar en las consideraciones político-criminales para actualizar sus bases a la época actual o realidad latente. Y finalmente, tres, la esfera de la función crítica del derecho vigente, conociendo las deficiencias de la actual legislación en relación con la lucha contra el delito y proponiendo cambios legislativos para ajustar la ley a los nuevos fenómenos de delincuencia o las nuevas formas para la comisión del delito.

La sociedad de riesgo trajo aparejado un fenómeno delictivo de corte colectivo, que permite encubrir en su diseño organizacional al responsable individual y, aun cuando este se ponga al descubierto, la ausencia de respuesta sobre el «ente colectivo» facilita la reproducción del delito; por ello, es menester crear mecanismos que propicien tomar acciones concretas que frenen esa recaída. Ese argumento es la base de la discusión que se concreta en el hecho cierto de que la producción delictiva de este siglo tiene como protagonista a las grandes asociaciones económicas (asociaciones, sociedades de todo tipo, transnacionales,

consorcios), debido a que su propia actividad puede generar «riesgos» que se construyen como bienes jurídicos a proteger: medio ambiente, economía, salud, seguridad social, crimen organizado, tráfico y trata de personas, armas, drogas, entre otros, derivando, por tanto, la criminalización de las personas jurídicas en una herramienta eficaz para la prevención y la sanción efectiva contra esos delitos (Goite, 2015, p. 307).

Las grandes corporaciones hoy desempeñan un papel protagónico en el ambiente globalizado de riesgos, al punto de que, como sostiene García (2011):

No hay duda [de] que la empresa ha desplazado a la figura del comerciante individual en el territorio de la economía, lo que explica no sólo que la normativa jurídico-privada haya tenido en cuenta desde hace tiempo el fenómeno corporativo en la constitución de las relaciones jurídicas, sino también que el propio sistema penal comience a plantearse en la actualidad la necesidad de considerar a la persona jurídica en sus criterios de imputación de responsabilidad. (p. 65)

Vista la responsabilidad penal de una corporación desde la política criminal y una concepción dogmática, vale recordar lo que el profesor Reyes (2008) planteaba antaño como un problema:

La discusión sobre la posibilidad [de] que las personas jurídicas puedan responder penalmente, es susceptible de ser planteada en el plano político criminal [sic] o en el puramente dogmático. Desde la primera perspectiva, la tendencia mayoritaria es la de aceptar esa responsabilidad. En el ámbito de la dogmática, la solución pasa por la necesidad de reformular nociones estructurales de la teoría del delito como las de acción, imputabilidad y culpabilidad. Desde el punto de vista de una teoría de la imputación objetiva de corte normativo, se propone un nuevo concepto de acción y otro de culpabilidad, que puedan ser predicados tanto de [sic] las personas individuales como de las denominadas personas jurídicas. (p. 43)

Después de transitar mucho tiempo sobre la discusión político-criminal vs. dogmática, hoy por hoy, se advierte una posición ya resuelta por Zúñiga (2009):

[...] para los sectores que concebimos que el sistema penal es capaz de asumir criterios de imputación directamente para las

personas jurídicas, dado que incluso en algunos ámbitos del derecho penal económico, la norma de determinación se dirige principalmente a empresas, personas jurídicas, se trata de diseñarlos, consensuarlos. El injusto de la persona jurídica no plantea problemas. Se trata del perfeccionamiento de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos que se encuentran tipificados en el Código penal. (p. 38)

Con estos pilares doctrinarios, se da por hecho que, en el ámbito cubano, al acogerse la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se ha superado el concepto ontologicista y prima el derrotero normativista. El legislador se ocupa consecuentemente de atribuir responsabilidad penal a la corporación, por la comisión de conductas punibles, de forma directa, más allá de la exigible a las personas naturales que también ostenten alguna responsabilidad; ello es consecuente con una mirada avanzada y también de imbricación entre política criminal, doctrina e instrumentos internacionales, ofrece un giro copernicano, por cuanto perfila la normativa frente a las críticas que se le habían realizado, y, de ese modo, logra coherencia en la regulación.

El legislador cubano de 1997, se adelantó de manera temprana al retomar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que fue útil, como respuesta al fenómeno delictivo que se avecinaba; sin embargo, la manera en la que se diseñó padeció de defectos que posiblemente hicieran inviable su aplicación. El Artículo 16 del anterior CP (Rivero y Bertot, 2009) no estaba en correspondencia con las normativas vigentes para la conformación de las sociedades, asociaciones y personas jurídicas que se podían penalizar; el sistema de penas no era adecuado, no se tomó en cuenta la necesidad de modificar algunos postulados del Código que tenían como destinataria la persona individual, como los artículos 27 (p. 20), relativo a los fines de la pena, 47 (pp. 62 y 63), sobre la adecuación, 52 y 53 (pp. 69 y 70), referidos a atenuantes y agravantes, y la responsabilidad civil derivada del delito, entre otros, y, fundamentalmente, se cuestionó el sistema de penas del Artículo 28.4 (p. 21), porque se hacía depender del previsto en la parte especial para los delitos que se cometían por las personas físicas, lo que podía contravenir los principios de proporcionalidad y adecuación de las penas (Goite, 2015. s.p.).

Admitida la responsabilidad penal de las personas jurídicas sin cortapisas, se imponía el desarrollo del conjunto de instituciones que permitie-

ran su adecuada aplicación y en eso el legislador también tomó partido, al diseñar los tipos de sanciones y ampliar el catálogo de las posibles a imponer, tanto principales como accesorias —Artículo 32, CPE [GOR-O (93), 2022, pp. 2568 y 2569]—, dejando claro, además, las distintas reglas de adecuación específicas —artículos 83-85, [GOR-O (93), 2022, p. 2586]— y la forma de extinción de la responsabilidad penal —artículos 90-97 [GOR-O (93), 2022, pp. 2590-2592].

III. LOS FINES DE LA PENA, UN EJERCICIO TELEOLÓGICO

Una de las principales novedades del vigente CPE [GOR-O (93), 2022] es su expresión sobre los fines de la pena, colocando de manera prioritaria el fin preventivo —Artículo 29.1, p. 2566—, lo que ubica al sistema en un lugar de avanzada en el pensamiento criminológico, con una clara definición de este rol atribuido al Derecho penal, que se erige en un principio de validez para su actuación. Esa determinación cobra una mayor fuerza en lo tocante al tratamiento a las personas jurídicas, toda vez que el fin último de esta exigencia de responsabilidad es lograr que ellas no se desvíen del propósito para el que fueron creadas —Artículo 29.2, p. 2566.

3.1. LAS TEORÍAS TRADICIONALES DE LA PENA

De vieja data se ha construido en este ámbito una mirada pacífica del problema de la pena, en el que se abarcan asuntos de política social y teoría del Estado que son de central importancia.

Pese a todas las modificaciones fundamentales de las constituciones estatales y de las relaciones sociales, desde hace siglos, siempre se siguen ofreciendo las mismas tres concepciones que se disputan el predominio en la discusión científica y se ocupan, en una medida mutante, en la legislación y la justicia penal (Roxin, 1997, p. 308).

La primera, por intermedio de Kant (2005) y Hegel (2005), plantea que la pena debe retribuir el hecho imponiendo un mal y, con ello, servir a la justicia, independientemente de cualquier efecto social; he ahí la teoría de la retribución. La segunda, ve la tarea del Derecho penal en impedir que el autor cometa otros delitos. Comprende la teoría de la prevención especial, vinculada al profesor Von Liszt (1984). La tercera,

otorga a la pena la función de motivar a la generalidad, o sea, a toda la población, hacia una conducta legal; es esta la teoría de la prevención general, la que tuvo como defensor a Feuerbach (1989).

Se pueden sintetizar las tres teorías en dos grupos. Por un lado, las de la retribución, como una teoría «absoluta» e independiente de sus efectos sociales, que encuentra su sentido en la producción de justicia; y por otro, las teorías de la prevención especial y general, que son «relativas», vinculadas a una finalidad, las que quieren alcanzar efectos sociales a través de la pena influyendo en el autor o en la generalidad, con el propósito de impedir los delitos.

3.2. CORRELACIÓN ENTRE PREVENCIÓN Y JUSTICIA

La concepción básica de la teoría de la pena, su punto de partida, permite decir que una pena solamente resulta legítima cuando es preventivamente necesaria y, al mismo tiempo, es justa en el sentido de que evita al autor cualquier carga que vaya más allá de la responsabilidad por el hecho.

Una sanción «absoluta», que renuncie a finalidades de prevención y únicamente demuestre la majestad del Derecho, desprendida de objetivos (Maurach, 1971, p. 77), no solamente no acertaría con la teoría social del Derecho penal, sino que tampoco sería compatible con las bases de una Constitución de avanzada.

La pena constituye una intervención estatal grave y, como tal, precisa una legitimación jurídica que no puede consistir en una idea metafísica de comprensión retributiva de responsabilidad, sino solamente en su idoneidad y necesidad para cumplir con tareas estatales (control seguro de la criminalidad). El Estado no está facultado para imponer una pena que no sea preventivamente necesaria.

Asimismo, la teleología solo preventiva, tampoco puede legitimar la pena. La sanción no debe justificarse frente al responsable con una simple finalidad preventiva, sino que tiene que poder ser entendida por el sujeto activo del delito, en el sentido de ser merecedor de ella. Y esto solo ocurre cuando la pena es justa, es decir, cuando se le vincula con la responsabilidad del autor y está dada a su medida. Entonces, tiene que estar en una relación apropiada con la responsabilidad.

La exigencia de una necesidad preventiva de pena, al igual que su limitación por la medida justa de la responsabilidad, se ven trazadas por las

bases de la teoría del Estado, respetuosa de los derechos humanos. Así, una «teoría de la unión» que vincula, de la manera expuesta, prevención y justicia, no constituye una vinculación ecléctica de planteamientos heterogéneos (Roxin, 2016, p. 82). Mejor, persistir en una justificación acumulativa, es la única posibilidad plausible de fundamentar suficientemente la potestad punitiva estatal.

En consecuencia, es lógica y político-criminalmente obligatoria otra consecuencia de la concepción fundamental expuesta. La pena debe quedar por debajo de la responsabilidad cuando esto sea preventivamente razonable. Cuando una pena leve pueda cumplir con la finalidad preventiva de igual o mejor manera que una fuerte, que era la «merecida», la pena que agotará la medida de la responsabilidad carecerá de legitimación a través de la necesidad social.

3.3. LA PREVENCIÓN Y LOS FINES DE LA PENA

La mutación en la teoría de los fines de la pena, que puede hacer que esta alcance un renacimiento político-criminal con consecuencias positivas, no radica tanto en los altos niveles de teoría abstracta como en la orientación hacia la realidad social y los nuevos mecanismos de sanción.

3.3.1. La prevención especial

Rigió como finalidad dominante de la pena con la postguerra, e influyó en las construcciones normativas europeas, luego de mitad y finales del siglo pasado, pero ha desaparecido en la actualidad de la discusión internacional sobre la teoría de la pena. Hoy, la prevención general domina el terreno.

Roxin (2016, s.p.) lo lamenta porque la finalidad de ayudar al autor del delito a no incurrir en el futuro en conductas punibles es, como idea, el medio más constructivo de todos para tratar con la criminalidad. En términos de persona física, la resocialización ayuda a su reintegración social y eleva sus oportunidades, abriendo el camino para que la corporación sea compuesta por sujetos con una actuación no reprochable. En consecuencia, resulta positivo de forma general, porque un autor que no vuelve a cometer delitos ya no representa un riesgo y mejora las condiciones de vida de todos.

Por ello, no es una correcta vía político-criminal, la de descalificar la prevención especial. Se tienen que introducir alternativas con otras

medidas sociales promotoras de resocialización, como lo sostiene Roxin (2016, s.p.), de «diversificación» (distribución de planteamientos preventivo-especiales en varias formas de manifestación) y que él considera un cambio fructífero en la teoría de los fines de la pena.

Por ejemplo, se debe incursionar en formas de compensación a la víctima por parte del responsable (reconciliación entre responsable y víctima), encaminadas a la reparación civil mediante prestaciones de este para reducir su pena —suspensión condicional de su ejecución, o incluso, la exención de esta. En el caso de las corporaciones, podría manifestarse mediante su participación activa en los beneficios sociales constructivos, expresivos de su reintegración, como pudiera ser realizar alguna producción en favor del medio ambiente u otra prestación laboral voluntaria en provecho de la generalidad.

La compensación entre responsable y víctimas, los grandes esfuerzos de reparación civil y el trabajo comunitario ofrecen más oportunidades preventivo-especiales que la privación de derechos de corta duración. Evitan desventajas, producen algo socialmente útil y dan al responsable la sensación de haber mitigado el daño gracias a su aporte social.

Si se piensa en otras formas y regulaciones preventivo-especiales, se hallará, por ejemplo, que, si un responsable ha respondido con éxito durante el período de suspensión condicional de la condena, se le puede otorgar como premio de resocialización una remisión retroactiva de la sanción, de manera que no tenga antecedentes penales; ello motivaría a los responsables para trabajar en restablecer a las víctimas durante el período de prueba. Otra fórmula sería la de que el trabajo retribuido económicamente, y como compensación al daño, sirva para reparar y garantizar los perjuicios causados.

Incluso, ante la confluencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, y de las físicas que integran sus órganos de gobierno, las sanciones impuestas pudieran convertirse en reparación económica, no solo desde el actuar del ente societario, sino a partir del trabajo remunerado de los individuos, como forma resocializadora; que se le reconozca como un trabajo regular, le permita reparar el daño cometido e, incluso, pagar sus deudas, así como ahorrar un capital para una futura libertad, si estuviera privado de esta.

De esta manera, se muestra una perspectiva —desde una lista con mayores alternativas— de ideas de resocialización que se defienden por los autores en materia de fines de la pena.

3.3.2. La prevención general

Constituye una importante finalidad de la pena, pues al Estado le debe interesar impedir que las personas declaradas responsables de la comisión de delitos incurran en nuevos ilícitos y, a la vez, influir en la totalidad de las personas para que no incursionen en hechos similares.

No basta con la intimidación para evitar que la persona caiga en la criminalidad; en la actualidad, esta prevención general «negativa» ha sido ampliamente desplazada por la prevención general «positiva». Con ella, la pena tiene el encargo de demostrar la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico y reforzar la fidelidad jurídica de quienes integran la sociedad.

El destinatario de la prevención general ya no es solamente el que está en peligro de caer en la criminalidad. Pretender intimidar a este mediante el Derecho penal tampoco es alentador, pues el responsable suele confiar en no ser descubierto y, por eso, no teme a las consecuencias. Ello indica el retroceso de la prevención general negativa en la discusión actual.

Hoy, el destinatario de la prevención general positiva es, sobre todo, la persona fiel al Derecho, a quien se debe transmitir, mediante una justicia penal en funcionamiento, una sensación de seguridad y una actitud de aprobación frente al Estado y su ordenamiento jurídico.

Al igual que en la especial, en la prevención general positiva es posible contar con fórmulas de mayor diversificación, pudiendo diferenciarse tres efectos distintos: Uno, el de aprendizaje, que alcanza el Derecho penal poniendo a la vista, de manera ilustrativa, las reglas sociales básicas, cuya violación no puede aceptarse. Dos, el de confianza, que resulta cuando la persona ve que la ley se ha impuesto. Y, tres, el de pacificación, que se produce cuando un quebrantamiento criminal es resuelto mediante la intervención estatal y se restablece la paz jurídica.

Político-criminalmente, es claro que, mientras la idea de la intimidación tiende a penas desproporcionadas y duras, la idea de la prevención general positiva alcanza sanciones moderadas. El efecto de aprendizaje, desde el inicio, no está vinculado a determinada medida de pena. Y los efectos de confianza y de pacificación presuponen una respuesta penal justa, es decir, concuerdan con las exigencias del principio de responsabilidad.

La idea de pacificación da la posibilidad de justificar, con la prevención general, la inclusión de la reparación civil y la compensación del

responsable a la víctima en el Derecho penal. Solo cuando la víctima es reparada y se le restablecen sus derechos, se puede decir que se le repuso su derecho lesionado a través del delito, y con ello la paz jurídica.

Ahora, hay un aspecto muy relevante que observar en los fines de la pena, de cara a la responsabilidad de la persona jurídica. En materia de prevención general, esta finalidad tiene una relación mucho menos estrecha con la pena que la prevención especial. Y es que esta —por lo menos en un estado de Derecho— siempre está vinculada a un delito ya cometido y a un responsable como autor concreto. Ella se realiza, entonces, de manera exclusiva en la reacción estatal a los delitos. En cambio, la prevención general siempre quiere ser efectiva, antes de la comisión de los delitos e impedirlos, en lo posible, desde el principio.

Así, se considera que solo una pequeña parte de la prevención general necesaria puede ser dada por la legislación y la justicia penales. La mayor carga preventiva radica en el control social. El medio más efectivo no es la ley o la justicia penal, sino la densidad del control, es decir, una vigilancia de las personas físicas y jurídicas.

Ante ello, sin violentar derechos fundamentalísimos, en la sociedad de hoy, con tantos riesgos, los métodos preventivos de pesquisa computarizados, formas de vigilancia acústica y óptica, *the compliance programs*, inteligencias artificiales (con miras a impedir la comisión de delitos), mecanismos impuestos por el Estado, son nuevas fórmulas de prevención general. Gran parte de la población podría parecer estar dispuesta a tolerar cada vez más control porque, como personas fieles al Derecho, no tendrían nada que temer ni nada que ocultar y porque, además, les parece que es justa una mayor seguridad ante la amenaza criminal.

3.3.3. Los *compliance programs*

En materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en procura de la prevención del delito, incluso como mecanismo de justificación de la conducta y/o atenuante de la sanción penal, se implementan mecanismos preventivos, entre otros, los denominados *compliance programs*.

Los programas de cumplimiento normativo —*compliance programs*—, son el conjunto de reglas o medidas de un sistema que es implementado en una corporación u organización, en todos sus niveles, desde

la cúspide direccional hasta los niveles inferiores de la empresa, comprendidos los trabajadores o empleados, con el fin de prevenir o impedir que ocurran episodios delictivos, o se vulneren normas de orden administrativo, civil, laboral, o cualquier clase de reglas coercitivas o de obligatorio cumplimiento, encaminadas a propiciar un ambiente de organización, centrado en el cumplimiento de la ley, que evite la comisión de conductas reprochables desde la organización o corporación.

Esta herramienta de contención y evitación de conductas reprochables debe reunir ciertos elementos; por ejemplo, el modelo europeo comprende:

- 1) Presentación escrita del programa.
- 2) Elaboración de un mapa de riesgos.
- 3) Delimitación de funciones y competencias de los órganos implicados en el programa.
- 4) Existencia de un código de conductas prohibidas y un régimen disciplinario.
- 5) Programa formativo para directivos y trabajadores.
- 6) Seguimiento y monitoreo del programa.
- 7) Incorporación de un programa de denuncias interno.
- 8) Protocolo o manual de actuación en caso de detección de delitos o irregularidades.

En el caso de Francia, la Ley 2017-399, de 27 de marzo de 2017 (Légifrance, s.f.), referente a la «Vigilancia de las empresas matrices sobre las filiales», obliga a que las corporaciones tengan control y vigilancia desde las matrices hasta las filiales en el extranjero. Se implementan así mecanismos de debida diligencia o plan de vigilancia, equivalentes a un programa de cumplimiento normativo en materia penal.

La importancia de la existencia del *compliance* no es su formalismo, es la necesidad de ser una herramienta de control material, es decir, una cuestión de acción.

Para la eficacia de los programas de cumplimiento, Nieto (2018) señala como criterios por atender:

- I. Implicación e intervención de los directivos y líderes de la organización.

- II. Participación de los empleados y *stakeholders* en el diseño, implementación y ejecución del programa.
- III. Coherencia entre el programa de cumplimiento, la cultura, las prácticas y actividades de la organización.
- IV. Independencia, capacidad y nivel de formación de los integrantes del área de cumplimiento.
- V. Recursos materiales y humanos adecuados a la dimensión de la empresa y los riesgos que presenta la misma [sic].
- VI. Vigencia y aplicación del programa —controles, sanciones, políticas, etc. (p. 33)

La importancia en los modelos europeos de los programas de cumplimiento, como medios de control, radica en que, frente a las consecuencias en el ámbito penal, podrán atenuar o excluir la responsabilidad; ante ello, los estándares de exigibilidad deben ser rigurosos y elevados.

Sumado a los programas de cumplimiento, para desarrollar estos y lograr eficacia, en el proceso de evitación de incremento de riesgos y daños atribuibles a las corporaciones, se usa la herramienta de los canales de denuncia en las organizaciones, a través de los denunciantes internos o *whistleblower*. Según la definición de Nader (Benítez, 2018, p. 14) significa:

Aquel acto de un hombre o de una mujer que, creyendo que el interés público es superior al interés de la organización a la que sirve, toca el silbato que alerta de que la organización está realizando actividades corruptas, ilegales, fraudulentas o perjudiciales. (p. 14)

El rol del denunciante o alertador produce un efecto de promover una cultura de responsabilidad e integridad en las instituciones públicas y privadas, y motiva a la ciudadanía para que denuncie las conductas irregulares o delictivas internas de las personas jurídicas.

Los canales de denuncia, además, permiten detectar infracciones corregibles, facilitan identificar e individualizar sujetos —personas físicas— que incurrir en conductas ilegales e ilícitas que pervierten el funcionamiento normal de la corporación u organización de la que forman parte o cumplen un rol. Así, desde la identificación de la falla, y la corrección inmediata, se propone un mejor funcionamiento, legal, ético, logístico, cuando en las organizaciones se depura su funcionalidad.

Ante la necesaria implementación de programas de cumplimiento, canales de denuncia, como herramientas preventivas de las personas jurídicas, en procura de evitar la comisión de conductas con reprochabilidad penal, estos medios de contención —especialmente los *compliance*—, desde las reglas de juego fijadas en el ámbito extranjero y como fórmulas de la comunidad internacional para regular los riesgos de afectación de derechos humanos atribuidos como sujetos activos a las corporaciones o personas jurídicas, han incorporado las normas ISO de sistemas de gestión.

No basta pensar en implementar y certificar un programa de cumplimiento, en abstracto, que podría representar un ejercicio meramente formal, y derivar en programas fraudulentos, solo con fines populistas o publicitarios —*paper compliance, cosmetic compliance*—; ante esto, surge la necesidad de aplicar procesos estandarizados por normas ISO, implementados en la corporación, en correspondencia con el interior material de estas, o a la manera de describirlo Caro (2020): «la implementación y certificación de un programa de cumplimiento es una labor abstracta/concreta, implica la aplicación de procesos estandarizados por las normas ISO, pero con el previo conocimiento del ADN de la organización» (p. 3).

Retomando el tema de los fines de la punición y, en específico, el preventivo general positivo, se considera que actualmente el fin de la pena general debe entrañar un mensaje social, encaminado a que el sujeto se abstenga de incurrir en conductas delictivas; una de las fórmulas eficaces, tratándose de las corporaciones, empresas o entes societarios, es la implementación de la prevención y el control sociales que impidan la comisión delictual; así, estarían trenzadas estas fórmulas como mandato preventivo de la adecuación delictiva y mecanismo de abstención conductual por ser un fin de la sanción misma.

Finalmente, para la teoría de los fines de la pena resulta de esto el entendimiento de que la prevención general también puede alcanzarse con métodos extrapenales (no solamente el del control, sino, además, la pedagogía social o el aseguramiento técnico de objetos en peligro: los programas de cumplimiento, los alertadores, etc.); de manera que una política criminal eficaz tiene que ir mucho más allá del Derecho penal.

IV. CONCLUSIONES

La política criminal de los Estados debe propender a regular mecanismos de control social —incluso punitivos— que prevengan la desen-

frenada criminalidad corporativa. La dogmática penal moderna no se construye desde corrientes antologocistas, las cuales están en retirada; el Derecho penal de hoy atiende al normativismo y, en ese entendido, sin renunciar al Derecho penal liberal, las personas físicas y las jurídicas son sujetos de atribución penal frente a las conductas reprochables que vulneran las expectativas normativas y los bienes jurídicos tutelados.

En materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, los autores son partidarios de que opera un fin preventivo general positivo abierto, lo que permite implementar fórmulas extrapenales como los *compliance programs* o programas de cumplimiento.

Ellos son una herramienta de prevención en las corporaciones, que, utilizadas materialmente, en forma correcta y real, pueden ser un instrumento de contención, para evitar la criminalidad empresarial, y un peñón hacia la mejor manera de prevención/evitación de esta, al permitir la funcionalidad corporativa dentro del ámbito del riesgo permitido.

V. REFERENCIAS

- Ballesteros Sánchez, J. (2020). *Responsabilidad penal y eficacia de los programas de cumplimiento normativo en la pequeña y la gran empresa*. Tirant Lo Blanch.
- Benítez Palma, E. (2018). El control externo y el *whistleblowing* (canales de denuncia). *Revista Española de Control Externo*, xx(59), 11-42.
- Caro Coria, D. C. (2020). *Criminalidad corporativa y derechos humanos*. Universidad de Salamanca, Módulo 4. <https://www.fundacion.usal.es>
- Feuerbach, P. J. (1989). *Tratado de derecho penal* (15.ª ed.). Zaffaroni, E. y Hagemeyer, I. (Trads.). Hammurabi.
- García Caveró, P. (2011). La persona jurídica como sujeto penalmente responsable. En Beruezo, R., García Caveró, P. y Gallo, P. *Derecho penal laboral*. BdeF.
- Goite Pierre, M. (2015). De nuevo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ahora desde la mirada de una sociedad de riesgo dieciséis años después. En *Globalización, delincuencia organizada, expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo XXI*. Unijuris, 292-315. <https://www.cuba.vlex.com/vid/nuevo-responsabilidad-penal-personas-577044390>

- Hegel, G. W. (2005). *Principios de la filosofía del Derecho*. Vermal, J. L. (Trad.). Edhasa.
- Kant, I. (2005). *Metafísica de las costumbres*. Cortina Orts, A. y Conill Sancho, J. (Trads.). Tecnos.
- Ley No. 2017-399 ley sobre el deber de vigilancia de las transnacionales (Marzo 27, 2017). Légifrance. <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/ECFX1509096L/jo/texte>
- Ley No. 62, Código penal. (2009). En Rivero García, D. y Bertot Yero, M. C. *Código penal de la República de Cuba. Ley No. 62/87 (Anotado con las disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular)*. Ediciones ONBC.
- Ley No. 151, Código penal. (Septiembre 1.º, 2022). GOR-O (93), 2557-2696.
- Maurach, R. (1971). *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (4.ª ed.). Verlag C. F. Müller Karlsruhe.
- Nieto Martín, A. (2015). Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4959231>
- Nieto Martín, A. (2018). Guía para la prevención de la corrupción en las administraciones públicas de Castilla-La Mancha. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=722940>
- Poveda Buitrago, N. (2014). *Imputación objetiva, acciones a propio riesgo, y responsabilidad penal médica en Colombia*. Ibáñez.
- Reyes Alvarado, Y. (2008). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Derecho Penal Contemporáneo*, (25), 43-66.
- Roxin, C. (1997). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (t. 1, 3.ª ed.), Verlag C. H. Beck.
- Roxin, C. (2016). *La teoría del delito en la discusión actual* (t. 1). Grijley.
- Von Lizst, F. (1984). *La idea de fin en el Derecho penal*. Aimone Gibson, E. (trad.). Edeval.
- Zúñiga Rodríguez, L. (2009). *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas* (3.ª ed.). Aranzadi.