



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

COMPLIANCE PENAL

RÉGIMEN JURÍDICO Y FUNDAMENTACIÓN ANALÍTICA DE LA
RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA Y EL
COMPLIANCE PROGRAM.

Tesis doctoral

Autor: Rafael Aguilera Gordillo

Director: Dr. José Manuel Palma Herrera

Programa de Doctorado: Ciencias Sociales y Jurídicas.

Departamento: Derecho Civil, Penal y Procesal. Universidad de Córdoba

CÓRDOBA

Marzo 2018

TITULO: COMPLIANCE PENAL: RÉGIMEN JURÍDICO Y FUNDAMENTACIÓN
ANALÍTICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA
JURÍDICA Y EL COMPLIANCE PROGRAM

AUTOR: *Rafael Aguilera Gordillo*

© Edita: UCOPress. 2018
Campus de Rabanales
Ctra. Nacional IV, Km. 396 A
14071 Córdoba

[https://www.uco.es/ucopress/index.php/es/
ucopress@uco.es](https://www.uco.es/ucopress/index.php/es/ucopress@uco.es)



TÍTULO DE LA TESIS: *COMPLIANCE* PENAL. RÉGIMEN JURÍDICO Y FUNDAMENTACIÓN ANALÍTICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA Y EL *COMPLIANCE PROGRAM*

DOCTORANDO/A: RAFAEL AGUILERA GORDILLO

INFORME RAZONADO DEL/DE LOS DIRECTOR/ES DE LA TESIS

(se hará mención a la evolución y desarrollo de la tesis, así como a trabajos y publicaciones derivados de la misma).

Como Director de la tesis doctoral que presenta D. Rafael Aguilera Gordillo, tengo a bien informar sobre los siguientes extremos:

Que el doctorando ha dado muestras, a lo largo de los años de dedicación a su labor investigadora, de una gran capacidad de trabajo y un extraordinario rigor que se ha traducido en la elaboración de una tesis doctoral que viene a ser, sin duda, uno de los trabajos más serios y exhaustivos que se han realizado hasta el momento sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España.

El profundo conocimiento sobre la materia no sólo se debe a su intensa labor de investigación, análisis y reflexión sobre la materia, sino también a una sólida actividad formativa desplegada a lo largo de estos años con la realización de cursos de altísimo nivel que le han permitido obtener el título de *compliance officer*, circunstancia que le ha permitido dar a la tesis una dimensión que la llevan mucho más allá de ser un mero trabajo de investigación, convirtiéndola, el día que la publique, en una útil herramienta de trabajo para todo aquél que profesionalmente desee acercarse al tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Estos conocimientos se materializaron ya el año pasado en la publicación de una monografía, realizada conjuntamente con quien suscribe, y publicada en una editorial de altísimo prestigio en el terreno jurídico, como es Aranzadi. Una monografía que lleva por título *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, y que ha merecido felicitaciones y elogiosos comentarios de operadores jurídicos como el propio Fiscal General del Estado o diversos magistrados de la Sala 2ª del Tribunal Supremo.

Por todo ello, se autoriza la presentación de la tesis doctoral.

Córdoba, 12 de marzo de 2018

PALMA HERRERA
JOSE MANUEL -
30547167Q

Firmado digitalmente por PALMA HERRERA
JOSE MANUEL - 30547167Q
Nombre de reconocimiento (DN): c=ES,
serialNumber=IDCES-30547167Q,
givenName=JOSE MANUEL, sn=PALMA
HERRERA, cn=PALMA HERRERA JOSE
MANUEL - 30547167Q
Fecha: 2018.03.12 10:20:20 +01'00'

Fdo.: José Manuel Palma Herrera

«Las ciencias no tratan de explicar, incluso apenas tratan de interpretar, construyen modelos principalmente. Por modelo, se entiende una construcción matemática que, con la adición de ciertas interpretaciones verbales, describe los fenómenos observados. La justificación de tal construcción matemática es sólo y precisamente que se espera que funcione.»

John von Neumann, matemático húngaro-estadounidense, “padre” de la *teoría de juegos* (1903-1957).

A mi familia y pareja, por todo:

A mi madre, de la que estoy tan orgulloso, porque su fuerza y valores, admirables, han hecho que sea la persona que soy.

A mi padre, porque sin él nada de esto sería posible, porque es un referente para mí en todos los sentidos.

A mi hermana, una hija, la alegría del hogar.

A mi pareja, por todo el amor y comprensión que me brinda, por ser tal como es.

A mis tíos, por sus consejos y ayuda.

Y, a la memoria de mis abuelos.

A José Manuel, por su extraordinaria e inolvidable labor de dirección; por todo el tiempo y dedicación prestados. Por nuestras conversaciones y su apoyo personal durante todo este período

ÍNDICE

RESUMEN.....	8
ABSTRACT	10
CAPÍTULO 1	
1. INTRODUCCIÓN: PROBLEMÁTICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN ORGANIZACIONES COMPLEJAS Y RECURSOS DOGMÁTICOS UTILIZADOS PARA AFRONTARLA	13
CAPÍTULO 2	
2. CORRIENTES DOCTRINALES DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL AL ENTE CORPORATIVO.....	29
2.1. Modelo constructivista de autorresponsabilidad empresarial	29
2.1.1. La teoría de sistemas como fundamento del modelo de autorresponsabilidad penal	29
2.1.2. Autoorganización y responsabilidad por hecho propio. Consideraciones críticas	40
2.2. Heterorresponsabilidad: punto de partida para una propuesta de <i>modelo antrópico de responsabilidad penal corporativa</i>	53
2.3. <i>Estado del arte</i> en España	57
2.4. Derecho comparado: posiciones adoptadas en otros países	74
CAPÍTULO 3	
3. LA RESPONSABILIDAD PENAL CORPORATIVA EN EL CÓDIGO PENAL.....	86
3.1. Responsabilidad penal de la persona jurídica y el artículo 31 bis 1 C.P. ...	86
3.1.1. «Hechos de conexión»: elementos necesarios para la atribución de responsabilidad penal	88
3.1.1.1. Presupuestos ciertamente compartidos para los dos «hechos de conexión» (letras <i>a</i> y <i>b</i> del 31 bis 1 C.P.)	88
I) La comisión de un delito que tenga contemplada la responsabilidad penal corporativa	88
II) En beneficio directo o indirecto de la persona jurídica	91

3.1.1.2. Las facultades de la persona física que comete el delito como elemento específico de cada uno de los dos «hechos de conexión».....	94
I) Representante legal, autorizado para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o que ostente facultades de organización y control dentro de la misma (letra <i>a</i> del 31 bis 1)	94
II) Individuo sometido a la autoridad de los anteriores (letra <i>b</i> del 31 bis 1)	99
3.1.1.3. La vinculación entre la conducta de la persona física y la persona jurídica como elemento específico de cada uno de los dos «hechos de conexión»	101
I) La actuación en nombre o por cuenta de la persona jurídica	101
II) La actuación en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta de la persona jurídica	103
3.1.1.4. El incumplimiento grave -por los sujetos referidos en la letra <i>a</i>) del Art. 31 bis 1- de los deberes de supervisión, vigilancia y control	105
3.2. Catálogo de delitos para los que se contempla la responsabilidad penal de la persona jurídica	111
3.3. Responsabilidad del ente sin personalidad jurídica: el artículo 129 C.P..	116
3.4. Entes con personalidad jurídica penalmente irresponsables	121
3.5. Exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica: <i>el doble régimen de exención</i>	130
3.5.1. Presupuestos de exoneración cuando la persona física que ha delinquido es un representante legal, un autorizado a tomar decisiones o aquel que detenta facultades de control	133
3.5.2. Presupuestos para la exoneración cuando el individuo que ha cometido el delito es una persona física sometida a los anteriores	146
3.6. El órgano con la <i>función de compliance</i> : elemento estratégico y componente personal exigido para librar de responsabilidad penal al ente	151
3.6.1. Naturaleza estratégica	152
3.6.2 Criterios de actuación y selección	158
3.6.3. Regulación jurídico-penal del órgano con la <i>función de compliance</i> o <i>compliance officer</i>	163
3.6.3.1. Exigencias de carácter orgánico sobre el <i>compliance officer</i> : la condición 2ª del 31 bis 2 y la excepción del 31 bis 3 C.P.	163

3.6.3.2. Funciones del <i>compliance officer</i> y condiciones para la exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica	170
3.7. Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas	181
3.8. Penología de la persona jurídica penalmente responsable	188

CAPÍTULO 4

4. CONSIDERACIONES PARA LA FUNDAMENTACIÓN Y HERRAMIENTAS DE ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA Y EL COMPLIANCE PENAL	203
4.1. Planteamientos previos sobre el <i>compliance penal</i>	203
4.2. <i>Regulated self-regulation & accountability</i> : germen del <i>compliance</i>	208
4.3. Elementos de la propuesta para la fundamentación y análisis metódico de la responsabilidad penal corporativa y los <i>compliances</i>	218
4.3.1. Persona física y acción social: la teoría de la elección racional	218
4.3.2. El nuevo institucionalismo de la elección racional: elemento medular para la responsabilidad penal corporativa de base antrópica	226
4.3.3. La teoría de juegos y tesis economicistas: postulados explicativos y herramientas de análisis pragmático	233
4.4. Prontuario de un <i>modelo antrópico de responsabilidad penal corporativa</i> y digresión <i>-la inteligencia artificial y el big data-</i>	244

CAPÍTULO 5

5. LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN O COMPLIANCE PROGRAMS..	256
5.1. El <i>compliance</i> en el Código Penal: requisitos según el 31 bis 5 C.P., la <i>Circular 1/2016</i> y consideraciones para la implementación.....	261
5.1.1. Identificación de actividades en cuyo ámbito pueden ser cometidos los delitos a prevenir: el mapa de riesgos, matrices y teoría de juegos	261
5.1.2. Protocolarización de la toma de decisiones y su ejecución: procedimientos, estructuras de control y buen gobierno corporativo	282
5.1.3. Gestión de recursos financieros dirigidos a impedir delitos que han de ser prevenidos: fiscalización y <i>check and balances</i>	292
5.1.4. Obligación de informar sobre riesgos e incumplimientos al órgano con la <i>función de compliance</i> : canal de denuncias, anonimización e investigación ...	299

5.1.5. Sistema disciplinario que castigue el incumplimiento: código de conducta y paradojas sobre sanciones desproporcionadas	314
5.1.6. Revisión y mejora del propio <i>compliance program penal</i> : el período y la relevancia del cambio en las circunstancias	323
5.2. El <i>compliance normalizado</i> y la tendencia privatizadora.....	330
5.2.1. El delicado desplazamiento de funciones normativas o de supervisión hacia entidades privadas	330
5.2.2. Normalización y las certificaciones de compliance	336
5.2.2.1. Análisis crítico del estándar UNE 19601:2017	341

CAPÍTULO 6

6. CONCLUSIONES	355
BIBLIOGRAFÍA	384
JURISPRUDENCIA CITADA	394

RESUMEN

La presente tesis doctoral aborda de forma íntegra el Derecho Penal de las personas jurídicas, prestando una atención especial a los modelos de organización y gestión para la prevención de delitos o *compliance program penal*. El grueso de la primera parte de la obra se dedica al estudio del régimen jurídico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que contempla nuestro Código Penal después de la reforma operada por L.O. 1/2015 y la publicación de la Circular 1/2016 FGE. Entre otros aspectos, se analizan detalladamente los elementos necesarios para la atribución de responsabilidad al ente corporativo y que configuran los denominados «hechos de conexión»; los presupuestos que han de concurrir para poder dispensar de responsabilidad penal a la persona jurídica (el *doble régimen de exención*); la *función de compliance* y el papel del *compliance officer* en relación con la responsabilidad criminal corporativa; las circunstancias modificativas y penología para este tipo de organizaciones, etc.

Por otro lado, desde una perspectiva más dogmática, analiza la fundamentación de los modelos de responsabilidad penal de la persona jurídica por hecho propio (*autorresponsabilidad*) y por hecho ajeno (*heterorresponsabilidad*), para tomar partido por el segundo, pues preserva a lógica jurídico-penal tradicional en la que la persona física es la única con capacidad para realizar, *stricto sensu*, una conducta delictiva. Desde esta posición, la investigación se centra en el desarrollo de unas propuestas sobre las que erigir un *modelo antrópico de responsabilidad penal de las personas jurídicas* más actualizado y como una mayor base científico-experimental. Se defiende la pertinencia de integrar postulados de teorías que provienen de otras ciencias sociales y experimentales, como el nuevo institucionalismo de la elección racional o la teoría de juegos, pues gozan de acreditada validez para explicar las dinámicas de actuación, estrategias y procesos de toma de decisiones en las organizaciones.

Además, se propugna la utilidad de la metodología que tales nociones aglutinan como herramienta de análisis pragmático de los *compliances*, sugiriéndose su aplicación junto con la jurimetría, para el estudio de nuevas fórmulas de elaboración

de modelos de organización y control, con los que podría alcanzarse una mayor adecuación a la realidad empresarial. No son, por tanto, meras nociones teóricas, pues tienen un claro alcance pragmático para la elaboración del *compliance program penal* y, como paradigma de ello, se destaca la acreditada validez para predecir conductas desde un plano estratégico. Igualmente, durante el desarrollo de los planteamientos, se argumenta cómo éstos permiten establecer un valioso nexo lógico de raíz socio-jurídica con la algoritmia, el *big data* y la *inteligencia artificial*, campos que vienen asumiendo un protagonismo cada vez mayor.

En tercer lugar, se explican pormenorizadamente todos aquellos elementos que debe contener un *compliance program penal* para que pueda ser considerado *eficaz* y, por tanto, se posibilite la exoneración de responsabilidad penal a la persona jurídica. Para ello se examinan cada uno de los requisitos recogidos en el art. 31 bis 5 C.P. y se efectúa un contraste con la Circular 1/2016 FGE. Durante esta exposición se contemplan algunas consideraciones recogidas en las propuestas para el *modelo antrópico de responsabilidad penal corporativa*, pues coadyuvan de manera determinante a concebir e implementar un *compliance* que realmente satisfaga las exigencias jurídico-penales. Y, todo ello, desde visión tendente a alertar del peligro de privatización que, en el Derecho Penal, pueden provocar los estándares y sistemas de *compliance* normalizados -dimanante de la propia idiosincrasia del fenómeno conocido como autorregulación regulada-; riesgo en que se incide en la última parte de la investigación.

Palabras clave: *criminalidad de empresa, autorresponsabilidad, heterorresponsabilidad, compliance program penal, autorregulación regulada, accountability, deterrent effect, nuevo institucionalismo de elección racional, teoría de juegos, jurimetría, compliances jurimétricos, big data, inteligencia artificial, analíticas de riesgo, modelo antrópico de responsabilidad penal de las personas jurídicas.*

ABSTRACT

This doctoral thesis¹ analyses the law of corporate criminal liability in depth, focusing on the organization models and management for the crime prevention or *corporate compliance programs*. The bulk of the first part of the work is dedicated to the study of the legal system of the corporate criminal liability as it is seen in our Criminal Code after the reform done by L.O.1/2015 and the publication of the Circular 1/2016 FGE. Among other aspects, there is a detailed analysis of the necessary elements to hold a corporation liable which set the «connection facts»; the premises which would have to concur to be able to excuse any criminal liability of the corporation (*double exemption system*); the compliance's function and the role of the *compliance officer* in connection with the corporate criminal liability; the modifying circumstances and the penology for these types of organizations, etc.

On the other hand, from a dogmatic perspective, it analyses the substantiation of the corporate criminal liability for one's own actions (self-responsibility) or for vicarious liability, to take a stand for the second one. It is due to its preservation of the traditional criminal justice sense in which the individual person is the only one to perform, *stricto sensu*, a criminal conduct. In this position, the research is focused on the development of different proposals to build an updated anthropogenic *model of the corporate criminal liability* and with a wider experimental scientific ground. It is considered relevant the incorporation of postulates of theories coming from other social and experimental studies, such as the *new institutionalism of the rational choice* or *game theory*. These are proved as valid to explain the dynamic conduct, strategies and the decision making processes in the different organizations.

In addition, it is advocated the utility of the methodology that those notions bring together as a pragmatic analysis tool of the compliances, proposing its implementation together with jurimetrics. This would be applied for the study of new formulas for the development of the organization and control models. With these, a greater adequacy with the business reality would be achieved. Therefore, they are not

¹Titled: *Corporate compliance program. Legal regime and the analytical substantiation of corporate criminal liability and compliance program.*

simple theoretical notions, since they have a clear pragmatic use for the elaboration of the corporate compliance programs. As an example of this, these theories are certified as valid to predict different behaviours from a strategic level. During the approach, it is argued how these plans can set a valuable socio-legal logical link together with algorithmics, the *big data* and the *artificial intelligence*, fields which are becoming increasingly more important.

Thirdly, there is a detailed explanation of the elements that a criminal *corporate compliance program* must have to be considered efficient, so that it would be possible to excuse any criminal liability of the corporation. In order to do so, the requirements compiled in art. 31 bis 5 C.P are studied and a comparison with the Circular 1/2016 FGE is carried out. Along this exposition, it has been taken into account some considerations included in the proposals of the *anthropic model of corporate criminal liability*, since they contribute in a decisive way to conceive and implement a *compliance* that meets criminal-legal requirements. All this comes from a view aimed at warning of the danger of privatization that can provoke standards and systems of standardized compliance in the criminal law –flowing out of the very idiosyncrasy of the phenomenon known as regulated self-regulation-, a risk which is highlighted in the last part of this research.

Key words: *corporate criminality, self-responsibility system, hetero responsibility model, criminal compliance program, regulated self-regulation, accountability, deterrent effect, new institutionalism of rational choice, game theory, jurimetrics, jurimetrical compliances, big data, artificial intelligence, risk analytics, anthropic model of corporate criminal liability.*

CAPÍTULO 1

**INTRODUCCIÓN: PROBLEMÁTICA DE LA
RESPONSABILIDAD PENAL EN ORGANIZACIONES
COMPLEJAS Y RECURSOS DOGMÁTICOS
UTILIZADOS PARA AFRONTARLA**

1. Introducción: Problemática de la responsabilidad penal en organizaciones complejas y recursos dogmáticos utilizados para afrontarla

La criminalidad de empresa no es un fenómeno reciente, sino que su progresiva expansión y complejidad son elementos constatables desde hace varias décadas. Los complicados organigramas empresariales, la estratificación de funciones y los principios que rigen sus actividades productivas constituyen, para la justicia en general y para el Derecho Penal en particular, un auténtico reto a la hora de la transposición de las categorías tradicionales y de la aplicación de las técnicas de imputación, traducándose todo esto en procedimientos judiciales de enorme dificultad conocidos como *hard cases*².

De hecho, si realizamos un contraste secuencial entre la teoría general del delito y los hechos delictivos cometidos en el seno de organizaciones empresariales complejas, podemos tropezar con un amplio espectro de cuestiones que van desde el propio concepto de acción hasta la determinación del título de imputación (si como autor o como partícipe) pasando por problemas de imputación subjetiva o de culpabilidad.

Algunos de los elementos que provocan distorsiones resultan inherentes a la propia estructura de la organización empresarial compleja y se ponen de manifiesto al contrastar los presupuestos fácticos con los elementos de la clásica teoría general del delito. Entre otras particularidades, pueden citarse, a modo de paradigma, la aplicación al entorno corporativo de los principios de jerarquía, especialización, confianza, o las asimetrías informativas.

El objetivo de la *distribución jerárquica* empresarial, por ejemplo, es dirigir satisfactoriamente las actividades para que la empresa pueda cumplir con sus objetivos. Esta jerarquía se estructura por escalas, de tal modo que la autoridad principal, que aglutina el mayor poder de actuación y decisión (dependerá de la forma

²KELLOGG, F.; «What Precisely is a 'Hard' Case? Waldron, Dworkin, Critical Legal Studies, and Judicial Recourse to Principle». Discussion Paper for University of Edinburgh Legal Theory Research Group, Washington, 2013, p.3.

jurídica y estatutos, aunque suele ser el órgano administrador de la empresa), viene comisionando ciertas funciones de supervisión a los directivos especializados que se sitúan en la cúspide de cada área, lo que provoca, a su vez, nuevos desdoblamientos en los organigramas de las personas jurídicas según el área o campo de especialización. Esa progresiva «encomienda» de funciones desde los eslabones más altos de la pirámide organizativa se acrecienta conforme las empresas han ido adquiriendo mayor tamaño. De esta forma, la llamada delegación ha adquirido un papel primordial en el ámbito empresarial.

Por otro lado, extrema complejidad y cualificación requerida para realizar determinadas funciones viene exigiendo unos elevados niveles de formación y *especialización* de los miembros de las corporaciones, dándose supuestos donde el superior jerárquico se ve realmente incapacitado para supervisar la actividad del trabajador, pudiendo únicamente limitarse a confiar en su formación y diligencia. Esta coyuntura puede llevar en muchos casos a que se acuda a la externalización u *outsourcing* de determinadas tareas o, incluso, a la pertinencia de recabar análisis, opiniones o dictámenes previos mediante la contratación de expertos o asesores externos.

Con respecto al principio de confianza, puede decirse que es causa y consecuencia de la propia organización empresarial, de una división de atribuciones a los individuos que la componen y de la delegación de funciones. Sobre el nivel de confianza permitido en las grandes empresas, señala FEIJOO SÁNCHEZ³ que no es fácil determinar el nivel permitido, pues el mismo viene condicionado por el hecho de que los superiores mantienen deberes especiales de vigilancia, supervisión y control que varían su alcance.

Existe otra característica de las organizaciones empresariales que viene a complicar la situación aún más: se trata del fenómeno de las asimetrías informativas. Los flujos de información conforman un componente determinante en los procesos de toma de decisiones. Los datos e informaciones de la que se dispone al tomar o ejecutar

³FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.; *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Ed. Reus, Madrid, 2007, p. 194.

decisiones, las circunstancias en que estas se realizan, así como las «señales» que muestran si se tenía o no, y, si se quería o no, tener determinado conocimiento sobre algo, es otro aspecto que provoca grandes dudas, especialmente en cuanto al concepto de error; SCHÜNEMANN⁴ fue uno de los primeros autores en analizar esta particular situación en que se encuentran los empleados cuando carecen de información suficiente que permita dotarles de pleno conocimiento sobre los hechos que ejecutan y sus efectos.

Es habitual que, en corporaciones estructuradas de manera algo compleja, la información no fluya de manera lineal y multidireccional, sino que la red de comunicación adquiera una extensión limitada y no abarque a la totalidad del personal que la compone. Por ejemplo, determinados contenidos de carácter contable, algunas informaciones sobre los elementos químicos que componen un producto o algunas cuestiones acerca del proceso productivo, no parece que sean datos que suelen estar al alcance de todo el personal, sino que se concentran en el personal especializado y con atribuciones expresamente conferidas para el análisis de fondo de dichos datos. Ni siquiera es previsible que estén a disposición de aquellos que efectúan meras labores materiales de extracción de muestras, acopio de documentación, etc. Ese problema puede darse también, aunque con una frecuencia menor, en los eslabones más altos de la escala jerárquica o en aquellos procesos de producción donde, a causa de la división específica de funciones o atribuciones, el individuo que ocupa un puesto en dicho proceso realiza una actividad ignorando si los actos del que le precede en la cadena de producción se realizan o no conforme a la legalidad.

Todas éstas son circunstancias que obstruyen o, al menos, dificultan considerablemente la atribución de responsabilidades penales en el seno de una empresa y han fomentado que, en muchos casos, administradores, directivos o mandos intermedios se beneficien de modo plenamente consciente de las estructuras empresariales para realizar conductas ilícitas, coyuntura que ha provocado una percepción generalizada en amplios sectores de la sociedad de que ciertos delitos

⁴SCHÜNEMANN, B.; *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de la empresa*, Mannheim, 1988, p. 10.

realizados bajo el paraguas de una organización empresarial tenían una alta probabilidad de quedar impunes.

A su vez, este convencimiento sobre la impunidad ha dejado importantes secuelas en el contexto socioeconómico en forma de afectación grave del necesario clima de confianza en las instituciones públicas y, en general, en la protección de una serie de bienes jurídicos necesarios para el buen funcionamiento del orden socioeconómico, como la libre competencia en el tráfico mercantil.

Frente a esta situación, se presenta como necesidad un Derecho Penal capaz de reaccionar reforzando viejas estrategias y articulando otras nuevas (*law enforcement strategies*⁵) que resulten efectivas para desplegar un efecto disuasorio (*strong deterrent effect*⁶) en el campo de la delincuencia empresarial.

Esta necesidad se ha convertido, además, en un ítem que ha sido incluido como asunto prioritario en la agenda de los estados e instituciones de carácter supranacional. Sobre esta cuestión, resulta paradigmática la lucha contra la corrupción, especialmente en el sector privado, que ha sido objeto de especial atención por parte de estas instituciones. Así, por ejemplo, el Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, de 1997⁷, la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa

⁵Respecto a la articulación de estas medidas *vid.* SPAGNOLO/LE QOC/BIGONI/FRIDOLFSSON; «Trust, Salience and Deterrence: Evidence from an Antitrust Experiment», en *IFN Working Paper*. n.º 859, 2011. En este artículo se analiza bajo un prisma experimental las medidas legales dirigidas a anular los incentivos existentes en prácticas antitrust y se estudia el riesgo del que realiza la conducta delictiva, así como la pena, desde un punto de vista económico. Esta tipología de estudios viene a actualizar en profundidad los postulados de la clásica teoría de la prevención especial incorporando experimentos y análisis económicos de las decisiones.

⁶Este término, relativo a la provocación de un efecto disuasorio intenso en el ámbito de la delincuencia económica, tuvo en principio una mayor utilización por autores proclives a las teorías economicistas del Derecho en la conocida como «Escuela de Chicago». Así, por ejemplo, KENT/CARL/SIDAK; «The deterrent effect of antitrust enforcement», en *Journal of Political Economy*. Vol. 89, 1981, donde se examinan los efectos de determinadas medidas antimonopolio en el establecimiento de precios. Mediante la aplicación de un *modelo teórico sobre la decisión de las corporaciones* de la industria del pan e incorporando datos obtenidos de la propia industria se evalúan el efecto disuasorio de las medidas antimonopolio públicas y privadas sobre la decisión de conspirar. Se demuestra que el precio del pan depende de la intensidad en la aplicación de medidas y sanciones antimonopolio y se revela que una amenaza creíble de cuantiosas indemnizaciones por incumplimiento de la norma tiene el *efecto disuasorio* de reducir los sobrepuestos en la industria de pan.

⁷Otros textos de la OCDE sobre la materia: *Principles of Corporate Governance*, publicado en 1999 y actualizado en 2004, o *Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery: A joint OECD analysis*, publicado en marzo de 2012, en el que se realiza un análisis detallado de los perjuicios del

a la lucha contra la corrupción en el sector privado, o la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2004, marcaron puntos de inflexión en el ámbito internacional y han conducido, por ejemplo en nuestro país, a importantes reformas de la legislación penal.

Doctrina y jurisprudencia tampoco han permanecido impasibles ante este fenómeno, ocupándose de la búsqueda de soluciones como el «levantamiento del velo» a partir de una profundización en el análisis organizativo de las entidades capaz de poner de manifiesto las diferencias existentes entre aquellos trabajadores que intervienen en el proceso productivo de modo meramente circunstancial o accesorio, y aquellos otros sujetos que sí ostentan capacidad decisoria en la materia y ejercen funciones de análisis, mando o control en el seno de la empresa.

Podría decirse que la ofensiva contra la criminalidad de empresa se ha emprendido en tres frentes distintos: el primero, a través del recurso a un concepto menos restrictivo de acción, a conceptos comunicativos del injusto, a la omisión, la posición de garante, etc. El segundo, que ha pretendido superar las dificultades mediante la utilización del elenco de categorías de autoría y participación a base de reformular algunos de los aspectos que las sustentan. Y, por último, el tercero, incorporar la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

En relación con la transformación progresiva de las clásicas concepciones de acción e injusto puede apuntarse el papel relevante que tuvieron en la década de los ochenta del pasado siglo ROXIN y JAKOBS (sobre todo este último) como precursores del funcionalismo moderado y radical, respectivamente.

JAKOBS, en particular, influido por la Sociología y la Criminología, centró el debate en el análisis del concepto de acción como un suceso físico y psicológico del individuo analizado desde una óptica sociológica. Ésta produce un resultado evitable y, por ello, este resultado ha de superar el filtro de la denominada imputación objetiva,

soborno en los funcionarios públicos y de cómo afecta al desarrollo económico y a la libre competencia. Este estudio pone el acento en la necesidad de establecer protocolos de buen gobierno corporativo y articular medidas de confiscación o recuperación de las cuantías indebidamente obtenidas. Finalmente, la *Guía para Rendición de Cuentas y Transparencia para empresas propiedad del Estado*, publicada el 15 de mayo de 2014, contiene propuestas dirigidas al cumplir con los presupuestos del buen gobierno corporativo, la rendición de cuentas y la transparencia de la gestión para evitar corruptelas.

que es aquélla que determinará la citada evitabilidad del resultado y, por tanto, la relevancia o no jurídico-penal de la acción. Ese comportamiento tiene un significado comunicativo y al sujeto que contradice la norma se le aplica una pena como exponente de la vigencia de la misma. Ese acto comunicativo muestra que el verdadero destinatario del mensaje es el conjunto de los ciudadanos, destacándose la vigencia de la norma como fuente de garantía del orden social.

La sensación de que estos nuevos postulados y los conceptos que los cimientan se adecuaban mejor a la realidad, reveló un cambio tendente a la adopción de gran parte de los componentes ideológicos y estructurales de las posturas funcionalistas⁸, pues parecía contar con un bagaje teórico mejor preparado para afrontar los nuevos retos del siglo XXI. Su perspectiva sociológica y concepción político-criminal, la aplicación de la teoría de la imputación objetiva y la fundamentación de la tipicidad con sustento en criterios normativos eran algunas muestras de ello.

Tras la asimilación por parte de la doctrina de muchos de sus postulados, se ha venido produciendo una nueva y trascendente evolución hacia corrientes eclécticas⁹, de anclaje en razonamientos de carácter dialéctico, donde se refuerza el análisis del comportamiento desde una perspectiva intersubjetiva, y donde se tiende a considerar la categoría de injusto bajo una normativización que permiten abordar de modo más

⁸JAKOBS, G.; *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Bogotá, 1996. El autor encuentra la fundamentación de su tesis en las teorías sistémicas de LUHMANN y, por otro, asume la concepción de la organización social de PARSONS (*La estructura de la acción social*, 1937). En esta obra se analiza un marco teórico de la acción en el seno de la sociedad, cómo estructurar las relaciones sociales y la propia sociedad en su conjunto entendido como sistema cultural. La teoría sistémica de corte parsoniano consideró cada sistema social, entendido como relación de sujetos incardinados en una jerarquía. Dentro del sistema social, el individuo adquiere un *estatus* que es el lugar que ocupa en dicho sistema y un *Rol*, que se refiere a las funciones que este puede realizar. Es decir, para PARSONS el sistema social tiene dos unidades básicas, *estatus* -posición en el sistema- y *rol* -realización de funciones-, para mantener el equilibrio en dicha sociedad se requiere del fenómeno de la socialización y el control social, entendidos de manera comunicativa, intersubjetiva. Ese sistema debe permitir al individuo libertad suficiente para actuar y satisfacer sus necesidades, pero, a su vez, debe de controlar esas actuaciones para evitar comportamientos que potencialmente puedan desmembrar dicho orden social.

Por otro lado, LUHMANN, N.; *Sistema jurídico y dogmática jurídica. Trad. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983*. Estudia la sociedad como un sistema conformado por comunicaciones. Analiza la sociedad desde una perspectiva analítica y concluye que las teorías de sistemas aplicadas en la biología son extrapolables a las sociedades contemporáneas. En síntesis, el autor concibe los sistemas como entes autónomos, y los divide en varias clasificaciones según determinados criterios o matices en la comunicación, que es elemento estructural esencial del sistema.

⁹FEJOO SÁNCHEZ, B.J.; «La Normativización del Derecho Penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?», en AAVV/GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coord.); *Teoría de sistemas y Derecho Penal: Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Granada, 2005.

sencillo los problemas de imputación objetiva y subjetiva en el difícil contexto empresarial. En este contexto, algunas de estas modernas corrientes de naturaleza mixta¹⁰ inciden en que el injusto debe ser analizado bajo un prisma que considere la dimensión intersubjetiva y del hecho, debiéndose analizar el modo en que el individuo manifiesta su voluntad y se interrelaciona con el entorno social. Esta tendencia al desarrollo de teorías eclécticas acerca del injusto nos lleva a un incuestionable enriquecimiento (y complejidad en el estudio) de la dogmática penal.

Por otro lado, la progresiva ampliación del campo de la omisión tiene su fundamento en lo que se ha expuesto, ya que su última *ratio* es la falta, por parte del individuo, de un comportamiento que la sociedad –y el ordenamiento jurídico– espera de él. Bajo la específica modalidad de comisión por omisión, la pasividad del sujeto, y en particular del mando o directivo que detenta facultades de decisión o control, es lo que provoca la no evitación de un resultado, razón por la cual debe responder penalmente. Para determinar en qué casos el individuo debe sufrir la imputación por el resultado, debe clarificarse si goza de una posición de garante en virtud de la cual la sociedad le ha asignado, dentro de su rol, un deber de evitarlo¹¹.

¹⁰FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.; *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, op. cit. p. 17 y pp. 46-47.

¹¹Cfr. STS núm. 1828/2002, de 26 de octubre (RJ 2002\10461), donde se recoge la condena al presidente y secretario del consejo de administración de una empresa y al director técnico por un delito contra el medio ambiente y otro imprudente de daños derivados de la contaminación de su empresa; tiene especial importancia lo argumentado en su Fº Dº primero: «*El problema que debe resolverse es doble: deberá fundamentarse la posición de garante de esos superiores jerárquicos, y su posible omisión de las actuaciones debidas para controlar el peligro derivado de la actividad industrial que se desarrolla dentro de su ámbito de dominio (es decir, la responsabilidad por omisión); y, en segundo lugar, resolverse el problema de imputación que plantea la actuación por medio de terceros (los operarios) que incluso podrían actuar, como se ha dicho, con al menos dolo eventual, es decir, en otras palabras, debe resolverse en estos supuestos si el principio de autorresponsabilidad puede actuar o no como un posible límite a la imputación a los superiores. La primera de las cuestiones debe estar resuelta legalmente en el art. 11 b) CP. Resulta innegable que los responsables de producción de las empresas contaminantes asumen un compromiso de control de los riesgos para bienes jurídicos que puedan proceder de las personas o cosas que se encuentran bajo su dirección. La posición de garante de aquel que “tiene un dominio efectivo sobre las personas responsables mediante el poder de imponer órdenes de obediencia obligatoria” no puede ser puesta en duda.*

En consecuencia, conocida la situación generadora del deber (el carácter potencialmente contaminante de los residuos tóxicos que producía la factoría no podía resultar ajeno al responsable de producción de la misma, que incluso declaró ser perfectamente consciente de la utilización de elevadas cantidades de TCE en el proceso productivo), la omisión de las medidas que fácilmente podían haber sido puestas en práctica para la correcta eliminación de los residuos, realizada con conocimiento tanto de la propia situación generadora del deber, como de las condiciones que fundamentaban su posición de garante y de

Lo destacado de este modo de imputar una responsabilidad penal es que puede surgir una «reacción» de búsqueda de responsabilidad penal en los superiores jerárquicos u otros directivos con deberes de control o coordinación, aunque aquellos no conociesen ni amparasen el delito, lo que nos vuelve a llevar al problema de la complejidad de los organigramas de los grandes entes empresariales. A todo ello ha de añadirse el altísimo nivel de especialización exigido en algunos trabajos, o el distanciamiento interdepartamental, circunstancias que pueden evidenciar que el superior no ostenta capacitación real para supervisar de forma efectiva determinados trabajos, ni pudo detentar un dominio efectivo del curso causal. Lejos de estos supuestos, como es lógico, se encuentran los casos en los que el mando o directivo desatiende o elude voluntariamente las funciones propias de su cargo ante la posibilidad de que se esté realizando una conducta prohibida, supuestos a los que se propone aplicar la doctrina de la ignorancia deliberada o *willful blindness*¹².

Sobre el segundo frente abierto para solucionar los riesgos de impunidad, el recurso a algunos conceptos de la teoría de la autoría y la participación, reformulándolos, constituyó el método más utilizado hasta la incorporación en el ordenamiento jurídico penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así, no ha sido infrecuente tratar de utilizar la fórmula de la autoría mediata¹³ cuando los directivos se han servido de empleados que detentan el rol de mero «instrumento» ejecutor. En la mayoría de los casos, los empleados no han realizado un injusto típico al existir una situación de desconocimiento, de error, debido a las asimetrías

la posibilidad de realizar la acción debida, determina la comisión como autor por omisión del delito medioambiental del art. 325 CP.»

¹²La doctrina de la ignorancia deliberada (*willful blindness*) tiene origen anglosajón. En el ámbito jurisprudencial español se está incorporando –no sin polémica doctrinal– para supuestos donde el directivo debió actuar ante la conjetura o suposición de que se estaba realizando una conducta típica. *Vid.* RAGUÉS I VALLÉS, R., «La responsabilidad penal del testaferrero en los delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: Problemas de imputación subjetiva», en *Revista para el análisis del Derecho InDret*, 3/2008, p. 15, o FEJOO SÁNCHEZ, B.J.; «La teoría de la ignorancia deliberada en el Derecho Penal: Una peligrosa doctrina jurisprudencial», en *Revista para el análisis del Derecho InDret*, 3/2015, p. 2.

¹³*Cfr.* STS núm. 772/2009 de 3 julio (RJ 2009\6704), que ratifica la condena al administrador único y director general de una sociedad limitada por un delito de estafa procesal en grado de tentativa al falsificar el documento general de saldo y finiquito presentado a una trabajadora a raíz de su despido. Se refleja que dicho documento si había sido falsificado por el administrador de la empresa o por medio de otro sirviéndose como *instrumento*, pero con la evidente finalidad de eludir el pago a la ex empleada. En su Fº Dº quinto, se detallan los presupuestos exigidos para considerar al administrador autor mediato, del que cabe apuntar el *conocimiento del hecho* y la *posición dominante*.

informativas derivadas del hecho de no ejercer funciones directivas o de haberseles ocultado información relevante. En otras ocasiones, se ha estimado la existencia de una causa de no exigibilidad –por ejemplo, el miedo a perder su trabajo como único modo de subsistencia– que ha permitido considerar también al operario un instrumento en manos del directivo. Cabe considerar que, incluso, el Tribunal Supremo alemán, acogió el recurso a la autoría mediata para aquellos casos en los que el trabajador subordinado había actuado con plenitud de capacidad y conocimiento de que lo que estaba realizando, sirviéndose para ello del concepto de «dominio sobre la organización»¹⁴.

En circunstancias parecidas, también se ha adoptado el criterio de la coautoría¹⁵, cuyo fundamento radica en la idea de un reparto de roles consciente y claramente predeterminado para la ejecución de un plan, y que resulta compatible con la realidad que subyace a algunos casos en los que el directivo desempeña un papel principal en la realización del hecho delictivo –lo domina– prestando un apoyo logístico esencial o dando al subordinado instrucciones que resultan trascendentales para la ejecución material. El problema en estos casos radica en la distinción de esta categoría de otras como la inducción, la cooperación necesaria o incluso la complicidad, pues únicamente se exige que la intervención sea calificable como peligrosa e interfiera positivamente en la efectividad del resultado garantizando su producción o aumentando las probabilidades de que el delito se perfeccione¹⁶. Además, sea cual sea

¹⁴A través de este concepto, ROXIN, su creador, explica la aplicación de la autoría mediata a través de la figura de los aparatos de poder organizados en el seno de entes que actúan al margen del Derecho, como los estados dictatoriales. De ese modo, el que exista un autor ejecutor al que pueda atribuírsele una plena responsabilidad no obsta a la existencia de autores mediatos superiores jerárquicamente, pues estos últimos poseen un «dominio sobre la organización». La aplicación de este concepto al ámbito empresarial que ha hecho la jurisprudencia alemana no goza, paradójicamente, de la aceptación del propio ROXIN, como lo pone de manifiesto en su obra «El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata», *REJ-Revista de Estudios de la Justicia*, N.º 7, 2006, p. 21.

¹⁵*Cfr.* STS núm. 520/2008 de 15 de julio (RJ 2008\4285), dictada respecto a un delito contra la Hacienda Pública por, entre otras cosas, reducir la base imponible generada por la venta de parcela, simulando la adquisición de servicios no prestados, y que aplica la teoría del dominio del hecho, o la STS núm. 606/2010 de 25 junio (RJ 2010\7169) relativa al mediático «caso azucarera», donde se ratificó la condena por delito contra la Hacienda Pública europea a los responsables de empresas, por esconder una sobreproducción de azúcar y recibir las compensaciones indebidas por gastos de almacenaje, dejando de abonar las cuotas tributarias correspondientes.

¹⁶MUÑOZ CONDE, a la hora de distinguir la coautoría de la cooperación necesaria, parece apuntar que la solución radica en diferenciar si el mando posee o no cierto «dominio funcional del hecho» y tiene asignada una función bajo un reparto de roles suscrito de común acuerdo, es decir, que pueda darse la

la solución por la que se opte, deben ponerse también de manifiesto las dificultades derivadas de la necesaria concurrencia de dolo o del *animus* de participar en el delito ajeno y la consecuente falta de punición de las conductas imprudentes realizadas tanto a título de autoría como de participación¹⁷, u otro tipo de cuestiones como las denominadas conductas neutrales de puestos especializados dentro del organigrama empresarial.

Junto a las anteriores, otras dificultades derivadas del recurso a las fórmulas de la autoría y la participación, son las que se planteaban en delitos especiales con la intervención del *extraneus* (resueltas en el art. 65.3 del Código Penal), la inducción en cadena, la autoría accesoria, o los difíciles juicios de inferencia requeridos para diagnosticar el *animus* al que antes se hacía referencia.

A pesar de los esfuerzos realizados, ciertos sectores doctrinales y algunos operadores jurídicos apuntaron que limitarse a depurar responsabilidades penales individuales había resultado claramente ineficaz en el contexto de la criminalidad empresarial, por cuanto se podía decir que ésta iba siempre «un paso por delante». Buena prueba era la constatación de que muchas empresas contaban en su plantilla con los conocidos como «directores de banquillo» o «directores de desayuno» (así conocidos en Italia y Alemania, respectivamente) cuya función no era otra que asumir, a cambio de grandes salarios o cantidades por conceptos indemnizatorios, la responsabilidad penal individual derivada de las conductas delictivas de la organización cuando éstas habían sido descubiertas.

Todo ello originó que fuese surgiendo, cada vez con más fuerza, una opinión favorable a la necesidad de aplicar sanciones a las propias empresas como medida de

imputación recíproca, pues todos los individuos conocen el plan a realizar. En ese caso hablaríamos de coautoría. Sin embargo, si su intervención se limita a un apoyo puntual y no incitó a los subordinados a delinquir, podría ser considerado cooperador necesario -MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal Parte General*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 440-441. *Vid.* también, al respecto, la STS núm. 434/2010 de 4 de mayo (RJ 2010\5580), donde se confirma la condena al presidente del consejo de admón. en concepto de autor (por ser quien realiza la acción con ánimo de lucro propio e incorpora a su patrimonio dinero indebidamente apropiado) y a los directores general y financiero como cooperadores necesarios por realizar tareas indispensables para perfeccionar el acto de disposición.

¹⁷DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.; «Posición de garante del *compliance officer* por infracción del deber de control: “una aproximación tópica”», en AAVV/ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (Dirs.); *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia, 2013, pp. 187-188.

prevención¹⁸. La cuestión estaba en qué tipo de sanciones debían aplicarse, si penales o de otra naturaleza. A un lado se situaron quienes mantuvieron, y en buena medida siguen sosteniendo, que únicamente las personas físicas pueden ser sujetos penalmente responsables, adhiriéndose a la tesis de imponer sanciones administrativas a las empresas y de reservar al Derecho Penal el esquema tradicional de aplicación de consecuencias accesorias a las empresas. Los defensores de esta postura inciden, además, en que el problema de este tipo de criminalidad se centra en la carencia de recursos humanos, formación y medios disponibles para combatirla. Por otro lado, un creciente grupo de autores que, influenciados por el derecho anglosajón, se decantan por la incorporación a nuestro ámbito jurídico-penal de la institución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, asumiendo que esta cuestión tiene pleno encaje en nuestra dogmática penal y sosteniendo, además, que constituye el medio más eficaz para prevenir y luchar contra los delitos asociados a la actividad económica y empresarial.

Esta última corriente, que fue cobrando cada vez más fuerza, ha ganado terreno a las posiciones más tradicionales. La responsabilidad penal de la persona jurídica aparece así como un fenómeno imparable como lo pone de manifiesto el hecho de que durante los últimos años se haya producido una incorporación progresiva de este instituto en numerosos países, entre ellos España, que se sumó mediante la aprobación de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, de reforma del Código Penal. De este modo,

¹⁸Esta idea, ha sido objeto de crítica por parte de reconocidos penalistas. En este sentido, GONZÁLEZ RUS señala que los argumentos esenciales ofrecidos para defender la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y que son el escaso efecto preventivo que aparentemente despliega la responsabilidad individual y la dificultad para dilucidar responsabilidades en los contextos corporativos, no son realmente sólidos y no sirven para justificarla. Sobre la supuesta insuficiencia preventiva de la responsabilidad individual, el autor mantiene que lo demandado -socialmente- era, en esencia, una agravación de penas y que, de considerarse necesario «orientar» el castigo hacia el ente, habría sido posible mediante la reforma de las consecuencias accesorias del antiguo art. 129 C.P., lo que no habría implicado la quiebra de ciertas bases dogmáticas de la teoría general del delito. En lo que respecta al argumento de la complejidad en la depuración y atribución de responsabilidades penales individuales en las complejas estructuras empresariales, expone que, precisamente, la jurisprudencia se ha ocupado de dicha tarea sin encontrar grandes barreras y sin que haya puesto de manifiesto una problemática relevante a la hora de responsabilizar penalmente a mandos y directivos; para profundizar *vid.* GONZÁLEZ RUS, J.J.; «La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas» *en* AAVV/ PALMA HERRERA (Dir.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*. Ed. Dykinson, Madrid, 2014, pp. 37-39.

se abría un último frente de batalla de la referida triple ofensiva lanzada contra el crimen corporativo.

Tras la entrada en vigor de la aludida reforma, es un hecho que las personas jurídicas pueden ser declaradas penalmente responsables, por lo que resultaría baladí entrar a discutir sobre algo que ya está plenamente acogido por nuestro ordenamiento jurídico-penal. Sin embargo, se han suscitado una serie de cuestiones muy relevantes que progresivamente han ido evidenciándose a medida que se profundizaba en la discusión y se abandonaba el trazo grueso del debate.

Una de las principales controversias es si la empresa es responsable ante un hecho delictivo cometido por las personas físicas que se encuentran íntimamente ligadas a la misma (modelo de heterorresponsabilidad o responsabilidad penal por hecho ajeno) o si, por el contrario, la empresa, concebida como un ser autónomo y autopoiético, responde penalmente por su deficiente organización (modelo de autorresponsabilidad o responsabilidad penal por hecho propio). Pese a que la reforma legal de 2015 pretendía poner luz sobre la materia, el debate persiste hoy en día y no parece apaciguarse, sino más bien lo contrario, a la vista de las posiciones, nada coincidentes, que parecen acoger tanto la jurisprudencia del nuestro Tribunal Supremo como la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2016.

Optar por una u otra línea debe ir necesariamente acompañado de un soporte argumental socio-jurídico, pero en muchos casos, la cimentación teórica no ha sido verdaderamente contrastada con la realidad ontológica de la sociedad, ni ha venido precedida de un profundo o renovado análisis que explique el comportamiento humano en este tipo de contextos organizados. Por ello, en este trabajo de investigación se analizarán los presupuestos y nociones que sustentan ambas corrientes teniendo en cuenta tanto argumentos jurídicos como sociológicos, para acabar tomando partido por la primera de ambas posiciones (heterorresponsabilidad), que, además, es la que parece respetar con mayor fidelidad el tenor literal del artículo 31 bis de nuestro Código Penal.

Otro interrogante que surgió tras la reforma del Código de 2010 fue el papel de los modelos de prevención de delitos -los célebres *compliance programs*-. Los

compliances, se vinieron adoptando por las empresas con el objeto de exhibir el cumplimiento del debido control y el esfuerzo de la empresa para prevenir o reaccionar ante riesgos o incumplimientos de relevancia penal. Se trataba -y se trata- de mostrar al juzgador que en la empresa se articulaban mecanismos de prevención y control eficaces y adecuados a la idiosincrasia de la propia actividad empresarial. Pero la falta de concreción acerca del contenido exigible a un *compliance* program, el modo de implementar en la empresa elementos de vigilancia y control y, lo que es más importante, la ausencia de claridad del código respecto a los efectos (exoneradores, atenuantes o de otra naturaleza) del *compliance*, originó un período de incertidumbre hasta la reforma del año 2015.

Tras la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015, el legislador reconoce el efecto de eximente del *compliance* e incorpora al articulado sus requisitos esenciales, amén de determinarse con mayor claridad los presupuestos que deben concurrir para desplegar ese efecto liberador de responsabilidad penal a la persona jurídica. Además, esta reforma se ha visto «acompañada» de la Circular 1/2016 *sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por ley orgánica 1/2015 de la Fiscalía General del Estado*, donde se desarrollan criterios interpretativos muy valiosos a la hora de analizar la responsabilidad penal corporativa y los *compliances*.

También esos *compliance programs* serán objeto de estudio a lo largo de estas páginas que pretenden ser, en realidad, un estudio integral sobre el régimen penal de las personas jurídicas surgido tras las reformas de 2010 y 2015. Ello nos llevará al estudio de los elementos necesarios para la atribución de responsabilidad al ente corporativo y que configuran los denominados «hechos de conexión»; los presupuestos que han de concurrir para poder dispensar de responsabilidad penal a la persona jurídica (el *doble régimen de exención*); la *función de compliance* y el papel del *compliance officer* en relación con la responsabilidad criminal corporativa; las circunstancias modificativas y penología para este tipo de organizaciones, etc.

Desde una perspectiva dogmática, entendemos necesario formular una serie de propuestas para una fundamentación de la responsabilidad penal de las personas

jurídicas y el *compliance program penal* al objeto de plantear un *modelo antrópico de responsabilidad penal corporativa* cimentado en el *nuevo institucionalismo de la elección racional* y la *teoría de juegos*. Se trata de teorías que gozan de una actualizada y acreditada validez para el análisis de los procesos de toma de decisiones y comportamientos estratégicos de los individuos cuando interactúan en contextos organizados, por lo que, desde esta investigación se postula su incorporación a los fundamentos dogmáticos de la responsabilidad penal corporativa. No son meras nociones teóricas, puesto que, además, tienen un claro alcance pragmático para la elaboración del *compliance* y, como paradigma de ello, se destaca la acreditada validez para predecir conductas desde un plano estratégico. Igualmente, durante este estudio argumentaremos cómo estas propuestas permiten establecer un valioso *nexo lógico de raíz socio-jurídica* con la algoritmia, el *big data* y la *inteligencia artificial*, campos que vienen asumiendo un protagonismo cada vez mayor.

Como se verá, en la última parte, se analizarán todos aquellos elementos que ha tener un *compliance program penal* para que pueda ser considerado *eficaz* y, por tanto, se posibilite la exoneración de responsabilidad penal a la persona jurídica. Para ello se examinarán cada uno de los requisitos recogidos en el art. 31 bis 5 C.P. y se efectuará un contraste con todo aquello que, al respecto, contempla la Circular 1/2016 FGE. A lo largo de su estudio se recogerán algunas nociones de las propuestas para la fundamentación analítica expuestas en el capítulo precedente, pues coadyuvan de manera determinante a concebir e implementar un *compliance* que realmente satisfaga las exigencias jurídico-penales. Esta es la razón esencial que sustenta postergar la exposición de los seis requisitos del *compliance program penal* previstos en el apartado 5 del artículo 31 bis C.P. a un lugar posterior a la exposición de los planteamientos.

De ese modo, durante el análisis y explicación de los seis requisitos del *compliance*, el lector podrá asimilarlos con «otros ojos», podrá tener en cuenta muchos de los planteamientos y nociones que ya le han sido explicados con carácter previo. Considero que esto facilitará la labor comprensiva por dos razones: 1ª) En los planteamientos recogidos en la parte central del libro se exponen conceptos (como puede ser la autorregulación regulada, accountability, etc.) que ayudan a concebir lo

que es el *compliance*. 2ª) En las propuestas aludidas se integran nociones y metodologías que pueden coadyuvar sobremanera a entender e implementar un *compliance program* penal más eficaz, por lo que algunas de tales nociones son señaladas o se hace referencia a las mismas cuando se explican determinados requisitos.

Finalmente, se estudiará y pondrá de manifiesto algo que subyace y a lo que se va haciendo referencia a lo largo de la investigación: el peligro de privatización que, en el contexto jurídico-penal, puede causar la impronta de los estándares y sistemas de *compliance* normalizados.

CAPÍTULO 2

CORRIENTES DOCTRINALES DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL AL ENTE CORPORATIVO

2. Corrientes doctrinales de atribución de responsabilidad penal al ente corporativo

2.1. Modelo constructivista de autorresponsabilidad empresarial

2.1.1. La teoría de sistemas como fundamento del modelo de autorresponsabilidad penal

El sustrato ideológico del modelo de autorresponsabilidad o responsabilidad de la propia organización radica en una concepción de las organizaciones como entes con autonomía plena y aptitud para autoorganizarse. En virtud de ello, es posible atribuir la responsabilidad sobre un hecho a dicha organización, pues si se produce un acto ilícito en su seno puede ser a causa de un defecto en su propia organización.

Esta idea puede fundamentarse jurídicamente en las tesis de Luhmann¹⁹. Durante la segunda mitad del S. XX, este autor trató de construir una teoría sociológica que diese explicación al comportamiento de la sociedad desde una perspectiva analítica global, incorporando elementos de otras ciencias. Entre sus postulados, destaca que las teorías de sistemas extraídas de la Biología son extrapolables a las estructuras sociales contemporáneas. Es decir, asimila gran parte de los postulados de la Biología empírica de MATURANA y VARELA, quienes construyeron un marco explicativo sobre la organización de los seres vivos y acuñaron el concepto de «autopoiesis»²⁰.

A continuación, se hará una sinopsis de la teoría sistémica de LUHMANN y se contrastará con los postulados de dos autores que tuvieron una influencia determinante en este autor, WEBER y PARSONS. Esa confrontación de teorías tiene una doble función: por un lado, exponer ciertas ideas que influyeron de manera decisiva en

¹⁹LUHMANN, N.; *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Trad. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

²⁰MATURANA, H./ VARELA, F.; *El árbol del conocimiento*, Santiago de Chile, 1984. Por autopoiesis se entiende la capacidad de un sistema para desarrollarse, reproducirse y mantenerse en el tiempo por sí mismo. MATURANA explica de este modo: «*La característica más peculiar del sistema autopoietico es que se levanta por sus propios cordones, y se constituye como distinto del medio circulante por medio de su propia dinámica, de tal manera que ambas cosas son inseparables... El ser y el hacer de una unidad autopoietica son inseparables, y esto constituye su modo específico de organización.*». A este respecto puede reseñarse que el término autopoiesis fue propuesto por estos autores en 1972, quedando recogido en su obra *Autopoiesis y cognición: la realización de lo vivo*, 1973.

LUHMANN, y, por otro, apuntar determinados conceptos fundamentales que serán utilizados en capítulos ulteriores para diferenciarlos de otras teorías más recientes que parecen analizar y explicar de forma más acertada la fenomenología de las organizaciones que la pretérita teoría sistémica.

En primer lugar, es indispensable acudir a la divergencia conceptual acerca de lo que haya de entenderse por *acción social*. A grandes rasgos, las acciones del individuo derivan del conjunto de valores e ideas que se encuentran en su psique; si la acción repercute e influye en el contexto social, hablamos de acción social. LUHMANN concibe la acción postergando la individualidad del sujeto, vaciándolo de significado. La acción se concibe desde un plano autopoietico del sistema social, no como un proceso de asignación de sentido por parte de un sujeto. La estructura de la acción no obedece a la estructura *individuo/conciencia*, sino que se debe a las exigencias de la reproducción autopoietica de los sistemas. De ese modo, no existe acción singular; ninguna acción puede desvincularse de otras, sino que existen entramados de acciones cuyo estudio ha de realizarse siempre bajo la observación del sistema social –ya sea mediante la autoobservación (observación desde el sistema) o desde una observación exterior–. El conjunto de acciones constituye la reproducción autopoietica del sistema social y el sentido de las mismas deviene de otras acciones precedentes. Es decir, cada acción tiene su referencia en el andamiaje de otras previas del mismo sistema (autorreferencia).

Por el contrario, WEBER analiza la relación entre sujeto y sociedad desde una postura individualista (*individualismo metodológico*)²¹, donde a diferencia de la teoría sistémica, el individuo tiene capacidad de decisión y su rol es crucial a la hora de abordar la explicación de los fenómenos sociales. En efecto, para este autor la *acción*

²¹WEBER, M. *Economía y sociedad*, México D.F., 1977. Sobre su definición de acción social: «Por acción social debe entenderse una conducta humana...siempre que el sujeto o sujetos de la acción *enlacen* a ella un sentido subjetivo». Para un análisis de dicha esta definición *vid.* GINER DE SAN JULIÁN, S.; *Teoría Sociológica Clásica*. Ed. Ariel, Madrid, 2001. La definición es individualista en sentido metodológico, porque trata de explicar los fenómenos sociales atendiendo a la racionalidad individual (así como a los deseos, creencias y preferencias de los individuos) que, mediante la interacción social, genera fenómenos sociales agregados a los que se denomina fenómenos emergentes: la interacción de las personas genera el mercado, el Estado o la familia, etc. Esto contrasta con el estructural-funcionalismo y la teoría sistémica donde la acción obedece en todo caso a las determinaciones, normas y valores, del sistema social. Así, mientras que para el individualismo metodológico las «partículas elementales» de la explicación social son las acciones individuales, para el funcionalismo y la teoría de sistemas lo son las normas.

social es un comportamiento humano con arreglo a un sentido, sentido que le da el propio individuo, aunque esté referido a las conductas de otros, pues el entorno orienta su desarrollo. Y en este punto, quiero avanzar que esta diferenciación nutrirá parte de mis críticas al modelo de autorresponsabilidad penal -por partir de presupuestos funcionalistas- frente al modelo vicarial, sobre el cual propongo la integración de elementos de otras teorías, que serán desarrollados en ulteriores epígrafes, para configurar un *modelo antrópico responsabilidad corporativa*.

Por consiguiente, WEBER parte del sujeto como un ser autónomo con facultades para desarrollar su propia personalidad y coadyuvar en el desarrollo de la sociedad de la que forma parte. La acción social de los individuos crea los «sistemas» (las instituciones sociales), que a su vez influyen en la acción individual: el mercado, por poner un ejemplo, es un producto emergente de la interacción de compradores y vendedores; ahora bien, una vez que surge, el mercado influye en la conducta de los individuos. Sin embargo, los «sistemas» no tienen capacidad explicativa por sí mismos, esto es, sin tener en cuenta que son producto de la interacción social. Así, según WEBER: *«Para la sociología la realidad “Estado” no se compone de sus elementos jurídicos o, más precisamente, no deriva de ellos. En todo caso no existe para ella una personalidad colectiva en acción. Cuando habla del “Estado”, de la “nación”, de la “sociedad anónima”, de la “familia”, de un “cuerpo militar” o de cualquier otra formación semejante se refiere únicamente al desarrollo, en una forma determinada, de la acción social de unos cuantos individuos, bien sea real o construida como posible»*²².

Desde esta óptica, existirían cuatro modelos de acción: tradicional, afectiva, racional con arreglo a fines y racional con arreglo a valores. En relación con la materia que nos ocupa, procede exponer los dos últimos tipos: la acción racional con arreglo a valores, donde mediante elecciones racionales se construyen realidades sociales y se establecen principios, normas o valores, y la acción racional con arreglo a fines, por la que un sujeto mediante el razonamiento puede escoger entre distintos campos para satisfacer objetivos culturales (se construyen las ciencias, la administración, el Derecho, etc. Campos que permiten dirigir la acción).

²²*Ibid.* p. 12

En esta idea subyace la imagen del sujeto como un ser estratégico capaz de «jugar sus cartas» para cumplir con ciertos fines sociales. A esto se le conoce como concepción subjetivista, ya que la persona es consciente de sus fines particulares y el individuo tiene capacidad de comprensión, entendida como el sentido que los sujetos les dan a sus acciones.

Por el contrario, para LUHMANN la comprensión no tiene relación con la intención atribuida por un individuo a su actuación, sino que surge del sistema de referencia. De ese modo, el sujeto es incapaz de discernir si su conducta ha ido determinada por él o desde el exterior. Como se ha manifestado con anterioridad, la acción tiene un sustento sistémico, aislado del sentido que a ella pueda darle un individuo. Bajo este prisma, se consideran a los sistemas organizativos que conforman un conjunto social como entes autónomos y se dividen en varias clasificaciones según determinados criterios o matices en la *comunicación*²³, que constituyen el elemento esencial del sistema. Sobre este aspecto, puede decirse que se asimilaron gran parte de los postulados de la corriente *estructural-funcionalista*²⁴, entre los que debe reseñarse el ideal parsoniano de sistema social.

PARSONS se ocupó de construir una teoría de la acción social²⁵. A lo largo de su trayectoria elaboró un marco teórico de la acción en el seno de la sociedad y estudió cómo clasificar o estructurar las relaciones sociales y la propia sociedad en su conjunto, entendida como sistema cultural. La *Teoría sistémica* parsoniana estudia cada sistema

²³FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.; «La normativización del Derecho Penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?», en AAVV/GÓMEZ-JARA DÍEZ (Coord.); *Teoría de sistemas y Derecho Penal: Fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada, 2005, p. 542.

²⁴Esta corriente sociológica fue representada por el pensamiento de autores como HERBERT SPENCER, TALCOTT PARSONS, ROBERT MERTON o el propio NIKLAS LUHMANN. Tuvo su momento de máximo apogeo a finales de la primera mitad del S. XX, pero ha sufrido una rápida decadencia a causa del desarrollo de nuevas teorías más avanzadas de análisis del comportamiento social (individualismo metodológico, nuevo institucionalismo, teorías de elección racional, teorías postmodernistas, etc.). Esta escuela sufrió en su día numerosas críticas entre las que pueden destacarse la falta de fundamento ontológico de sus postulados (la sociedad no tiene necesidades, sino el individuo o el conjunto de ellos); la incapacidad para dar respuesta a movimientos sociales revolucionarios en aras de un supuesto equilibrio de sistemas; la desatención de los fenómenos de las desigualdades económicas y los problemas socio-económicos que generan; la visión poco heurística de las sociedades como seres «orgánicos»; la visión del individuo como un «títere» del sistema, etc. Resulta singular el hecho de que, cuando esta teoría queda abandonada en el contexto académico actual de la Filosofía y la Sociología, se intente «recuperar» por parte de la doctrina penal. Esta circunstancia puede devenir de la influencia que el funcionalismo ha tenido en JAKOBS y éste en la dogmática penal desde finales del siglo XX.

²⁵PARSONS, T.; *La estructura de la acción social*. Madrid, 1968.

social como relación de sujetos incardinados en una jerarquía. Dentro del sistema social, el individuo adquiere un *Estatus* que es el lugar que ocupa en dicho sistema y un *Rol*, que se refiere a las funciones que éste puede realizar. Es decir, para PARSONS el sistema social tiene dos unidades básicas, el *Estatus* –posición en el sistema– y el *Rol* –realización de funciones–, y para mantener el equilibrio en dicha sociedad se requiere del fenómeno de la socialización y del control social, entendidos de manera comunicativa, intersubjetiva. Ese sistema debe permitir al individuo libertad suficiente para actuar y satisfacer sus necesidades, pero debe controlar esas actuaciones dentro de unos límites para evitar comportamientos que potencialmente puedan desmembrar dicho orden social.

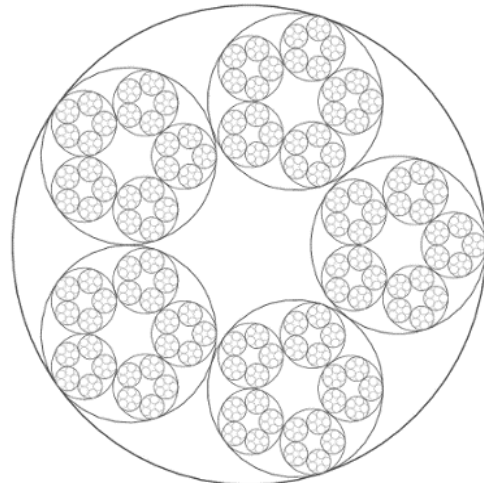
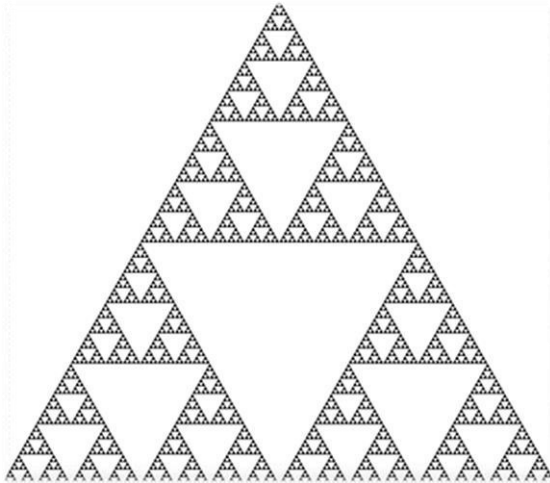
El sistema social se erige como una entidad colectiva con autonomía y unas funciones concretas que lo hacen identificable y adaptable a su entorno. Esa idea de sistema como un todo, que se autodefine y determina las funciones de los individuos que lo componen, es lo que explica la existencia de *roles* y *estatus* preestablecidos, donde el sujeto no es libre y la acción social se encuentra encorsetada por constricciones externas. LUHMANN incorpora a esta concepción el ya referido concepto de autopoiesis, mediante la cual se considera al sistema como un ente dinámico y autoproducente. Además, en su trabajo, altera la perspectiva analítica de la sociedad, que pasa del análisis parsoniano del sistema desde la óptica de la teoría general de la acción y el comportamiento de los sujetos, a la conformación de una teoría del análisis de la sociedad donde el sistema es el eje central de su estudio. Puede decirse que el sistema es la unidad de análisis y los sujetos, como individuos, quedan expulsados como elemento central de observación.

Dentro de la concepción dinámica del sistema, la autopoiesis explica el hecho de que los sistemas sociales detentan las cualidades requeridas para autoobservarse. Además, los elementos autogenerados por el sistema participan en la propia reproducción del sistema (clausura). Los sistemas son autorreferidos porque el sistema crea su propia estructura, elementos que lo componen y poseen códigos que facilitan su distinción de otros sistemas y su entorno. LUHMANN incide en esta última idea destacando que lo que realmente estructura el sistema social, lo autodefine y diferencia de otros son esos códigos que se constituyen como una realidad

comunicativa autónoma. Esos elementos simbólicos-comunicativos son la esencia de la comunicación y la autorreferencia toma forma porque el sistema social crea comunicaciones y las reproduce autopoieticamente (comunicación sobre comunicación). Como ya se apuntó, no considera los sistemas sociales como comunicaciones interindividuales, sino como una realidad comunicativa viva, la única válida a efectos de observar la acción social.

A ese proceso teórico, en el que el sistema social se autorrefiere, se observa a sí mismo y estudia su entorno, se le denomina *reflexión*. El sistema autorreferenciado tiene, no sólo la capacidad de comprender su realidad (autoanálisis) y la de su entorno, sino que puede pactar e interactuar con ese entorno y otros sistemas.

En estos fenómenos el sistema parte de una concepción de la existencia global como recursivo. La *recursividad* implica una concepción de la realidad donde el sistema autorreferenciado reflexiona desde la autoobservación y se relaciona con su entorno o con otros sistemas desde el autoanálisis.



Las dos imágenes precedentes representan el fenómeno de la recursividad en el contexto sistémico. Se observa que cada elemento se conforma por otros más pequeños, configurados por otros aún más pequeños y estos por otros, compuestos a su vez de la misma estructura recursiva.

A medida que las conexiones entre sistemas y entre estos con su entorno se van incrementando cuantitativa y cualitativamente, la dificultad y complejidad en esas relaciones también aumentan. Para simplificar dichas comunicaciones, el propio sistema articula instrumentos comunicativos, herramientas técnico-sistémicas que se estructuran en el ámbito de las ciencias sociales (Sociología, Derecho, Economía, etc.). De ese modo, se reduce la complejidad desde unos referentes y conjeturas que aumentan la confianza en el sistema, pues cada sistema posibilita su existencia y la de los demás desde su propia autodeterminación²⁶.

Desde esta perspectiva, la organización que compone una empresa por erigirse en una estructura autoconstituida y autoorganizada es considerada como un sistema social autopoiético²⁷, *a fortiori* respecto a las grandes empresas o grupos empresariales, pues poseen organigramas altamente desarrollados, interviene un nutrido grupo de individuos y se ordenan de forma compleja.

Y en ese contexto, las comunicaciones que componen el sistema son las decisiones; es un *sistema compuesto por comunicación de decisiones*²⁸ y en su estudio del fenómeno comunicativo no es relevante la voluntad aislada de un individuo, pues se trata de un proceso donde la misma empresa, como organización²⁹, conforma y

²⁶A este fenómeno se le conoce como *interpenetración*. Para lograr un intercambio de comunicaciones más elaborado, los sistemas se cierran (clausura) y asumen la existencia de otros desde la complejidad del propio sistema. Así, cada sistema colabora de manera recíproca en la creación del otro.

²⁷Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.; «Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-05 (2006), pp. 05:3-16.

²⁸LUHMANN, N.; *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, Barcelona, 2005, p. 19.

²⁹Es interesante el análisis de MATURANA sobre el concepto de máquina y como constituye una tipología de *organización*. Apunta que el uso que el hombre dé a esa máquina no es un rasgo de la organización de esta máquina, sino que lo es del dominio en que ella opera (MATURANA/VARELA; *De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: La organización de lo vivo*. Santiago de Chile, 1994, p. 67). En relación con esto, procede apuntar la distinción entre autopoiesis y alopoiesis que defendió LUHMANN. Para este autor la autopoiesis denota autonomía, mientras que la alopoiesis viene a ser heteronomía. En principio, la maquinaria, al resultar sistema inerte, es alopoiética, pues depende de informaciones exógenas y su función es procesar dichos *inputs* hasta la creación del *output*. Por el contrario, el sistema autopoiético se adapta por sí mismo al entorno. En virtud de ello, dado el nivel avanzado de desarrollo tecnológico, no es desafortunado cuestionarse cómo articular dentro de esta teoría los avances excepcionales en inteligencia artificial (IA). La investigación en IA está permitiendo el desarrollo de sistemas capaces de tomar decisiones de forma automática utilizando una gran diversidad de técnicas (sistemas expertos, redes neuronales, algoritmos evolutivos...). Por ejemplo, una empresa de Hong Kong, *Deep Knowledge Ventures*, ha comprado una herramienta de IA que orientará al Consejo de Administración a predecir la magnitud y valor de cualquier inversión en empresas. Otro caso semejante es el de los drones que pueden considerar un objetivo como tal de manera automática. Podría argumentarse que, en cualquier caso, estos

adopta sus propias decisiones. La lógica normativa nace de manera autónoma desde el propio sistema social por lo que, desde esta postura, la cultura del cumplimiento normativo (materializada mediante la firme implementación de programas de cumplimiento o modelos de organización y gestión) deviene directamente de las organizaciones, descartando cualquier papel relevante por parte de los individuos que lo componen, sea cual sea el estatus que tienen o el rol que desempeñan.

Como puede deducirse, esta postura enfatiza un distanciamiento entre decisión del individuo y decisión de la empresa. La empresa adquiere un dominio sobre sí misma y los individuos que componen su plantilla son permutables, por lo que, aunque haya sustitución de empleados, la identidad de la empresa permanece. GÓMEZ-JARA DÍEZ³⁰ lo describe del modo siguiente:

«La condición de miembro, por tanto, va a simbolizar la vinculación entre normas de la organización y normas de pertenencia –que no es otra que la vinculación entre las estructuras del sistema y los límites del sistema–. Así, pese a que continuamente los miembros de la organización vayan cambiando, la organización conserva su identidad».

Es relevante mencionar que LUHMANN fue uno de los pensadores que influyeron de manera decisiva en la configuración de las bases ideológicas de la escuela funcionalista penal alemana, encabezada por ROXIN y desarrollada por JAKOBS, como precursores del funcionalismo moderado y del funcionalismo radical, respectivamente. Se evidencia la íntima relación existente los conceptos del funcionalismo radical de JAKOBS y el modelo de autorresponsabilidad penal. Quizás a ello se deba que en este campo perduren postulados funcionalistas, mientras que, en otros ámbitos, como el

sistemas siempre tienen como base algoritmos desarrollados por seres humanos y al final, el comportamiento de dichos algoritmos dependerá de la implementación que hayan hecho sus creadores. Sin embargo, esos creadores cada vez se encuentran más alejados de la función final que se les dé. Ahonda en esta cuestión el hecho concreto de que se estén obteniendo robots con un nivel de autonomía, aprendizaje y racionalidad en la toma de decisiones tan avanzado que comienza a acercarse al del hombre. Muestra de ello es la superación, por parte del programa informativo *Eugene*, del *Test de Turing* (experimento que permite desvelar si el interlocutor es humano o máquina). *Eugene*, haciéndose pasar por un joven ucraniano de 13 años, logró engañar en un 33 por ciento de las ocasiones.

³⁰GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas», *op. cit.*, p. 05:7.

filosófico, económico o sociológico, el enfoque funcionalista se conciba como una teoría que detento un papel relevante el siglo pasado.

Se ha discutido sobremanera acerca de la mejor o menor adecuación a la realidad social de las nociones de JAKOBS³¹ para responder a los problemas de los delitos cometidos en los entes empresariales complejos. Para este autor, las normas ejercen la función comunicativa en el sistema de organización social. De este modo, se asegura que cada sujeto pueda comportarse e interactuar con otros sujetos, pues todos conocen las expectativas o límites de los comportamientos de los demás. Se garantiza lo que se denomina «expectativas de expectativas»³². Esto genera confianza, elemento esencial en la estabilidad del sistema de relaciones intersubjetivas y garantizadoras de la paz social. Bajo estas consideraciones, se da una relevancia extraordinaria a la norma en detrimento de los valores o bienes jurídicos que estas protegen, pues el sistema jurídico en sí es un valor supremo. Si el sujeto no se desvía de su rol de manera dolosa o imprudente no puede darse el injusto; por el contrario, si éste excedió sus expectativas, si nos encontraremos en un supuesto de error en la comunicación, la sociedad, ante el riesgo de inestabilidad que genera la ruptura de roles y la inseguridad de expectativas, debe actuar. En ese momento se impone una sanción por el comportamiento desde el punto vista comunicativo, como interrelación social. El castigo es resultado de la reafirmación de la organización social articulada por las normas porque, en última instancia, esas normas son el modo de proteger los valores de una sociedad y garantizar la paz social. En definitiva, el injusto es una comunicación defectuosa y el objetivo de la pena no es proteger al bien jurídico lesionado, sino mantener la vigencia de la norma como fuente de garantía del orden social.

Como puede verse, tanto una concepción parsoniana de la teoría de la acción social donde los individuos están sujetos a un rol, esto es desarrollan su conducta bajo constricciones (por ejemplo, *jerarquías* o el *estatus* que ocupan los sujetos), como los fundamentos sistémicos de LUHMANN sobre la regulación de sistemas sociales y su estudio de las expectativas o límites de los comportamientos, constituyen teorías de

³¹JAKOBS, G.; *Sociedad, norma, persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Bogotá, 1996.

³²PERDOMO TORRES, J.F./MONTEALEGRE LYNETT, E.; «Funcionalismo y Normativismo Penal», en *Los desafíos del Derecho penal en el Siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs*. Lima, 2005, p. 30.

análisis de la conducta social que podrían explicar parte de la realidad actual de las sociedades mercantiles. Y, como consecuencia de su influencia en la construcción de JAKOBS, podría defenderse que muchos de los argumentos que sustentan las nociones de este autor resultan válidos para la observación de los comportamientos de los sujetos dentro de ese tipo de corporaciones. Sin embargo, al partir de una visión extremadamente universalista de la teoría de sistemas³³, se construye una metodología de análisis del comportamiento fundada en la hipótesis de que cualquier conjunto social actúa de manera totalmente autónoma.

Esa óptica analítica del sistema como ente autónomo, rehuyendo la influencia que sobre él tiene o puede tener un individuo o un subconjunto de ellos; la concepción del sistema como una estructura subordinada a la función, que la acción del sujeto esté sometida totalmente a esa función en lugar de articular fundamentos que contengan un análisis de la interrelación de ambos elementos, considerando las motivaciones y finalidades autónomas de la decisión del sujeto, son aspectos criticables. Por ejemplo, en el contexto empresarial resulta idílico y poco ajustado a la realidad mantener que todos los sujetos que desarrollan una función son permutables y que actúan sometidos a las normas e intereses de la propia empresa. Al partir de este presupuesto, se está apartando del proceso analítico un conjunto de rasgos, cualidades y facultades inmanentes a la propia condición humana (por ejemplo, el carisma o capacidad de liderazgo, la influencia socio-económica, la formación, estrategias y ambiciones personales, lazos emocionales o enemistades) que hacen que sus decisiones se guíen por estrategias y fines que no responden exclusivamente a las orientaciones y constricciones que supuestamente les impone un sistema social.

³³Para LUHMANN, el comportamiento social debe ser analizado, esencialmente, bajo el prisma del sistema. Este autor describe cuatro sistemas elementales: los organismos, las máquinas, los sistemas psíquicos y los sociales. El propio sistema es concepto elemental de su teoría olvidando las motivaciones individuales de cada sujeto, el sistema psíquico de los individuos se conduce a través de la socialización (en especial a partir de instituciones que se ocupan de reproducir el sistema social, como la educación) y se configura de manera que se integran en él las constricciones sociales y las limitaciones, para que, de ese modo, el individuo actúe con arreglo a la función que el sistema espera de él.

Por otro lado, no parece que se tenga en cuenta lo que se conocen como *consecuencias no intencionadas o no queridas de la acción*³⁴: una organización puede establecer un conjunto de normas para determinar un conjunto de acciones de los individuos y conseguir los efectos contrarios. Por ejemplo, el Gobierno puede subir los impuestos para recaudar más, pero fomentará la evasión fiscal. Una empresa puede establecer normas rigurosas de cumplimiento de horarios y ello generar desánimo entre los trabajadores, causando el efecto contrario.

Sobre esta cuestión, no es equivocado sostener que es el individuo quién focaliza la finalidad de su acción entendida como acto comunicativo, en lugar de concebir a las propias comunicaciones del ente corporativo como una pieza central del mismo, tuteladas por el propio sistema a través de otras comunicaciones precedentes (*comunicación de comunicaciones*). No creo ajustado a la realidad postulados tales como que sean permutables los individuos que forman parte de una persona jurídica, ni que sus decisiones o actos dependan en exclusiva del interés y normas de la propia organización. Si partimos de estos presupuestos, estamos apartando de la observación y análisis un importante elenco de aspectos y cualidades ligados a la conducta humana (p. ej. formación, ambiciones económicas o relativas a ascensos, estrategias, lazos o compromisos personales, etc.) que originan que la conducta no responda a las orientaciones y constricciones que hipotéticamente le impone el sistema constituido formalmente bajo la estructura de una empresa

En síntesis, creo más acertado defender que son las personas físicas quienes dotan de finalidad a la acción. Por supuesto, influenciados por la corporación como ente organizado, pero no es un sistema social semejante a un organismo el que predetermina la función de la acción y se autorregula, sino que son los individuos los que realmente toman las decisiones, elaboran o implementan programas de cumplimiento, etc. en el seno de una organización.

³⁴La cuestión de las consecuencias no queridas de la acción es introducida por la *Ilustración escocesa*, en especial Adam Ferguson y, sobre todo, Adam Smith. Este autor desarrolla la cuestión utilizando la célebre metáfora de la «mano invisible». Las consecuencias no queridas de la acción pueden ser positivas o negativas. Piénsese, por ejemplo, en la famosa «fábula de las abejas» de Mandeville, donde las consecuencias no intencionadas de la acción de cada abeja individual es el bienestar de la colmena; o, dicho de otra forma, la acción individual de las personas puede generar beneficios para el colectivo o perjuicios colectivos.

2.1.2. Autoorganización y responsabilidad penal por hecho propio. Consideraciones críticas

Si partimos de la creencia en las premisas del funcionalismo y su adecuación plena a la realidad, resulta dogmáticamente factible construir una teoría que sustente la responsabilidad del propio sistema social, en particular de las grandes y medianas empresas u otro tipo de entes con una organización compleja. Sin embargo, la validez del funcionalismo estructural de LUHMANN y la teoría de la organización que lo sustenta no sólo no han sido empíricamente demostradas, sino que se han visto superadas por otras teorías desde la propia ciencia social en la que se construyó.

Como iré exponiendo en ulteriores apartados de la presente tesis, existen teorías más recientes que no sólo parecen dar una respuesta mucho más adecuada a la explicación de las conductas y estructuras sociales, sino que, en muchos casos, se encuentran respaldadas por resultados de experimentos y estudios empíricos que pueden constituir una base ontológica sobre la que articularse la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, particularmente, la lógica de los *compliances*. Se trata de unas nociones mantienen la consideración del individuo como el único capaz de realizar una acción penal dominada por su propia psique, por lo que la responsabilidad penal se erige sobre la influencia que el ente corporativo (entendido como conjunto de individuos que se aplican constricciones y actúan estratégicamente) realiza, lo que configura un *modelo de delito corporativo de base antrópica*, erigido sobre la heterorresponsabilidad.

Si, pese a todo, aceptamos las premisas del funcionalismo, el resto de la construcción es, como se ha dicho, jurídicamente posible: al reconocer a la organización empresarial la capacidad para autorreferenciarse y autodeterminarse en el marco de un sistema donde las comunicaciones son los componentes estructurales que conforman esa organización, se está amparando conceptualmente que las empresas gozan de plena libertad y autonomía para organizarse –capacidad de autoorganización³⁵–. La tipicidad objetiva en las organizaciones se incardina en un

³⁵GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La Incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en AAVV/ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN

defecto organizativo y en esta realidad la adopción de los modelos de organización y gestión -los *compliances*- y el contenido de los mismos resultan fundamental.

La idea de empresa como organización autopoietica que se administra y organiza por sí misma ocupa el espacio conceptual relativo a la psique de los individuos. Del mismo modo que el sujeto es un ser autónomo y libre, capaz de conocer y dirigir sus propios actos, condiciones necesarias para poder dilucidar su responsabilidad penal, las empresas, en el contexto del Derecho penal empresarial ostentan de modo análogo unos atributos –sistema autorreferenciado– que justifican que pueda establecerse su responsabilidad penal ante un defecto de organización que supere el nivel de riesgo permitido. El dolo de la persona jurídica es el conocimiento organizativo del riesgo empresarial en su condición de ente autónomo que se dirige y organiza a sí misma.

Por tanto, bajo esta concepción es la propia empresa la que implementa los programas de cumplimiento y quien los aplica para dirigir la actuación de sus trabajadores. Esos sujetos quedan íntegramente sometidos a las directrices de la propia organización, pudiendo ser relevados o sustituidos en cualquier momento, ya que la empresa asigna o suprime libremente la condición de miembro en función de su propia potestad organizativa.

Según los postulados funcionalistas, esta circunstancia evidencia la distancia del sistema –como ente autónomo que se autorrefiere– de los individuos que lo componen y se explica con la existencia de normas de organización y normas de pertenencia. Esas normas están relacionadas entre sí, porque las primeras se refieren a la estructura del sistema y las segundas a los límites del mismo, es decir, a lo que queda dentro y fuera del sistema: son las personas que pertenecen a un sistema u organización las que determinan las normas de ese sistema. Sin embargo, esas normas son estables en la medida en que las estructuras de la organización pueden modificarse, sufrir variaciones

(Dir. s.); *Autorregulación y sanciones*. Valladolid, 2008, p. 273. Esta noción se encarna en la siguiente afirmación del autor: «Es decir, el hecho de que determinadas personas jurídicas alcancen determinado grado de autoorganización, comporta que sea legítimo desde el punto de vista del Derecho penal que se responsabilice a la empresa por las consecuencias que se derivan del ejercicio de su libertad autoorganizativa. En pocas palabras, el primer nivel de análisis de la teoría del delito empresarial es la capacidad de autoorganización de la persona jurídica -funcionalmente equivalente a la capacidad de acción de la persona física-.»

por cambio de individuos, pero los roles en función de los cuales los individuos deben conducirse se mantienen.

Una de las críticas que pueda hacerse a este planteamiento es el siguiente: aunque es cierto que las empresas se dan normas a sí mismas y, en ese sentido, esas normas son autorreferenciales, el concepto de autorreferencia, tal y como se usa en la obra de LUHMANN, puede ser tautológico; está incluido en la definición de norma de organización. Toda institución que se da normas a sí misma se refiere a sí misma, pero esto por sí solo no explica cómo funcionan esas normas, en qué medida se cumple o no la relación estratégica de los individuos con esas normas (es decir, cómo gestionan los individuos sus intereses personales –ascensos o bonus, por ejemplo– en un contexto normativo) o cómo se relacionan esas normas con otras (normas legales, sociales o morales). Por otro lado, tampoco es cierto que una organización –a menos que nos refiramos a la sociedad como un todo, pero ese no es el supuesto que ocupa la controversia jurídico-penal – se imponga a sí misma todas sus normas, pues en muchas ocasiones esas normas vienen impuestas desde fuera³⁶.

En cualquier caso, la doctrina penal afín al funcionalismo y su teoría de la organización autopoietica defiende que la empresa debe ser penalmente responsable por determinados comportamientos donde se evidencie la falta de voluntad de impedir la comisión de conductas delictivas por parte de las personas físicas que integran su plantilla –concepto de *cultura empresarial de cumplimiento de la legalidad* –. Así, cuando una empresa orienta sus políticas y decisiones a establecer una cultura organizativa que respete la vigencia de las normas, está actuando de una manera no reprochable penalmente, mientras que, en caso contrario, podría ser declarada su responsabilidad penal.

La empresa es libre para decidir cómo regularse y, dentro de ese margen de libertad, debe implementar unos modelos de organización y gestión que impidan o,

³⁶Además de las normas que se da a sí misma, una organización está también determinada por normas externas a ella, como las normas legales de carácter imperativo que las empresas tienen que asumir, *compliance requirements* (En contraposición con estas, nos encontramos las normas sobre las que la organización asume voluntariamente un compromiso de cumplimiento, *compliance commitments*). La interacción normativa es una de las cuestiones más importantes para entender la acción social, cuestión que no queda clara ni en el funcionalismo ni en la teoría de sistemas.

cuando menos, dificulten las posibilidades de que los miembros de la organización puedan cometer delitos en su seno. Si la empresa vela por la vigencia de disposiciones eficientes, no realiza el injusto penal que se fundamenta en la propia capacidad de la organización para actuar y transformar la realidad. De este modo, el significado de injusto penal que sustenta esta tesis se basa en una evolución de las ideas funcionalistas de JAKOBS hasta las modernas teorías comunicativas³⁷, más elaboradas, pero que deben partir de la validez de sus postulados esenciales, especialmente en lo que concierne a la teoría de sistemas.

A este respecto, bajo los planteamientos comunicativos de la autorreferencialidad del sistema y su régimen de comunicación de decisiones, se pretende equiparar capacidad de acción humana y capacidad de actuación de la empresa. Si la empresa, en el ejercicio de su libertad de organización, actúa de manera que genera un riesgo que se materializa en resultado lesivo, estaría dándose respuesta al planteamiento normativizado de la imputación objetiva. Si además se evidencia que esa actuación generadora del riesgo quedaba fuera de los márgenes de riesgo permitidos en el desarrollo de las conductas organizativas del ideal de empresa o empresa tipo de ese sector concreto (para lo que habría que analizar si el *compliance* penal no sólo se adecúa a los modelos normalizados o estandarizados sino que atendiendo a la estructura, actividades, procesos, características, etc. de la empresa, se prevén mecanismos adecuados y eficaces para prevenir delitos y riesgos), se respondería afirmativamente al problema de la imputación subjetiva.

Entre las críticas a esta idea de empresa como sujeto capaz de realizar una conducta e injusto propio, merece la pena reseñar la expresadas por PALMA HERRERA³⁸:

«A este respecto, tan respetable y defendible como la posición de quienes sostienen que la persona jurídica tiene capacidad de acción a través de la capacidad de acción de las personas físicas que la gobiernan, debe considerarse la de quienes entendemos que siendo la persona jurídica una construcción absolutamente normativizada, una entequeia sin base natural, su capacidad de intervenir en el mundo a través de comportamientos es igualmente ajena a cualquier realidad ontológica, de

³⁷En esencia, la acción tiene un *significado comunicativo*; es el modo en que el individuo se comporta en el sistema y se interrelaciona –comunicación– en el contexto social.

³⁸PALMA HERRERA, J.M.; «El papel de los Compliance en un modelo vicarial de responsabilidad penal de la persona jurídica», en AAVV/ PALMA HERRERA (Dir.) *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*. Ed. Dykinson, Madrid, 2014, p. 185.

manera que esa capacidad de actuación no sería susceptible de desplegar efectos penales al configurarse el concepto de acción penal -que es el pilar sobre el que se construye el tipo de injusto- como comportamiento humano controlado por la voluntad del sujeto y encuadrable en el tipo penal.»

En principio, no parece discutible el hecho de que una organización adolezca de las cualidades personales del individuo –sobre las que se construyó el principio de culpabilidad–; por lo que, *a priori*, es difícil sostener que en la empresa puedan concurrir los elementos de la culpabilidad por hecho propio. Es decir, sería insólito pretender analizar el grado de discernimiento o madurez psíquica de una empresa para determinar la imputabilidad de la misma. En este mismo sentido, resultaría difícil analizar las motivaciones de la organización y el conocimiento de la antijuridicidad del hecho, pues la empresa, como ente carente de capacidad de interpretación de los sucesos, difícilmente puede asimilar o apreciar los acontecimientos. Por último, y relacionado con lo anterior, no es sensato sostener *strictu sensu* que a la empresa se le pueda exigir o no un comportamiento distinto en función de la apreciación o no de un miedo insuperable o un estado de necesidad exculpante.

Con la finalidad de continuar salvando estos obstáculos dogmáticos, desde el modelo de autorresponsabilidad se realiza un trasvase del fundamento de la culpabilidad del individuo a la nueva culpabilidad de la empresa³⁹. Durante este proceso, dado que resulta imposible respetar los criterios de la teoría general del delito, se realiza una adaptación de la propia noción de culpabilidad a la teoría sistémica de corte funcionalista. El resultado es un concepto de culpabilidad que poco tiene que ver con la culpabilidad individual. Sin embargo, para volver a superar ese inconveniente se realiza *ad hoc* una nueva construcción conceptual, recurriendo a la

³⁹Se han desarrollado diversas nociones acerca de la culpabilidad de la persona jurídica (*por la conciencia especial de la persona jurídica; por el espíritu normativo de la persona jurídica; funcional del órgano; por no evitación de fallos organizativos; por no evitación de influencias criminológicas; por el carácter de empresa; por la conducción empresarial; por la reprochabilidad ético-social, etc.*), para profundizar los matices de este elenco *vid.* PÉREZ ARIAS, J.; «La persona jurídica como sujeto penalmente responsable: un pretendido fundamento sociológico», en AAVV/ PALMA HERRERA (Dir.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*. Ed. Dykinson, Madrid, 2014, pp. 236-257; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.; «Cap. VII. La culpabilidad de la persona jurídica», en BAJO HERNÁNDEZ M./ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J./ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.; *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (2ª Ed.). Ed. Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 153-177.

herramienta del *equivalente funcional*⁴⁰. Mediante este concepto, cuyo origen proviene también de las ideas funcionalistas, se articula un paralelismo entre las premisas de la culpabilidad individual con las de una hipotética culpabilidad empresarial. GÓMEZ-JARA DÍEZ⁴¹, apunta que, desde la perspectiva constructivista de la culpabilidad empresarial, existen tres premisas que se asemejan –por medio de la equivalencia funcional– a los tres presupuestos exigidos para que se dé la culpabilidad individual.

El primer postulado sobre el que se edifica la culpabilidad empresarial se ocupa de la relación entre el sometimiento de todo individuo a la vigencia de la norma y la cultura empresarial como manifestación de respeto por el ordenamiento. Se parte del paradigma de la organización empresarial como un ente que desarrolla el *rol de ciudadano*, es decir, un sistema o subsistema que se somete a otro. La empresa, como un ciudadano, debe mostrar ese respeto por la norma y la implementación en su seno de una *cultura empresarial* que abogue por esta concepción serviría para excluirla de toda culpabilidad. Sin embargo, en relación con este planteamiento, cabe cuestionarse cuándo un hipotético sistema (o subsistema) está realmente sometido a otro⁴² y si, dada la preponderancia de los grupos de grandes corporaciones en el contexto internacional, la visión del subsistema (empresa) sometido al Estado se ajusta a la realidad de los hechos. En muchos casos, se ha demostrado que los grandes ejecutivos y directivos de *lobbies* o multinacionales tutelan, o cuando menos condicionan, la aprobación de normas tanto en las instituciones nacionales como internacionales, por lo que a los cuestionados cimientos de la teoría de sistemas funcionalista hay que incorporar las serias dudas que se plantean sobre este aspecto de la culpabilidad empresarial.

⁴⁰GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial...», *op. cit.*, p. 05:16.

⁴¹*Ibid.* pp. 05:16-20.

⁴²Respecto a la actividad de los grupos de presión o lobbies, su regulación e influencia en la toma de decisiones de los órganos políticos, resulta especialmente interesante el Informe Corporate Europe Observatory (CEO) 2014, de la oficina en Bruselas de la Federación del Sindicato de Comercio de Austria y la oficina en Bruselas de la Cámara de Trabajo de Austria, donde se revela como un problema democrático evidente la presión ejercida que proviene de grupos de representantes de entidades financieras para evitar una mayor y más estricta regulación de sus actividades [corporate.org]. Sobre este aspecto, también puede reseñarse el Informe de la Fundación Alternativas “ZoomPolítico ¿Cómo son los Lobbies en Europa?” 2014.

La segunda premisa sobre la que se construye la culpabilidad de empresa se sustenta en la relación igualitaria entre empresas: todas ellas tienen en común la exigencia de respeto a la legalidad, y en consecuencia pueden actuar dentro de los márgenes de la libre competencia empresarial –jugando con los componentes inherentes a la microeconomía– pero siempre que los riesgos que genere no se extrapolen fuera de su propio contexto empresarial. Se trata de encorsetar la actuación empresarial de modo similar a la exigencia para el individuo de actuar dentro de los parámetros del riesgo permitido. La empresa, en el ejercicio de su autoorganización, no puede permitir que los peligros que genera como organización productiva se trasladen al exterior. Ello se identifica con la institución negativa del *nenimen laedere empresarial*⁴³ y conlleva la asunción de un conjunto de derechos y deberes que, en puridad, hasta la creación de este modelo de autorresponsabilidad, únicamente se atribuía a las personas físicas. Sin embargo, este segundo presupuesto desatiende el hecho constatable de que determinadas multinacionales ostentan una mayor facilidad para influir a través de sus administradores o directivos sobre las autoridades públicas de los países frente a otras empresas que, por una u otra razón, son totalmente ignoradas. Del mismo modo, unas empresas gozan de mayor facilidad para que, a través de las gestiones realizadas por los administradores, puedan desplazar sus sedes o establecimientos hacia lugares donde las exigencias legales (tales como derechos

⁴³Esta concepción de libertad negativa empresarial propia del liberalismo económico procede directamente del ideal político de libertad como «no interferencia» del liberalismo político. Bajo esta concepción, la ciudadanía es libre en la medida en que el Estado no interviene, o interviene en una baja intensidad en sus vidas. De ese modo, se aboga por un adelgazamiento de los órganos de intervención pública. Autores como JEREMY BENTHAM, ISAIAH BERLIN O JOHN STUART MILL son algunos de sus principales defensores. Frente a esta concepción se encuentra la tradición política republicana o Republicanismo, en el que se propugna un modelo de libertad como «no dominación». En el ideal republicano, los ciudadanos son libres cuando no están sujetos a otros poderes particulares y pueden tomar decisiones de manera autónoma. Para ello se hace esencial una intervención activa de la ciudadanía en la vida política y un Estado activo que actúe para evitar situaciones de dominación de los individuos o grupos más poderosos sobre los más débiles. JEAN-JACQUES ROUSSEAU, THOMAS JEFFERSON, QUENTIN SKINNER, PHILIP PETTIT, CASS R. SUNSTEIN, JÜRGEN HABERMAS, WILL KYMLICKA O PHILIP PETTIT son autores proclives a esta ideología; respecto a ello *vid.* GARGARELLA/OVEJERO/MARTÍ; *Nuevas ideas republicanas: Autogobierno y libertad*. Ed. Paidós, Barcelona, 2004. Por otro lado, cabe indicar que existen otras posturas ideológicas situadas más al extremo, como las ideas comunitaristas, que se muestran más cercanas al ideal de ciudadanía «espartano», entendido en el sentido de que los valores comunitarios están por encima de los individuales (*vid.* RASMUSSEN, D.; *Universalism vs. Comunitarism*. Ed. The MIT Press, Cambridge, 1990).

laborales, tributación, etc.) son menos intensas que en otros lugares, lo que evidencia la enorme disparidad existente entre las posibilidades de unas u otras.

Por último, la tercera premisa sobre la que se construye el edificio de la culpabilidad de empresa descansa en la concepción de que las empresas intervienen y poseen capacidad para influir sobre las autoridades y políticas públicas; sobre asuntos públicos, como los procesos de elaboración de normas. Y esa posibilidad de manifestarse con relación a los asuntos públicos le confiere el mismo estatus que a una persona física. Bajo esta premisa, la empresa adquiere el rol de ciudadano, pues interviene en la *producción común de sentido*⁴⁴.

La principal vía de influencia es la del discurso público. El poder de manifestarse a través de los medios de comunicación, dirigirse a la ciudadanía a través de campañas publicitarias o la exteriorización de las directrices recogidas en sus códigos de buen gobierno corporativo o manuales de responsabilidad social corporativa conforman ejemplos respecto a cómo las personas jurídicas pueden participar en la vida pública y coadyuvar en la creación de normas sociales.

Bajo esta concepción, cabe considerar a las empresas como ciudadanos, ya que, aunque carezcan de los derechos políticos fundamentales y libertades públicas propios de un ciudadano (p. ej., libertad de sufragio positivo y negativo o libertad de manifestación), sí se inmiscuyen en lo público a través de los canales de expresión. En consecuencia, el desempeño de ese «rol», esa conducta afín a la del ciudadano, tiene por contrapeso la inclusión de este tipo de entes en el manto de culpabilidad.

Sin embargo, considero que la práctica diaria nos demuestra que quienes realmente influyen en el discurso político-económico de la empresa son individuos, ya sean administradores, consejeros delegados u otro tipo de directivos. Son estos individuos quienes han de decidir respecto a la implementación la implementación de políticas y programas de organización y gestión tendentes a impedir la comisión de delitos *-compliance penal-*.

⁴⁴GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.; «Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial...», *op. cit.*, p. 05:19.

Este aspecto se evidencia con mayor claridad cuando el cambio de una o varias personas físicas –por ejemplo, un consejero ejecutivo– trae consigo una modificación radical en las políticas de empresa, pudiendo hacer crecer exponencialmente sus beneficios o provocar que ésta quiebre en un breve período. En esos casos, la primacía de las decisiones y conductas de los individuos se muestra inapelablemente. Y el propósito real de dichas decisiones puede ser el mantenimiento del propio estatus de poder de ese individuo/s o la consecución de otras ventajas, beneficios particulares⁴⁵ o políticas que no siempre coinciden con la mejor opción para el conjunto de la propia organización. Y todas esas circunstancias inciden nuevamente en el cuestionamiento de la teoría de sistemas sobre la que se asienta este modelo de autorresponsabilidad, pues viene a demostrar que los procesos de toma de decisiones y conductas de los individuos se desvinculan, o pueden desvincularse, de la tutela e interés preponderante de la propia organización. Es más, en determinados casos, puede resultarles extremadamente contraproducente o perjudicial. Por otro lado, sobre la posibilidad de las empresas de inmiscuirse en la normativización de los usos y normas sociales, parece innegable que, en última instancia, son las personas físicas quienes tienen capacidad real de compartir o rechazar el contenido de los discursos empresariales, pues son ellas las deciden, votan y ejecutan las políticas y procedimientos de la empresa -que pueden derivar en actos de relevancia penal- y, sobre todo, son esas personas físicas las que ostentan los derechos políticos fundamentales por su condición ciudadanos.

Sobre esta cuestión, tampoco parece desafortunado apreciar algunas incoherencias entre quienes propugnan la total vigencia del concepto de culpabilidad para la persona física al mismo tiempo que las tesis funcionalistas que sustentan el modelo de autorresponsabilidad empresarial. Si consideran a la empresa como un

⁴⁵Casos como los protagonizados por algunos conocidos empresarios en nuestro país son una clara evidencia de que los individuos tiene capacidad para orientar sus decisiones de manera que se atente directamente contra el propio interés de la organización, pudiendo incluso causarle «lesiones» o perjuicios (ya sean estrictamente económicos y/o reputacionales) que puedan poner en riesgo de «muerte» a la propia organización. También merece la pena destacar el conjunto de escándalos que han surgido en relación con la gestión realizada por los administradores de la extinta Caja Madrid (compra del Banco de Florida, uso de tarjetas «black», etc.) que han podido provocar o acelerar la propia destrucción de la organización. Otros supuestos reseñables son los protagonizados por sujetos como Gerardo Díaz (Caso Marsans), Jenaro García (Caso Gowex).

sistema subordinado a la función, donde las conductas de los individuos sufren las constricciones del propio sistema y es éste el que realmente dirige las acciones de los individuos, estos últimos difícilmente podrían tener capacidad real para tomar decisiones de manera totalmente conscientes y/o voluntarias o, en su caso, no procedería exigírseles otra conducta.

Entre estos interrogantes, cabe anticipar una cuestión acerca de la consideración del oficial de cumplimiento u órgano con la *función de compliance*⁴⁶: si uno o varios individuos pueden detentar un rol tan relevante en la organización y se les presupone una verdadera capacidad para intervenir e influir en materia de cumplimiento normativo, si el Estado -a través del legislativo- desea situar estratégicamente en el seno de las personas jurídicas a con importantes funciones que devienen de la autorregulación regulada⁴⁷, ¿no evidencia esto la propia concepción del individuo con auténtica capacidad decisoria o de influencia real y correctora sobre el ente?

Las disyuntivas que se presentan al defender el modelo de autorresponsabilidad son numerosas. A las ya manifestadas, pueden añadirse las siguientes: ¿Cuándo nos encontramos ante un sistema autorreferencial? ¿Sólo por el hecho de constituir una persona jurídica, se crea un sistema autorreferencial? Podría considerarse que en puridad –pues la teoría sociológica de sistemas no postula que son personas jurídicas válidamente constituidas– existe un sistema mayor que determina la creación de esa empresa, pero entonces el sujeto a imputar debería ser el sistema mayor, y así sucesivamente⁴⁸.

⁴⁶Vid. *infra* pp. 151-181.

⁴⁷Vid. *infra* pp. 208-218.

⁴⁸Por ejemplo, imaginemos una pequeña población costera del sur de España donde hipotéticamente un significativo grupo de personas de una barriada se dedica al tráfico de drogas y la economía sumergida es acogida por casi todo ese colectivo. Dicho colectivo comienza a constituir sociedades para blanquear los beneficios y obstaculizar las investigaciones. Al margen de la distinción que en el ámbito del derecho penal positivo realiza nuestro código penal sobre las consecuencias de los entes instrumentales creados para comisión de delitos previsto en el artículo 129 C.P., debemos cuestionarnos lo siguiente:

Si partimos de las ideas funcionalistas, el sistema estaría realmente constituido por el núcleo poblacional y/o por el barrio concreto, no por las pequeñas empresas creadas como instrumentos para delinquir –son ficticias y constituyen un mero elemento sin contenido material o funcional pues no están realmente compuestas por individuos–. Por tanto, desde el punto de vista dogmático la responsabilidad penal ha de ser atribuible dicho sector poblacional como ente, pues responde a la estructura sistémica que surge, se autoorganiza e influencia de manera autónoma a individuos permutables para la comisión de hechos

Cabe destacar, por tanto, la debilidad argumental que, a mi juicio, sustenta la concepción de la culpabilidad para el modelo de autorresponsabilidad. En virtud del sistema secuencial establecido en la teoría general del delito, al partir de la ausencia de capacidad de acción de las personas jurídicas deberíamos dar por sentado que nunca puede existir culpabilidad en dichas entidades. Sin embargo, si partiésemos de la hipótesis contraria y debiéramos avanzar en sus elementos para detenernos a estudiar si concurre o no la culpabilidad, cabría expresar que, para la mayoría de autores adheridos al modelo de autorresponsabilidad, la representación conceptual de que las empresas –como tales– pueden intervenir en lo público y detentar un papel asimilable al ciudadano coadyuvando a la producción común de sentido es una falacia.

En síntesis, un arquetipo de responsabilidad penal por hecho propio de la persona jurídica, donde capacidad de acción de individuo se traduce en capacidad de autoorganización de la empresa, el dolo es su conocimiento organizativo y voluntad de control de riesgos de relevancia penal y donde la culpabilidad se configura como un compromiso de la organización por la cultura del cumplimiento normativo, no me resulta convincente. En esta opinión, no resulta determinante la creación o adaptación de los conceptos de acción, injusto, culpabilidad, etc. a la persona jurídica, pues el procedimiento de elaboración de los mismos puede ser impecable y estar dotado de una estructura lógica. La problemática creo que esa construcción no responde a la

delictivos. ¿Ha sido un sistema social conformado en la barriada el que ha fomentado la cultura del incumplimiento o realmente, en última instancia son las personas físicas las que han individualmente - aunque influidas en cierta manera por el entorno- ha conformado la cultura del incumplimiento de la legalidad? ¿Qué o quién ha determinado cooperar y configurar una red de blanqueo de capitales? Los postulados funcionalistas no parecen dar una respuesta fiel a la realidad de los hechos. Un caso real con grandes semejanzas al planteado es la «macrocausa» por blanqueo de capitales del barrio de San Lázaro (Plasencia), cuyo inicio de sesiones del Juicio Oral se iniciaron a mediados de octubre 2017. Se trata del juicio por blanqueo con más acusados de la historia de España pues se juzgaron nada más y nada menos que a ciento diecisiete personas de etnia gitana por formar parte de un entramado perfectamente organizado. Este numerosísimo grupo se había configurado siguiendo una estructura piramidal, donde cada sujeto tenía claramente sus funciones y responsabilidades. El objetivo era introducir en el circuito financiero dinero proveniente del tráfico de drogas. Se estima que la organización blanqueó aproximadamente 13 millones de euros durante un período de diez años a través de operaciones financieras como depósitos o imposiciones a plazos que luego cancelaban. Otros ejemplos parecidos son los acaecidos en pequeñas poblaciones italianas donde la actividad mafiosa confluye con empresas, sectores de la sociedad o casi la globalidad del sustrato social (San Luca: cuya actividad socioeconómica estuvo dominada por la *'Ndrangheta*; Ostia: distrito de Roma intervenido judicialmente a causa de la actividad de la *Magliana*).

realidad sociológica por lo que yerra desde su base argumental, por tanto, no resulta válida.

Gran parte de la crítica de la autorresponsabilidad se centra en la teoría sociológica que le da soporte, el funcionalismo, donde son los sistemas, y no los individuos que los componen, los que gozan de plena autonomía en su proceder. Como señalé, en otros ámbitos de las ciencias sociales esta teoría quedó relegada a un segundo plano por la demostrada incompatibilidad de sus postulados con los evidenciados patrones de conducta de los individuos, la errónea percepción de la naturaleza y dinámica de la sociedad en que se encuentran, y su incapacidad para explicar el proceso de toma de decisiones libres por parte de los ciudadanos. Y por ello, gran parte de la presente tesis doctoral, la dedico a exponer propuestas teóricas para la fundamentación de la responsabilidad de los entes corporativos -desde el modelo vicarial-. Propuestas que, aunque sean nuevas para la ciencia ámbito penal, las estimo totalmente aptas y convenientes pues gozan de unos principios y metodología que se ha demostrado que analizan de manera mucho más precisa la conducta de los individuos en el contexto organizativo ⁴⁹.

Pese a todo, en los últimos años parte de la doctrina penal parece estar asimilando los presupuestos del antiguo funcionalismo -basados en unas conjeturas e hipótesis en desuso desde hace décadas en el propio campo donde fue estudiada, la sociología- y, como consecuencia, la responsabilidad penal de la persona jurídica construida sobre el concepto de culpabilidad de empresa con base constructivista; a modo de paradigma, GÓMEZ-JARA DÍEZ⁵⁰ apunta lo siguiente:

«El motivo de optar por el constructivismo operativo propio de la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos reside en que -a nuestro juicio- proporciona la descripción más precisa y coherente del fenómeno social en su totalidad»

Resulta llamativo que en el contexto dogmático penal se haga uso de los postulados de la teoría de sistemas, abandonados de manera casi unánime -por la

⁴⁹Vid. *infra* pp. 203-255.

⁵⁰GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.; «Cap. VII. La culpabilidad de la persona jurídica», en BAJO HERNÁNDEZ, M./ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J./CÓMEZ-JARA DÍEZ, C.; *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (2ª Ed.). Ed. Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 171.

ciencia que la vio nacer y la analizó-, la Sociología. Si un modelo de estudio y análisis de la conducta se evidencia ineficaz y carente de base ontológica en el propio ámbito que se ocupa específicamente de su estudio, ¿por qué se trae al contexto del Derecho Penal? Este extremo resulta extraordinariamente llamativo. La explicación a este acontecimiento podría radicar en que, en cierto momento -aquel en que la teoría de sistemas gozó de cierto auge-, grandes penalistas (JAKOBS, por ejemplo) se vieron intensamente influenciados por LUHMANN y otros precursores de la teoría; esta influencia se comunicó a diversos autores del ámbito Penal, pero obviando que esos postulados ya estaban siendo intensamente rebatidos, provocando que, finalmente, la concepción sistémica quedase relegada a un plano meramente anecdótico en la Sociología.

Puede afirmarse que actualmente la Sociología concibe al constructivismo como una teoría que tuvo su «momento de gloria» en el siglo pasado, pero que se ha demostrado totalmente inválida e ineficaz para analizar y explicar la conducta de los individuos cuando interactúan en organizaciones.

Por esta razón, a lo largo de la presente investigación y, en particular, en el capítulo cuarto, me ocupo de señalar determinados postulados y desarrollar teorías contemporáneas para el análisis de esta cuestión (teorías como *el nuevo institucionalismo de la elección racional*, *teoría de juegos*, etc.) y propongo su incorporación decidida en el Derecho Penal. Como se verá, se trata de ideas que gozan de acreditada validez científica y que se centran en el individuo como elemento central de estudio (respetando la concepción del individuo como el único ser autónomo con capacidad decisoria y consciencia propia, lo que se alinea con los postulados recogidos en el modelo de heteroresponsabilidad, pero que dedican una parte importante del análisis de la interacción entre los individuos y las influencias de las organizaciones en que se encuentran (aspecto -la influencia de la organización basada en el *nuevo institucionalismo de la elección racional*- en que fundaré la posibilidad de atribuir responsabilidad penal al ente corporativo y la subsiguiente imposición de una pena).

Considero que trasladar los procesos conscientes del ser humano y su capacidad de acción real en el mundo a una hipotética autorreferencialidad de un sistema cuyas

actuaciones siempre van a depender de individuos y que además devienen eficaces sólo en determinados campos, no parece ser un planteamiento que dé respuesta a los numerosos problemas lógicos que esta opción plantea. Más aún, quizás este planteamiento como forma de justificar la implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas hasta conculque los principios más esenciales del funcionalismo y resulte contradictorio en sí mismo: si son realmente los individuos los que constituyen una organización o la usan en beneficio propio, se propugna la autonomía en la decisión de los individuos y se está desmontando en el propio razonamiento el presupuesto de que es la organización, como tal, la que se autoorganiza y controla las decisiones de sus miembros. Cuando al discurrir por las razones político-criminales que tratan de encontrar respuestas a los fenómenos de los delitos empresariales se parte de la mera sospecha de que son los individuos los que están utilizando a las sociedades mercantiles en beneficio propio, se produce *ab initio* una quiebra de los presupuestos del funcionalismo y de la teoría autopoietica de las organizaciones.

2.2. Heterorresponsabilidad: punto de partida para una propuesta de *modelo antrópico de responsabilidad penal corporativa*

El modelo de heterorresponsabilidad o de responsabilidad por hecho ajeno, también conocido como vicarial, se nutre una mayor parte de los sólidos postulados de la tradicional teoría general del delito cuyo punto de partida es que, únicamente la persona física cuenta con una verdadera capacidad de acción relevante desde el punto de vista penal, y sólo sobre esta puede determinarse la culpabilidad por la realización de un hecho típico. Los seres humanos son los únicos que cuentan con plena capacidad intelectual y tienen conciencia de sí mismos y de su entorno, por lo que sólo ellos pueden tomar decisiones libres y orientar sus conductas en función de las mismas.

Los partidarios de esta concepción de atribución de responsabilidad conciben a la acción penal como aquella realizada por la persona física y se mantiene que todo hecho delictivo es siempre producto de un comportamiento humano controlado por la voluntad de un sujeto capaz y encuadrable en un tipo penal. Se trata de una de las premisas esenciales que han sustentado la clásica teoría del delito. De este modo, se emplea el conjunto de presupuestos y elementos utilizados en el Derecho Penal, sin necesidad de acoger postulados que hayan sido cuestionados o sobre cuya validez o vigencia se discuta.

De acuerdo con este planteamiento, los entes corporativos son incapaces de acción penal, puesto que no pueden realizar conductas de una manera voluntaria y consciente. Esto no significa que las personas jurídicas no puedan formalizar actos jurídicamente válidos, sino que implica lo siguiente:

1) No deben considerarse adecuados para atribuir de un modo directo la responsabilidad penal a una empresa, porque se trata de actos que sólo despliegan efectos en otros ámbitos (administrativo, laboral, tributario, mercantil...).

2) Se trata de actos que, en última instancia, siempre serán concebidos y ejecutados materialmente por una o varias personas físicas. Por ello, aunque la propia configuración de la sociedad o el tipo de actos celebrados por la misma sean relevantes a la hora de generar una eventual responsabilidad sólo las personas físicas que realmente los llevan a cabo son titulares efectivos de la conducta que origina reproche penal.

Desde esta óptica, la toma de decisiones de las personas se conforma como resultado de su propio discurso mental, por las influencias y constricciones de determinados individuos de su entorno, así como del contexto social o sistema en el que se encuentran. Pero no son los sistemas los que autónomamente instan, a través de actos comunicativos, a que ellos mismos o los individuos que supuestamente los componen tomen una elección determinada e intervengan de un modo concreto.

Se defiende, pues, la atribución de responsabilidad penal a una persona jurídica con base en el actuar del individuo tras la verificación de que concurren los

presupuestos previstos en el denominado «hecho de conexión», pero no la fundada en una hipotética condición del propio ente como ser autónomo, pues la construcción erigida sobre la conducta de la persona física se ajusta con mayor rigor a la realidad sociológica y cuenta con un respaldo dogmático más convincente. Como podrá observarse, resulta significativo que los principales países⁵¹ que han asumido la responsabilidad penal del ente corporativo, lo han hecho erigiéndola sobre los fundamentos de la responsabilidad por hecho ajeno.

Entre el nutrido grupo de autores que de una manera más terminante propugnan este modelo de atribución de responsabilidad se encuentra BACIGALUPO SAGESSE⁵², autora que incide en la importancia del «hecho de conexión»⁵³ para que pueda darse la responsabilidad penal de la persona jurídica. Mediante este concepto se revela, en el ámbito jurídico-penal, que toda responsabilidad penal de una empresa tiene su origen y deviene directamente de las intervenciones en el mundo de la/s personas físicas. Es decir, la acción penal del individuo y la responsabilidad penal de la persona jurídica están indisolublemente vinculadas, y la segunda no puede darse sin la primera. MIR PUIG⁵⁴ es otro de los autores que insisten en que, tras la responsabilidad de una persona física, siempre se halla la intervención del individuo o individuos que intervienen por cuenta de esta.

⁵¹*Vid. infra* pp. 74-84. Entre este grupo de países, se señalarán a EE.UU., Reino Unido o Francia. Los primeros transfieren la responsabilidad del individuo hacia el ente sobre el origen de la noción «doctrine of identification» de origen británico que puede resumirse con la idea de que cuando un individuo con capacidad decisoria en la organización ha de entenderse que lo comente el propio ente. Como se puede observar, la idea tiene su paralelismo en el Derecho francés mediante la concepción de responsabilidad «por espejo».

⁵²BACIGALUPO SAGESSE, S.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Buenos Aires, 2001.

⁵³Sin perjuicio del pormenorizado análisis que se realizará más adelante, es oportuno reseñar el tratamiento del «hecho de conexión» que realiza ZUGALDÍA ESPINAR, quien explica que el modelo de atribución de la responsabilidad penal por medio de este concepto requiere de la concurrencia de tres supuestos: 1) El/los individuo/s que cometieron el ilícito penal tenían que haber intervenido según las funciones y responsabilidades preestablecidas en los estatutos o normativa mercantil. 2) El papel desarrollado por la persona física debe encuadrarse bajo el perfil de actuación de la persona jurídica. 3) La persona física debe de intervenir en representación e interés de la propia empresa jurídica. En ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.; «Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica», *Cuadernos de Política Criminal* n° 81, 2003, p. 543.

⁵⁴MIR PUIG, S.; «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004, núm. 06-015, p.01:2-01:17. Otros autores que respaldan la tesis de que toda intervención de una persona jurídica deviene de las conductas de las personas físicas son GRACIA MARTÍN, LUZÓN PEÑA, GUARDIOLA LAGO, PALMA HERRERA, etc.

En decir, no son escasos los autores ni frágiles los argumentos que propugnan la conveniencia del modelo de heterorresponsabilidad. Con todo, una visión tradicional de este modelo, más allá de las cuestiones de índole dogmático-jurídica que se han analizado, presenta también dificultades desde la perspectiva de la dinámica de funcionamiento y toma de decisiones en los entes corporativos organizados. Particularmente, en lo relativo a la debilidad a la hora de analizar las influencias en los procesos de toma de las decisiones y las conductas en organizaciones, por lo que considero adecuado no aparcar ciertos aspectos teóricos ya mencionados, sino retornarlos e injertar conceptos o herramientas de análisis que utilizan con éxito otras disciplinas. Incluso existen determinados aspectos de las corrientes funcionalistas que, matizados, también podrían ser tenidos en cuenta. Así, como expondré en el capítulo cuarto de este trabajo, cuando aborde los fundamentos y propuestas sobre *el nuevo institucionalismo de la elección racional* o la *teoría de juegos*, la concepción de la propia institución u organización como un contexto no autopoiético, creado y dirigido por los individuos que la componen, que influye en cierta manera sobre las conductas de los individuos que la componen, es un elemento transcendental que debe ser tomado en consideración en todo momento y que, precisamente, configura la base explicativa y analítica para posibilitar que pueda hacerse penalmente responsable a la empresa ante un delito corporativo. Es decir, se defenderá una noción de la responsabilidad penal de la persona jurídica desde una perspectiva antrópica, donde el ente no es, verdaderamente, una entidad con autonomía propia, sino que está conformado por las constricciones y procedimientos creados por los propios individuos de la organización. La persona jurídica no tiene capacidad de cometer un injusto o de culpabilidad y se le atribuye la responsabilidad por transferencia, previo análisis de las constricciones y procedimientos existentes en el seno de la organización⁵⁵.

Por ello, partiré de una concepción vicarial de la responsabilidad penal de la persona jurídica, para tratar de integrarla con las referidas teorías y métodos analíticos

⁵⁵El ente se concibe como posible destinatario de la responsabilidad penal por la «visibilidad» que detenta en virtud de las constricciones y los propios individuos que las crean y aplican. De este modo, ante la comisión delictiva por parte de un individuo, si se observa la ausencia de constricciones y procedimientos tendentes a impedir delitos, se aprecia un déficit organizativo, aspecto implícito en el «hecho de conexión», lo que puede implicar la trasmisión de responsabilidad penal a la persona jurídica.

de acreditada validez y, de ese modo, dotarla de una mayor solvencia teórico-práctica. Trataré de incorporar conceptos que esclarezcan la lógica de los procesos de toma de decisiones en el contexto de las organizaciones y que expliquen cómo se ven afectados por las influencias y constricciones. Asimismo, desarrollaré el fundamento teórico que tienen en consideración el juego de actuaciones entre individuo-institución y que releva cuestiones como la importancia que tiene para el Estado contar con sujetos que velen por la prevención de riesgos y delitos en el seno de las empresas (el órgano con la *función de compliance o compliance officer*). Todo ello, con el objetivo último de que puedan ser tenidos en cuenta en el estudio para la elaboración del *compliance program penal*, dando así lugar a unos modelos de organización más eficaces.

2.3. Estado del arte en España⁵⁶

La incorporación de la institución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el año 2010 y la posterior reforma originada por la Ley Orgánica 1/2015, no sólo han reavivado el debate dogmático acerca del modelo de atribución de responsabilidad penal, sino que se ha provocado que se haya extendido al contexto jurisprudencial. En esta tesitura, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y la Fiscalía General del Estado, a través de su *Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por ley orgánica 1/2015*, también han contribuido a encender este debate.

Considero importante transmitir que no se trata de una mera discusión ensimismada, de una cuestión circunscrita al plano teórico que se desarrolla en los sótanos de la edificación dogmático-penal y que carece de cualquier relevancia a la

⁵⁶La Real Academia Española y la Asociación de Academias de la Lengua Española recomiendan, a través del *Diccionario panhispánico de dudas*, huir de términos de construcción anglosajona. *Estado del arte* deviene de la traducción de *state of the art* que, en español, tiene su más correcta traslación en *estado de la cuestión o situación actual*. No obstante, he considerado apropiado tomarme la licencia de utilizar esta terminología como simple guiño a la influencia que, en toda la materia desarrollada en la obra, existe del contexto anglosajón (sin que, por supuesto, ello suponga la aceptación incondicional a la asimilación de cualquier término que provenga de ese entorno).

hora de dilucidar la responsabilidad penal del ente. Como se analizará, asumir un determinado modelo de fundamentación que explique por qué ha de imponerse la pena al ente corporativo tiene evidentes consecuencias prácticas. Uno de estos extremos es que, optar por uno u otro modelo, tendrá que determinar algo tan relevante como señalar en determinados aspectos sobre quién, la acusación o la defensa, recae la carga de la prueba, así como la propia naturaleza del compliance penal.

Por tanto, puede afirmarse que la discusión que subsiste en nuestro contexto jurídico-penal (y de la que forman parte: doctrina, jueces y magistrados y resto de operadores jurídicos) resulta transcendental por dos razones. La primera, y quizás la más palpable, es la que concierne a las repercusiones prácticas y procesales que puedan derivarse a la hora de señalar un modelo. La segunda, que se mantiene confinada en un plano teórico, es aquella consistente en la necesidad de identificar un modelo sobre el cual se está imponiendo una pena al ente corporativo, nada más y nada menos.

En puridad, se trata de conocer, *per se*, la fundamentación que justifica la atribución de una responsabilidad penal a la persona jurídica o, dicho de un modo más coloquial: para imponer unas consecuencias debemos conocer los argumentos o razones que expliquen por qué tienen que imponerse. Por ello, considero totalmente erróneo sostener que no es necesario prestar una especial atención a la cuestión del modelo atribución de responsabilidad penal corporativa con el pretexto de que se trata de algo que no tiene especial repercusión en el ámbito del derecho positivo o que no se traduce en consecuencias prácticas (consideración que, además, ya se ha advertido que resulta errónea). Si se incurre en esta reflexión, dejamos de exigir una lógica a la configuración⁵⁷ del modelo de responsabilidad penal corporativa y podemos acabar simplificando la cuestión sobremanera.

⁵⁷Es pertinente recordar que, las propuestas para la configuración de un *modelo de responsabilidad penal corporativa de base antrópica* (elaborado sobre la base del modelo de heteroresponsabilidad, que relega del modelo constructivista, concibe al individuo como único ente con capacidad de acción penal y que respeta las consideraciones sobre el «hecho de conexión»), son desarrolladas a lo largo del capítulo cuarto de la presente tesis doctoral.

Por lo tanto, creo oportuno sintetizar aquellos argumentos existentes respecto a la consideración de que nuestro ordenamiento jurídico-penal opta por un modelo de autorresponsabilidad y aquellos que, en cambio, vienen a propugnar que se inclina por un modelo de heterorresponsabilidad. En este contexto, expondré la posición que parece adoptar la Fiscalía General del Estado y señalaré los pronunciamientos judiciales más relevantes -pues todo apunta a que la jurisprudencia detenta y desarrollará un papel fundamental en orden a perfilar la fundamentación del delito corporativo-. En el siguiente epígrafe, abordaré que posiciones han adoptado otros ordenamientos jurídicos, tras lo cual, podremos profundizar en todos aquellos aspectos más centrados en materia de derecho positivo, extremos que se desarrollaran en el capítulo siguiente.

Nuestro ordenamiento jurídico-penal prevé que los entes con personalidad jurídica propia responderán penalmente cuando concurran una serie de circunstancias -que, como se ha expuesto, se analizarán pormenorizadamente en el próximo capítulo- ; pues bien, estas circunstancias que deben darse y que se concretan en el apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal tienen un denominador común: la necesidad de que un individuo de los que componen la persona jurídica sea el sujeto activo de alguno de los delitos para los que se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es decir, para poder declarar penalmente responsable a un ente corporativo es necesario que una persona física haya incurrido en una conducta delictiva. Bajo esta premisa, y con sustento en las teorías desarrolladas a lo largo de los epígrafes anteriores, puede concebirse que este precepto viene a formalizar un modelo de responsabilidad por hecho ajeno o de heterorresponsabilidad -en virtud del necesario actuar delictivo del individuo- o, en cambio, puede mantenerse que el ente corporativo responde penalmente por un hecho propio -su defecto de organización-. Del Rosal Blasco⁵⁸ señala esta particular relación de dependencia con las siguientes palabras:

«... Al margen de cuál sea la posición que se mantenga sobre el criterio elegido por nuestro CP para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, es incuestionable que el art. 31 bis, núm. 1, apartados a) y b), vincula dicha responsabilidad a la realización de un hecho delictivo por parte de unas determinadas personas físicas individuales que están vinculadas a la persona jurídica (el llamado

⁵⁸DEL ROSAL BLASCO, B.; «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención», en AAVV/MORILLAS CUEVA (Dir.); *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Ed. Dykinson, Madrid, 2015, pp. 87-88.

hecho de conexión), ya lo sea porque son sus representantes legales o porque, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o porque ostentan facultades de organización y control dentro de la misma (los que hemos llamado, delitos de directivos), ya lo sea porque están sometidos a la autoridad de las anteriores y han podido realizar los hechos delictivos por haberse incumplido, gravemente, sobre ellos, los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad (los que hemos llamado, delitos de empleados).»

Desde una óptica alineada con la defensa de que el Código se adhiere al modelo de autorresponsabilidad, se arguye que nuestro ordenamiento ampara unos conceptos de acción y culpabilidad propios para la persona jurídica. Bajo esta concepción, el delito de la persona física se limita a constituir una mera premisa para abordar la responsabilidad propia de la persona jurídica.

Como se ha explicado en páginas precedentes, con base en una construcción normativa, la conducta de la persona jurídica se encarna en su propia capacidad para autoorganizarse por lo que la tipicidad objetiva se evidencia mediante el aludido defecto de organización⁵⁹ y, en este contexto, la subjetiva se infiere del conocimiento que el ente posee acerca del riesgo empresarial (para lo que se acudiría a criterios como los estándares, prácticas habituales y normas aplicables del sector o actividad que desarrolle la persona jurídica). Se concibe pues el injusto propio⁶⁰ del ente como un defecto organizativo que supera los niveles de riesgo que han de ser permitidos a la persona jurídica. Por otro lado, la culpabilidad⁶¹, a través de una elaboración normativa tendente a equiparar a la empresa con el ciudadano -individuo-, se entiende como la cultura acerca del cumplimiento normativo que impregna la organización, por lo que una actuación culpable será aquella en la que el ente desatiende este extremo y se mantiene infiel a la obediencia de las normas. GÓMEZ-JARA DÍEZ⁶² comenta toda esta

⁵⁹*Vid. supra* pp. 40-43.

⁶⁰Para profundizar sobre la teorización del injusto propio de la persona jurídica, *vid.* GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: «Cap. VI. El injusto típico de la persona jurídica» en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, op. cit.* pp. 121-141.

⁶¹*Vid. supra* pp. 44-47.

⁶²*Ibid.* p. 103. Sobre esta construcción de innegable base funcionalista, y aunque pueda parecer reiterativo, he de remitirme las críticas que vierto en los apartados del epígrafe *2.1 Modelo constructivista de autorresponsabilidad empresarial*. Igualmente, es oportuno incidir en que no cabe duda de que el modelo de autorresponsabilidad resulta muy útil para afrontar los interrogantes que ofrece el delito corporativo, pero esa utilidad deviene una construcción que cuenta con el sustrato de una teoría sistémica, teoría que, como se ha venido exponiendo, se evidenció ineficaz y carente de una sólida base científica para explicar

construcción de absoluto carácter normativo, de la que, como se ha expuesto en epígrafes precedentes, es proclive y activo partícipe, con las siguientes palabras:

«En general, para proceder a la elaboración de una teoría jurídica del delito, resulta muy útil, a nivel de metodología conformar las diversas categorías de la teoría jurídica del delito estableciendo equivalentes funcionales entre la teoría jurídica del delito de las personas físicas y la teoría jurídica del delito de las personas jurídicas.»

No obstante, existen autores que defienden que nuestro Código se adecúa mejor a unas posiciones de marcado carácter ecléctico, corrientes que coexisten con las posturas más rígidas. Entre estos, es oportuno destacar a FEIJOO SÁNCHEZ⁶³ que, alejándose de una concepción rigorista del modelo de autorresponsabilidad, mantiene que nuestro ordenamiento respalda un modelo de responsabilidad del ente

las conductas en organizaciones desde la propia Sociología. Por tanto, se trata de un modelo fundado en unas ideas abandonadas y superadas por otras teorías. Considero que lo resultante es una construcción doctrinal que peca en demasía de conceptos e ideas que, por muy bien que respondan a los retos del delito corporativo, carecen de un soporte teórico válido pues no obedecen a una metodología de análisis rigurosa, efectiva y vigente de la conducta. Pudiera ser, quizás, que esa fácil respuesta por parte del modelo de autorresponsabilidad a los retos dogmáticos que presenta el delito corporativo, devenga de la sencillez de elaborar conceptos carentes de suficiente base ontológica y una demostrada validez científica. Por todo ello se propondrá, desde la base de un modelo de heterorresponsabilidad, un elenco de consideraciones para la fundamentación y análisis de la responsabilidad penal corporativa que, en mi opinión, si gozan de una actual y acreditada validez, tanto en el ámbito de la Sociología o la Economía, como en otros contextos científicos. Considero que, como se podrá observar, se trata de teorías que si cuentan con una rigurosa metodología y detentan un marcado carácter científico-experimental. Atendiendo las palabras recogidas al comienzo de esta obra del «padre» de la *teoría de juegos* -teoría que se encuentra entre mis proposiciones-, JOHN VON NEUMANN, las ciencias construyen modelos, entendidos como una construcción matemática que, con la adición de ciertas interpretaciones verbales, se espera que funcione. Las ideas que propongo se han demostrado que atienden a la realidad de los hechos y funcionan, incluso para predecir conductas, por lo que propugno que resultaría muy útil que desde el Derecho Penal se asumieran tales nociones.

⁶³FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.; *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, Ed. Civitas, Pamplona, 2015. Puede sintetizarse su elaborada concepción del delito corporativo con las siguientes manifestaciones (señalando la paginación en su trabajo): 1) Respecto al comportamiento antijurídico del individuo, «el Código Penal no parte de un modelo de autorresponsabilidad que prescindiera totalmente de la responsabilidad penal de las personas físicas. No es que nos encontramos ante un modelo de heterorresponsabilidad, sino que el modelo no parte de una autorresponsabilidad absoluta en el sentido de que se pueda prescindir por completo de una “conducta humana defectuosa” desde la perspectiva del ordenamiento jurídico. Los artículos 31 bis y siguientes parten de que las personas físicas son las que “realizan materialmente” los hechos típicos...» «Sin actuaciones delictivas por parte de personas físicas no existe, por tanto, responsabilidad de las personas jurídicas» (pp. 80-81).

2) Con relación al defecto organizativo: «En el modelo de autorresponsabilidad que se ha diseñado y que es el que expresamente persigue la reforma mediante LO 1/2015 hace falta, además, un elemento estructural adicional para poder hablar de un delito corporativo. [...] No es un delito corporativo porque no ha habido defecto estructural en la medida en que la empresa ha demostrado tener un adecuado modelo de cumplimiento de la legalidad...» (pp. 98-99).

configurado por un hecho típico y antijurídico que dimana de la persona física, considerando así el injusto como un comportamiento antijurídico del individuo, pero al que agrega la noción de índole corporativa del defecto estructural de la organización.

En cualquier caso, dentro de una noción fundada en el denominado modelo de autorresponsabilidad, ha de remarcarse que los modelos de organización y gestión o *compliance programs* a los que nuestro Código se refiere, tendrán que desempeñar una función tendente a excluir el injusto o la culpabilidad, circunstancia con extraordinaria repercusión práctica. Si se considera que el *compliance program* excluye el injusto -o, mejor aún, que su inexistencia lo fundamenta-, asumiendo que se trata de la materialización más palpable de una correcta organización y diligente gestión del riesgo empresarial, la carga de la prueba recaerá sobre la acusación -la fiscalía, en la mayoría de los casos-. En cambio, si se concibe al *compliance* como la evidencia del mantenimiento y/o fomento de una estricta cultura del cumplimiento de la norma- lo que nos sitúa en la culpabilidad del ente-, la defensa tendrá la carga de la prueba acerca de la implementación eficaz de un modelo de prevención que velaba por el ese clima de cumplimiento pues nos situamos ante un aspecto procesal asimilable a las causas de inimputabilidad.

Al margen de la debilidad, en mi opinión, de los argumentos de base sociológica que sustentan el modelo de autorresponsabilidad penal de las personas jurídicas (y que fueron abordados en los epígrafes precedentes), considero que este modelo poco se ajusta a los preceptos recogidos en el Código Penal. Ciñéndonos al tenor literal del texto⁶⁴, parece no dejar lugar a dudas de que solamente se contempla la acción de la

⁶⁴A pesar de que el capítulo próximo contiene un estudio de los elementos jurídico-penales que conforman el precepto, es oportuno traer a colación el tenor literal del apartado 1 del artículo 31 bis C.P. para facilitar al lector el contraste de los planteamientos que expongo sobre los modelos de autorresponsabilidad y heteroresponsabilidad en relación con nuestro Código. Art. 31 bis apartado 1 C.P.:

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

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

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

persona física (directivo o empleado). En este sentido apunta PALMA HERRERA⁶⁵ cuando argumenta lo siguiente:

«Entrando en la cuestión de la actual redacción del Código Penal, entiendo que el único concepto de acción que sigue constituyendo la base del propio concepto de delito es el de comportamiento humano controlado por la voluntad del sujeto y encuadrable en un tipo penal, algo que no lo hace predicable de la persona jurídica, que carecería, de este modo, de capacidad de actuación susceptible de desplegar efectos penales. Buena prueba de lo anterior es que, no habiendo cambiado la definición de delito del artículo 10, el 31 bis 1) sigue señalando expresamente que las personas jurídicas serán penalmente responsables «a) De los delitos cometidos [...] por sus representantes legales o por aquellos [...] b) De los delitos cometidos [...] por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior [...]». E incluso en aquellos casos en los que el delito es cometido por una de las personas a las que se refiere la letra b) del 31 bis 1) -un “subordinado” o “empleado”-, la responsabilidad penal del ente no es por falta de vigilancia del propio ente, sino de las personas físicas a cuya autoridad estaba sometido quien cometió el delito.

Qué duda cabe que la persona jurídica “realiza” actos con proyección jurídica; contrae obligaciones y las incumple; comete hechos antijurídicos susceptibles de ser sancionados civil, mercantil, laboral o administrativamente, etc., todo lo cual lo lleva a cabo a través de personas físicas que actúan siendo la propia persona jurídica. No se trata de negar capacidad de acción a la persona jurídica, pero sí de afirmar que se trata de una peculiar capacidad de acción que no es válida como punto de partida a la hora de exigirle una eventual responsabilidad penal.»

Por el contrario, y utilizando la misma base argumental, el modelo de heterorresponsabilidad o de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por hecho ajeno sí parece ajustarse a las previsiones de nuestro ordenamiento jurídico-penal. Considero que, tal y como ha recogido PALMA HERRERA, la claridad de esta vinculación alcanza su cénit cuando el apartado 1 del artículo 31 bis C.P. determina que las personas jurídicas serán penalmente responsables «de» los delitos cometidos por personas físicas.

Desde esta perspectiva -que parece respetar en mayor medida los postulados de la teoría general del delito- se ignoran las construcciones normativas basadas en el funcionalismo que permiten considerar al ente corporativo como un ser autopoiético que se dirige a sí mismo. Para el modelo de heterorresponsabilidad, los conceptos de

⁶⁵PALMA HERRERA, J.M.; «Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de “compliances”», en PALMA HERRERA, J.M./AGUILERA GORDILLO, R.; *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 23.

acción y de culpabilidad, únicamente se configuran y deben configurarse para el individuo -persona física-. En consecuencia, a la persona jurídica se le impone una pena porque se le ha declarado penalmente responsable, responsabilidad que ha sido atribuida a través del «hecho de conexión» y en virtud de un delito que siempre será cometido por una persona física (único capaz de materializar la acción penal⁶⁶ considerada como un comportamiento humano donde interviene la psique y que está dominado por su propia voluntad). En este punto, conviene señalar que existe una parte minoritaria, pero relevante⁶⁷, de la doctrina española que comparte con los autores proclives al modelo vicarial el rechazo a los fundamentos del modelo de autorresponsabilidad, pero que, en puridad, tampoco se adhiere a los criterios del pensamiento vicarial de transferencia de responsabilidad. Consideran, pues, que las penas recogidas en el Código Penal son sanciones carentes de la sustantividad propia de las penas.

⁶⁶Vid. *supra* pp. 53-54.

⁶⁷GRACIA MARTÍN, L.; «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-05, pp. 1-95, 2016. La intensidad de las críticas a los fundamentos que sostienen el modelo de responsabilidad por hecho propio o autorresponsabilidad (respaldadas de sólidos y acreditados argumentos doctrinales) se puede resumir mediante el siguiente extracto de la obra citada (p.73): «*Como he tratado de demostrar con apoyo en un número incluso exagerado de fuentes científicas doctrinales, ningún intento de construir una estructura de responsabilidad penal y sancionatoria para la persona jurídica puede convencer en lo más mínimo. En general, la doctrina favorable a tal constructo ha abierto para conseguirlo caminos notoriamente extraviados de la Ciencia jurídica, y casi todo lo que formula son opiniones y afirmaciones apenas argumentadas y hechas en un vacío de teoría jurídica porque no están sustentadas en absoluto — es que no pueden estarlo— en el minimum minimorum del saber jurídico permanentemente válido y, por esto, de obligada observancia y respeto. Como no podría ser de otro modo, es evidente que suscribo en todo y sin la mínima reserva todas las severas y graves descalificaciones de grandes juristas como las expuestas y como otras muchas semejantes que también podría invocar. Por esto, quiero enriquecer este acervo descalificador con mi aportación personal siguiendo —sin menoscabo ni en un ápice de las demás— las estelas de la comparación kelseniana con el animismo del hombre primitivo, y de la genial descalificación del pretendido Derecho penal de personas jurídicas por Bernd Schünemann como un “zombi político-criminal”. Y así, en un ejercicio puramente metafórico, propongo agrupar a toda la maraña de opiniones favorables a la responsabilidad penal y sancionatoria de la persona jurídica en un imaginario “Manual práctico de hechicería de vudú haitiano” para uso de todo aquél que, prendido e inquietado por la ilusión de la transubstanciación de semejante ente en un completo sujeto jurídico-penal y de sanción, animado por semejante ilusión se proponga emprender la aventura de conseguirlo para poder presentar así a la persona jurídica como dotada de un espíritu que, como el de los humanos, le daría la capacidad y la fuerza de realizar y de omitir antijurídica y culpablemente acciones, y en consecuencia, como un sujeto que tendrá que responder de ello soportando y padeciendo una pena o una sanción como consecuencia de las fechorías criminales o infractoras que cometería ella misma.*» Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-05.pdf> [2017, 15 junio]

En posturas también críticas y similares respecto a la concepción de *pena*, juristas tan destacados como MIR PUIG o SILVA SÁNCHEZ; para profundizar sobre tales extremos vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.; «Cap. V Fundamentos de la responsabilidad penal...» en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *op. cit.* pp. 115-119.

En cualquier caso, para el modelo de heterorresponsabilidad, sin perjuicio de las propuestas para la fundamentación teórica y análisis de la responsabilidad penal corporativa que se desarrollarán, el *compliance program* ha de concebirse como un elemento capital que imposibilita que tenga lugar el «hecho de conexión». Al no contemplarse un injusto, ni una culpabilidad propios del ente corporativo, el *compliance* no puede ser concebido como causa de exclusión del tipo injusto o de culpabilidad. En este caso, la evidencia de un *compliance* eficaz, y que aglutina todos los requisitos normativamente exigidos, detiene la apreciación del «hecho de conexión»; no se da en el ente corporativo el necesario déficit organizativo que subyace de este concepto, sino que se muestra una implementación de un conjunto de normas, procedimientos y controles idóneos para prevenir la comisión de ilícitos penales, lo que provoca la falta de concurrencia de los elementos que incumben al aspecto desorganizativo del «hecho de conexión». En consecuencia, ante la falta de este presupuesto no puede tener lugar la transferencia de responsabilidad de naturaleza penal a la persona jurídica.

En este punto, puede hacerse un inciso para anticipar que, en relación con esta cuestión, las propuestas que serán expuestas pormenorizadamente a lo largo del capítulo cuatro, se sustentan en la asimilación decidida por parte del Derecho Penal de unas teorías que gozan del respaldo de una verdadera metodología científica y de una acreditada validez en el análisis de los comportamiento de los individuos cuando interactúan en las organizaciones, para erigir un *modelo de responsabilidad penal corporativa de base antrópica* cimentado en la heterorresponsabilidad y en sólidos modelos provenientes de la moderna Sociología y la Economía. Pues bien, bajo estas propuestas, la apreciación de una adecuada y diligente organización en la empresa por la implementación de un *compliance* (lo que, como se ha expuesto, impide apreciar el presupuesto del déficit organizativo para que tenga lugar el «hecho de conexión» y pueda transferirse responsabilidad penal al ente) procede de la traslación de unas constricciones, limitaciones y procedimientos del ente -decididas y configuradas por los individuos, que son los que gozan de verdadera sustantividad- tendentes a impedir riesgos o incumplimientos de relevancia penal sobre la base del estudio de *previsiones*

acerca de *posibles decisiones* de los individuos y *comportamientos estratégicos* que puedan derivar en ilícitos.

En todo caso, partiendo de la noción de responsabilidad de la persona jurídica por hecho ajeno, la carga probatoria también reposa sobre la acusación. Este argumento se sustenta en la necesaria acreditación de que concurren los presupuestos contemplados en alguno de los «hechos de conexión» para que pueda atribuirse responsabilidad penal la persona jurídica, lo que intrínsecamente también conlleva la necesidad de probar que no se dan circunstancias que lo exceptúan, lo que se traduce en el deber de acreditar la inexistente o ineficiente implementación de un *compliance* idóneo en el seno del ente corporativo.

Desde el ámbito del Ministerio Público, parece innegable que la Circular 1/2016 FGE se manifiesta de una manera clara en favor de considerar que nuestro ordenamiento jurídico-penal asume un modelo de heterorresponsabilidad penal de la persona jurídica⁶⁸.

⁶⁸ Resultan muy representativas, y por ello se traen a colación, las siguientes palabras contenidas en la referida Circular 1/2016 FGE, pp. 4-5: «*Debe comenzarse avanzando que, pese a los significativos cambios estructurales y sustantivos, que se irán analizando a lo largo de esta Circular, el modelo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica no ha cambiado sustancialmente y que, como se decía en la Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, “En los dos párrafos del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal se establece un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial” mediante un sistema de numerus clausus que supedita la imposición de la pena a una expresa previsión de comisión del delito en el Libro II del Código Penal. Para las entidades sin personalidad jurídica siguen reservadas las consecuencias accesorias del art. 129 CP. Antes de proseguir, vale la pena recordar los dos modelos fundamentales que permiten sustentar la responsabilidad penal de la persona jurídica. El primero atribuye la responsabilidad penal a la persona jurídica entendiendo que esta se manifiesta a través de la actuación de una persona física que la compromete con su previa actuación delictiva, siempre que se evidencie un hecho de conexión pues, de otro modo, la responsabilidad de la persona jurídica devendría inconstitucionalmente objetiva. Es la responsabilidad por transferencia, indirecta, derivada, vicarial o por representación. Su principal dificultad radica en determinar qué personas físicas pueden comprometer al ente colectivo con su actuación.*

El segundo modelo, más ambicioso pero de más difícil encaje en un Derecho Penal antropocéntrico, construye un sistema de imputación propio de la persona jurídica, con nuevos conceptos de acción, culpabilidad, circunstancias modificativas de la responsabilidad, punibilidad, etc., de tal modo que es propiamente el ente colectivo el que comete el delito. Se trata de la responsabilidad directa o autónoma de la persona jurídica. Su principal escollo estriba en fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica, destacando las teorías que elaboran la responsabilidad del ente colectivo a partir de lo que se denomina “culpabilidad por defecto de organización”. Conforme a este modelo, la persona jurídica es culpable cuando omite la adopción de las medidas de precaución que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad empresarial.

Sin embargo, a pesar del taxativo posicionamiento en favor de la adopción del modelo vicarial, la Fiscalía se desvía de aquello que de conformidad con la lógica de esta línea habría de mantenerse sobre la consideración de los *compliance programs*, calificando como excusa absolutoria la implementación efectiva de un *compliance* idóneo. Es decir, concibe a los modelos de organización y gestión como una auténtica causa personal de exclusión de la punibilidad. Teniendo como punto de partida la Fiscalía General del Estado la asunción de un modelo de heterorresponsabilidad, debería entenderse que no tiene encaje lógico considerar al *compliance* como causa de exclusión personal, pues para ello es necesario asumir que el propio ente corporativo realiza un hecho típico, antijurídico y culpable (extremos que defiende la opuesta noción de autorresponsabilidad). Esta anómala postura de la Fiscalía fue criticada en la célebre sentencia del Tribunal Supremo núm. 154/2016, de fecha 29 de febrero⁶⁹ (RJ 2016\600). Sin embargo, la razón que quizás motivase que la Fiscalía acogiera esta opción fuese aquella centrada en impedir que la dificultosa carga

Pues bien, la vigente regulación del apartado primero del art. 31 bis continúa estableciendo en sus letras a) y b) los dos presupuestos que permiten transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas. En ambos casos, se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica.»

⁶⁹La referida resolución judicial, cuyo ponente fue el Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, se pronuncia sobre la cuestión planteada en su Fº Dº octavo: «Y ello más allá de la eventual existencia de modelos de organización y gestión que, cumpliendo las exigencias concretamente enumeradas en el actual art. 31 bis 2 y 5, podrían dar lugar, en efecto, a la concurrencia de la eximente en ese precepto expresamente prevista, de naturaleza discutible en cuanto relacionada con la exclusión de la culpabilidad, lo que parece incorrecto, con la concurrencia de una causa de justificación o, más bien, con el tipo objetivo, lo que sería quizá lo más adecuado puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física.

Según la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, partiendo de un planteamiento diferente acerca de esa tipicidad, la eximente habría de situarse más bien en las proximidades de una "excusa absolutoria", vinculada a la punibilidad, pág. 56, afirmación discutible si tenemos en cuenta que una "excusa absolutoria" ha de partir, por su propia esencia, de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad, cuya punición se excluye, mientras que a nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción.

Circunstancia de exención de responsabilidad que, en definitiva, lo que persigue esencialmente no es otra cosa que posibilitar la pronta exoneración de esa responsabilidad de la persona jurídica, en evitación de mayores daños reputacionales para la entidad, pero que en cualquier caso no debe confundirse con el núcleo básico de la responsabilidad de la persona jurídica, cuya acreditación por ello habrá de corresponder a la acusación, en caso de no tomar la iniciativa la propia persona jurídica de la búsqueda inmediata de la exención corriendo con la carga de su acreditación como tal eximente»

probatoria relativa a los modelos de organización y gestión recayese sobre la acusación.

Traída a colación la jurisprudencia⁷⁰, conviene proseguir con los pronunciamientos judiciales para conocer la posición del Tribunal Supremo sobre cuál es el modelo que asume o se ensambla mejor a nuestro sistema jurídico-penal. Sobre el estado de la cuestión en el ámbito jurisprudencial, es conveniente apuntar la STS núm. 668/2017 de fecha 11 de octubre (RJ 2017\4598)⁷¹. Aunque la resolución se centra en abordar aspectos de naturaleza procesal dimanantes del derecho a la defensa del ente, en su fundamento jurídico primero, ap.1.2.3. -entre los argumentos *obiter dicta*-, refleja la percepción por parte de este órgano de las críticas que despiertan los conceptos que sustentan el modelo de autorresponsabilidad penal del ente corporativo:

«Y es que, más allá de la rica complejidad que anima el debate dogmático acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la jurisprudencia hasta ahora dictada en esta materia ha proclamado la necesidad, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, de que *“... cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal”*.»

«La Sala es consciente de que la opción jurisprudencial por un sistema de autorresponsabilidad no es ajena a las críticas dogmáticas de quienes entienden que la idea de empresa como una organización autopoietica que se administra y organiza a sí misma, conduce a una irreparable invasión del espacio que ha de reservarse a la psique del individuo como presupuesto de cualquier idea de culpabilidad.»

Esta resolución, además de señalar que no se trata de una cuestión pacífica, resulta muy clarificadora, pues relaciona las primeras sentencias emitidas por el Tribunal Supremo y recuerda que se han mostrado proclives al modelo de autorresponsabilidad o responsabilidad penal de la persona jurídica por hecho

⁷⁰Entre las sentencias del Tribunal Supremo que se han ocupado de la responsabilidad penal de los entes corporativos, podrían indicarse, entre otras, las siguientes: STS núm. 154/2016 de 29 de febrero (RJ 2016\600); STS núm. 221/2016 de 16 de marzo (RJ 2016\824); STS núm. 516/2016 de 13 de junio (RJ 2016\2531); STS núm. 744/2016 de 6 de octubre (RJ 2016\4931); STS núm. 827/2016 de 3 de noviembre (RJ 2016\5204); STS núm. 583/2017 de 19 de julio (RJ 2017\4864) o STS núm. 668/2017 de fecha 11 de octubre (RJ 2017\4598).

⁷¹Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

propio⁷², citando la STS núm. 154/2016 de 29 de febrero (RJ 2016\600) como paradigmática en el posicionamiento y la STS núm. 516/2016, 13 de junio (RJ 2016\2531) como aquella que ahonda en esta línea.

Efectivamente, la insigne STS núm. 154/2016 de 29 de febrero (RJ 2016\600), en el ya referido Fundamento de Derecho Octavo, marcó una dirección al adherirse a la tesis de que la responsabilidad penal del ente contemplada en nuestro Código se regía por el modelo de autorresponsabilidad⁷³. Y la STS núm. 516/2016, de 13 de junio

⁷²También DEL MORAL GARCÍA, A.; «A vueltas con los programas de cumplimiento y su trascendencia penal», en *Revista de jurisprudencia*, octubre, 2017, p.2, ha destacado la inicial afiliación al modelo de autorresponsabilidad de las primeras sentencias de nuestro Tribunal Supremo. En ese trabajo, el autor expone una interesante visión sobre la entidad del delito corporativo. Primeramente, señala que, a pesar de que la jurisprudencia inicial parece postularse a favor de la autorresponsabilidad, nuestro ordenamiento jurídico-penal instaura un modelo de heterorresponsabilidad. Respecto a su consideración acerca de la responsabilidad del ente corporativo, defiende que éste no puede cometer delitos (aspecto coincidente con la línea de la responsabilidad por hecho ajeno), pero que el ordenamiento jurídico-penal permite ante determinadas circunstancias la imposición de una pena a la persona jurídica cuando un individuo comete un delito; dice textualmente: «*Las personas jurídicas siguen sin poder cometer delitos, entendiendo por tales las conductas que reúnen todos los elementos del delito: una acción típica, antijurídica, culpable o dolosa (es decir, culpable en alguna de sus formas) y punible. Lo que sí pueden es sufrir penas (Societas puniri potest). Con ese contenido ha de entenderse la declaración de que las personas jurídicas serán penalmente responsables de determinados delitos (art.31 bis 1). No cometen delitos, sino que se les impone una pena por los delitos cometidos por personas físicas siempre que se den determinados presupuestos y condiciones. El régimen implementado en nuestro ordenamiento -también tras la adaptación de 2015- se acopla más bien a esa premisa en mi opinión. Ni siquiera considero que con la reforma de 2015 se haya logrado abandonar ese modelo de heterorresponsabilidad aunque facilite argumentos a los partidarios de elaborar un concepto autónomo de culpabilidad de la persona jurídica al dotar de fuerza excluyente de la responsabilidad penal a la implantación de un sistema adecuado de organización empresarial regido por la cultura de cumplimiento de la legalidad.*» Se trata de una tesis que no se incardina, a priori, en un modelo de heterorresponsabilidad y que, por supuesto, se encuentra en las antípodas de los fundamentos que sustentan la autorresponsabilidad. En todo caso, mantengo la firme convicción de que, para la cimentación socio-jurídica de esta concepción, también pueden hacerse uso de las consideraciones recogidas en el capítulo cuarto de la presente tesis doctoral. Sustento esta afirmación en que, salvo para la construcción de un modelo de autorresponsabilidad (que acaba por «crear» una teoría general del delito ad hoc para las personas jurídicas), las propuestas que desarrollo son válidas para erigir modelos de delito corporativo asentados en la conducta delictiva de la persona física (considerando la dinámica estratégica en los procesos de toma de decisiones y a la propia organización como una serie de constricciones originadas por los individuos que la componen). Esas propuestas, contemplan conceptos y teorías para la fundamentación analítica las conductas en organizaciones que, se han demostrado, responden a la realidad. Por tanto, hablamos de unos postulados que, considero, pueden utilizarse para amparar el «hecho de conexión» (en función de la negativa influencia o ausencia de constricciones tendentes a impedir estrategias y decisiones ilícitas, entendida como la propia organización creada por los individuos y tendentes a impedir decisiones ilícitas) o sobre los que fundar la mera imposición de una pena. Es decir, las teorías que propongo explican y analizan las dinámicas bajo una perspectiva científica y le corresponde al Derecho Penal el debate acerca de dónde y cómo incluir sus postulados en la teoría general del delito -eso sí, respetando que el individuo detenta la auténtica facultad decisoria y es el que origina las constricciones que conforman los entes organizados-.

⁷³El voto particular de la STS núm. 154/2016 de 29 de febrero (RJ 2016\600) también se alinea con el modelo de responsabilidad penal por hecho propio de la persona jurídica, los Fº Dº segundo y tercero inciden en este aspecto. Aunque, en esencia, se centran en discutir la naturaleza del concepto debido control (y, en consecuencia, la condición del *compliance* como materialización de este) y correspondiente

(RJ 2016\2531)⁷⁴, en su Fundamento de Derecho Primero, *in fine*, vierte las siguientes consideraciones:

«El motivo se desestima al carecer de base atendible. Al tiempo de la comisión de los hechos, -de junio de 1997 a febrero de 2009- no se había promulgado el precepto penal que denuncia como inaplicado. Concretamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Consecuentemente, tampoco existió una responsabilidad penal imputada a la persona jurídica desde la acusación y tampoco esa responsabilidad formó parte del objeto del proceso. Además, aun en el supuesto de que, salvadas las exigencias derivadas del principio de legalidad y del acusatorio, se hubiera ejercido la acción penal contra la persona jurídica, la redacción del precepto no excluye la de la persona física que la representa si concurren en él los elementos de la autoría precisos para la imputación y la subsunción de su conducta en la norma. [...]

El art. 31 bis del Código penal actúa como una cláusula de determinación de la autoría definitoria del tipo de autor en las personas jurídicas. El art. 31 bis señala los presupuestos que han de concurrir para la declaración de persona jurídica como autora del delito, esto es, un delito cometido por persona física – representantes legales o por empleados - en nombre o por cuenta de una persona jurídica o en el ejercicio de las actividades sociales por cuenta o en beneficio directo o inmediato de la persona jurídica, y que por ésta no han adoptado las medidas de organización y gestión necesarias, que incluyen medidas de vigilancia y control de los posibles resultados típicos que el ejercicio de su actividad de la persona jurídica pueda realizar. En el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema vicarial⁷⁵ de autorresponsabilidad, siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 ter CP), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad.

En el caso, de esta casación no se formuló acusación a la persona jurídica, por lo que ésta no pudo ser declarada. Por otra parte, la responsabilidad de la persona física es independiente de la posible responsabilidad penal de la persona jurídica.»

Por tanto, la jurisprudencia parece estar asentándose sobre esta tesis. No obstante, la determinación de una postura jurisprudencial requiere de un amplio y

repercusión respecto a la carga de la prueba. Se propugna que, entendiéndose al *compliance* como un elemento que excluye la culpabilidad del ente, le corresponde a la defensa la carga probatoria al respecto.

⁷⁴Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

⁷⁵Corrección efectuada mediante Auto aclaratorio de fecha 28 de junio de 2016: *«No obstante lo anterior se advierte un error material respecto al cual procede la aclaración y subsanación a través del presente Auto. En el penúltimo párrafo del fundamento primero se indica erróneamente una opción del legislador por un sistema vicarial cuando, conforme se deduce del resto de la fundamentación, la opción es por un sistema de auto-responsabilidad. Así resulta de la propia fundamentación al afirmar que ambas, personas física y jurídica, responden por su propia responsabilidad en términos que definen, respectivamente, los arts. 28 y 31 bis CP .*

Consecuentemente procede sustituir la expresión vicarial por la individual.»

sosegado debate para la valoración de las nociones que acompañan a cada modelo. No es descartable, por ello, que se produzca cierta oscilación pendular por parte de la jurisprudencia, antes de que tome pacíficamente partido por un modelo. Es decir, no puede excluirse que, en resoluciones venideras se apunte en otra dirección, hacia otras vías eclécticas o hacia un modelo de heterorresponsabilidad⁷⁶; máxime cuando la solidez y rigurosidad de los fundamentos que las acompañan parecen evidenciarse cada vez con mayor fuerza. Se trata de un aspecto extraordinariamente relevante y que ha sido expresamente manifestado por Tribunal Supremo⁷⁷.

Junto a la propia discusión sobre el modelo, ha sido también objeto de atención la compatibilidad o no de estos modelos con nuestra Constitución y la materialización del derecho a la defensa de las personas jurídicas en el ámbito del proceso penal. Sobre estas cuestiones, que merecerían por sí mismas un estudio monográfico, únicamente he de apuntar lo siguiente:

Partiendo de un análisis riguroso de constitucionalidad, tanto el modelo de culpabilidad por hecho propio, como el de responsabilidad por el hecho ajeno, plantean grandes dudas. El modelo de autorresponsabilidad parece salvaguardar el principio de culpabilidad consagrado en la Constitución. Sin embargo, la inconstitucionalidad se debe a la falta de base legal que sustente que nuestro ordenamiento jurídico contempla un modelo de responsabilidad por hecho propio de la persona jurídica, pues, como se ha expuesto, el tenor literal del Código indica que los entes son responsables «de» los delitos que cometen las personas físicas. Para garantizar la constitucionalidad del modelo habría que demostrar que las nociones de acción y culpabilidad son también válidas para la persona jurídica o que, el Código Penal

⁷⁶En este sentido se orientan las propuestas para la fundamentación y análisis del delito corporativo que se contemplan a lo largo del capítulo 5 de esta obra.

⁷⁷Mediante STS núm. 221/2016 de 16 de marzo (RJ 2016\824), de la que fue ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, cuando en el Fº Dº quinto se dice: *«En pocas materias como la que ahora nos ocupa las soluciones dogmáticas son tan variadas. El debate parece inacabable y el hecho de que algunos de los autores que han abanderado las propuestas más audaces a la hora de explicar la responsabilidad de las personas jurídicas, hayan rectificado sus planteamientos iniciales, es indicativo de que a un catálogo tan abierto de problemas no se puede responder con un repertorio cerrado y excluyente de soluciones. El cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre una novedad tan radical referida a los sujetos de la imputación penal, sólo podrá considerarse plenamente asentado conforme transcurra el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a nuestra consideración uno u otro problema.»*

ha asumido una nueva concepción de los mismos para las corporaciones; algo que no parece poder evidenciarse.

Por su parte, el modelo de responsabilidad por hecho ajeno parece violentar la culpabilidad, aunque esto variará en función de cómo se articule o fundamente la imposición de la pena al ente corporativo. El principio de culpabilidad encuentra en el artículo 25⁷⁸ de la Constitución española su razón de ser y, conforme al mismo, únicamente puede sancionarse penalmente por un hecho propio, nunca por hecho ajeno. Ahonda en esta consideración el apartado 2 del referido artículo 25, donde se recoge la conexión entre la pena y el hecho llevado a cabo. Es decir, el sujeto que debe ser rehabilitado es aquel que comete el hecho delictivo, por lo que no cabe pena por un hecho realizado por otro, ya que, en ese caso no se hablaría de rehabilitación del condenado, que puede que no la requiera.

En conexión con lo anterior, es oportuno recoger que el derecho a la defensa de la persona jurídica en el proceso penal está siendo, en esencia, perfilado jurisprudencialmente. Casi todas las sentencias que recientemente ha emitido el Tribunal Supremo y que tratan la responsabilidad penal de las personas jurídicas dedican en mayor o menor medida un espacio a la cuestión del derecho a la defensa,

⁷⁸Artículo 25 de la Constitución:

«1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.»

Por otro lado, sólo apuntar que, a efectos interpretativos, el artículo 25 de la Constitución española se refiere a «nadie» (el diccionario de la R.A.E. determina como primera acepción.: *1. pron. indef. m. sing. Ninguna persona. Nadie lo vio. No habló con nadie.*) por lo que podría caber la sanción a un ente con personalidad jurídica propia sin la afectación a un derecho fundamental -que sólo detentan los individuos-. Además, tal y como se deduce del artículo 53 de la Constitución, los derechos contemplados en el Capítulo segundo del presente Título son objeto de tutela a instancias de «cualquier ciudadano», que podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo; ciudadano, término con que nos referimos a las personas físicas. No obstante, se trata de una cuestión compleja que requiere de un profundo estudio (con aspectos muy vinculados con el Derecho Constitucional) y que, en todo caso, excede de la materia que es objeto del presente epígrafe.

las diversas manifestaciones del mismo durante el proceso penal y el tratamiento que le da nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. De estos pronunciamientos puede deducirse que el Tribunal Supremo establece una tendencia que puede calificarse de garantista -calificación que realizo sin el menor ánimo de atribuirle carga peyorativa-, de modo que vienen a ratificar que las personas jurídicas detentan en el proceso penal las mismas garantías que las personas físicas.

Para finalizar, como paradigma de esta noción -y en clara vinculación con la cuestión de la carga probatoria respecto de los compliances- debo subrayar la sentencia del Tribunal Supremo núm. 221/2016 de 16 de marzo (RJ 2016\824)⁷⁹, en cuyo Fundamento de Derecho Quinto se recoge:

«La Sala considera que el debate sobre quién ha de probar y qué ha de ser probado no puede ser abordado en el proceso penal con la metodología que es propia de otros órdenes jurisdiccionales. Los valores que convergen en el proceso penal obligan a modular el significado de algunos principios que, en otros órdenes, pueden llegar a ser determinantes. Piénsese, por ejemplo, en el principio de preclusión, que no es otra cosa que una pauta de ordenación de las distintas secuencias temporales del proceso. Lo mismo puede decirse respecto del entendimiento clásico de la teoría sobre la carga de la prueba. La lectura constitucional del proceso penal es incompatible con una división artificial de los papeles que han de asumir acusación y defensa para esclarecer la verdad del hecho imputado. Pero sin adentrarnos en debates que desbordarían el objeto del presente recurso, lo que debería estar fuera de dudas es que el estatuto procesal de la persona jurídica, como venimos insistiendo, no puede dibujarse con distinto trazo en función del anticipado criterio que se suscriba respecto de la naturaleza de su responsabilidad penal o, incluso, en relación con las causas que harían excluir esa responsabilidad y a las que se refieren los apartados 2 y 3 del art. 31 bis. En efecto, ya se califiquen esas causas obstativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como subsistema de circunstancias eximentes, ya se predique de ellas la condición de excusas absolutorias, de causas de exclusión de la culpabilidad o, como ha llegado a sostenerse, elementos negativos del tipo, la controversia sobre la etiqueta dogmática no puede condicionar el estatuto procesal de las personas colectivas como sujeto singular y diferenciado de la imputación penal.»

⁷⁹Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

2.4. Derecho comparado: posiciones adoptadas en otros países

Después de exponer el panorama de nuestro país, es interesante sobrevolar otros contextos jurídicos para ver cómo han respondido o están afrontando el creciente fenómeno de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Se observará que, mientras hay países que asumen la atribución de este tipo de responsabilidad al ente corporativo (como Estados Unidos, Inglaterra, Francia y, más recientemente, España⁸⁰), otros se mantienen aferrados -o fieles- a la idea de que las personas jurídicas no pueden ser declaradas penalmente responsables (Alemania o Italia, por ejemplo). Para estos últimos, la responsabilidad a depurar respecto de los entes y las sanciones aplicables tienen naturaleza administrativa.

Creo que, aunque en este caso se trate de una responsabilidad puramente administrativa y no penal, el punto de partida de este viaje ha de ser Italia. Como se verá, nuestro Código ha importado -casi literalmente⁸¹- de su ordenamiento determinados fragmentos de los preceptos relativos a la responsabilidad corporativa por lo que la influencia resulta más que evidente. Tras este, señalaremos cómo se ha abordado la cuestión en otros países de Europa y América Latina, para concluir en el contexto anglosajón, cuna de la moderna construcción de la responsabilidad penal corporativa y el *compliance*⁸².

Tal y como contempla PÉREZ ARIAS⁸³, **Italia** se ubica entre aquellos que respetan los fundamentos de la clásica dogmática penal a la hora de desarrollar el derecho

⁸⁰Otros países que conforman este cada vez más nutrido grupo, pero que no se abordan expresamente en este epígrafe son: **Japón** (mediante la "Ley n° 142 para la represión de delitos relacionados a la polución ambiental con efectos adversos a las salud de las personas" de 1970, que ampara una "responsabilidad penal colateral de las empresas"); **Holanda** (en virtud del artículo 51 del Código penal holandés); **Noruega** (artículos 48 letras a y 48 b del ordenamiento penal nórdico) y **Dinamarca** (desde la *Ley de Protección del Medio Ambiente n° 358* de 1991, desarrollado en 1996 al Cap. V del Código penal).

⁸¹Vid. *infra* p. 282.

⁸²Vid. *infra* pp. 208-218.

⁸³PÉREZ ARIAS, J.; *Sistema de atribución de Responsabilidad Penal a las personas jurídicas*, Ed. Dykinson, 2014 (pp. 91-104.). señala que se trata de un país de intenso arraigo dogmático penal (entre los que situaba a Alemania, Grecia o España) como contraste de otros, en los que predomina un pensamiento de corte menos rigorista en lo doctrinal o, dicho de otro modo, países cuyo pragmatismo hace que los presupuestos doctrinales queden relevados o, en algunos casos, violentados. Tras la incorporación, mediante la afamada *Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, de reforma del Código Penal*, de la

positivo. En este sentido, únicamente la persona física puede ser penalmente responsable por la comisión de un hecho delictivo. Sin embargo, ello no obsta para que, como ocurre, en el seno del proceso penal se dilucide la responsabilidad, de naturaleza administrativa, de la persona jurídica. En caso de que se considere que el ente incurre en esta responsabilidad, le resultarán de aplicación sanciones de carácter administrativo.

El precepto de la Constitución italiana que aborda la responsabilidad penal es el artículo 27, que contiene lo siguiente:

«Artículo. 27

La responsabilidad penal es personal.

El acusado no será considerado culpable mientras no se pronuncie sentencia condenatoria firme.

Las penas no pueden consistir en tratos inhumanos y deben tender a la reinserción del condenado.

Se prohíbe la pena de muerte, salvo en los casos previstos por las leyes militares de guerra.»

Según la interpretación que se realice de éste, podrá considerarse que la institución de la responsabilidad penal de la persona jurídica podría ser acogida por ese ordenamiento jurídico o, por el contrario, únicamente cabe la atribución de responsabilidad penal a las personas físicas. A este respecto, existen dos posturas doctrinales enfrentadas: por un lado, la que defiende una interpretación estricta -ceñida a la exclusiva cabida de la responsabilidad penal de la persona física-, sosteniendo que se contempla una responsabilidad personal por hecho propio que impide a otros sujetos, como el ente, ser declarado penalmente responsable y, por otro lado, aquella que acoge una interpretación extensiva –que estima que ese precepto ampararía la inclusión de la responsabilidad penal del ente corporativo en tanto que, de su tenor literal, no puede interpretarse la exclusión de las personas jurídicas.

responsabilidad penal corporativa en el Código Penal español, esta percepción de España como país que atiende con rigor los postulados dogmáticos y, sobre estos, erige el derecho positivo ha cambiado entre una parte relevante de la doctrina (intra y extramuros de nuestro Estado).

En cualquier caso, ésta es una cuestión teórica, pues, como se ha expuesto anteriormente, en el plano dogmático-penal lo cierto es que las personas jurídicas sólo responden administrativamente.

Esa responsabilidad es consagrada mediante el artículo 27, pero en esta ocasión del Decreto Legislativo 231 de 8 de junio del año 2001⁸⁴ *sobre Disciplina de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, de las sociedades y de las asociaciones incluso carentes de personalidad jurídica, según la norma del artículo 11 de la ley de 29 de septiembre de 2000, núm. 300* (Decreto Legislativo 231/2001, en adelante).

Dicho Decreto Legislativo 231/2001, contempla en su artículo 5 bajo qué presupuestos las personas físicas, por su condición de autoras de un delito, generan la responsabilidad del ente o persona jurídica, encargándose de recoger los siguientes artículos 6 y 7 las circunstancias bajo las cuales el ente queda liberado de responsabilidad:

Artículo 5

«1. La entidad será responsable de las infracciones penales cometidas en su interés o en su beneficio:

a) por personas que ejerzan funciones de representación, administración o dirección de la entidad o de una unidad organizativa dotada de autonomía financiera y funcional dentro de la entidad, así como por personas que ejerzan, también de hecho, la gestión y el control de la entidad;

b) por personas sometidas a la dirección o a la vigilancia de una de las personas indicadas en la letra a).

2. La entidad no responderá si las personas indicadas en el apartado 1 hubieren actuado exclusivamente en interés propio o de terceros.»

Artículo 6, apartado 1

«Si la infracción penal hubiere sido cometida por las personas indicadas en el artículo 5, apartado 1, letra a), la entidad no responderá si demuestra que:

a) el órgano de dirección adoptó y aplicó eficazmente, antes de que se cometieran los hechos, modelos de organización y de gestión adecuados para impedir infracciones penales como la que se ha verificado;

⁸⁴El referido Decreto Legislativo 231 de 8 de junio del año 2001 se publicó en la Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n° 140, de 19 de junio de 2001, p. 4. Disponible en (web de la Cámara de Diputados de Italia): <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/01231dl.htm> [2017, 30 junio]

- b) la tarea de vigilar el funcionamiento y el respeto de los modelos y de velar por su actualización fue confiada a una unidad de la entidad que dispone de potestades autónomas de iniciativa y de control;*
- c) las personas cometieron la infracción penal eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de gestión;*
- d) la unidad contemplada en la letra b) no omitió ni cumplió insuficientemente su deber de vigilancia.» [...]*

Artículo 7

«1. En el supuesto previsto en el artículo 5, apartado 1, letra b), la entidad será responsable si la comisión de la infracción penal fue posible por no haberse ejercido las obligaciones de dirección o de vigilancia.

2. En todo caso, quedará excluido que no se ejercieran las obligaciones de dirección o de vigilancia si, antes de que se cometiera la infracción penal, la entidad hubiere adoptado y aplicado eficazmente un modelo de organización, de gestión y de control adecuado para impedir infracciones penales como la que se ha verificado.

3. Teniendo en cuenta la naturaleza y la dimensión de la entidad y el tipo de actividad que se ejerce, el modelo habrá de prever medidas apropiadas para garantizar que la actividad se ejerce respetando la ley y para detectar y eliminar a tiempo las situaciones de riesgo.

4. La aplicación eficaz del modelo requiere:

- a) una verificación periódica y la eventual modificación del modelo si se detectan incumplimientos significativos de los preceptos o cuando se produzcan cambios en la organización o en la actividad;*
- b) un sistema disciplinario que permita sancionar el incumplimiento de las medidas indicadas en el modelo.»*

Como se ha dicho, la responsabilidad -administrativa- del ente se dilucida en el proceso penal⁸⁵ y respecto al desarrollo del proceso resulta oportuno citar la sentencia de fecha 12 de julio de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) dictada en el asunto C-79/11⁸⁶ (TJCE 2012\197), pues, aunque no se trate de una cuestión que aborde de una manera directa la cuestión, a lo largo de la resolución⁸⁷ se

⁸⁵El artículo 36 del aludido Decreto Legislativo 231/2001, determina la competencia del juez de lo penal para conocer las infracciones administrativas del ente, en particular, del juez penal competente para conocer los delitos que han dado lugar a las infracciones administrativas.

⁸⁶Sentencia publicada en la base de datos de jurisprudencia europea EUR-Lex; disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62011CJ0079> [2017, 30 junio]

⁸⁷El origen de la resolución es una decisión prejudicial de un Juez de Instrucción del Tribunale di Firenze (Italia) donde se plantea si se encuentra conforme con la normativa europea la posibilidad de que en el marco de un proceso penal, se determine la responsabilidad administrativa de los entes. La referida resolución determina que este modo de articular la reclamación de responsabilidades (en este caso las civiles, por parte de la víctima, hacia los penal y administrativamente responsables) no se opone a la normativa comunitaria. La sentencia finaliza con la siguiente apreciación: «El artículo 9, apartado 1, de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que, en el ámbito de un régimen

van exponiendo los aspectos de mayor relevancia del proceso italiano que están relacionados con esta materia y evidencia que, este modo de articular la reclamación de responsabilidad a los entes en el seno de un proceso penal, no se opone a la normativa comunitaria.

El sistema italiano, a través del Decreto 231/2001 atribuye responsabilidad al ente bajo el fundamento del defecto organizativo. Se trata de atribuir una responsabilidad al ente diferenciada, pero dependiente, de la persona física autora del delito. A este respecto, se hace necesario evidenciar la «appartenenza» del hecho delictivo al contexto del ente corporativo, imputándose el hecho ilícito al ente sobre la noción del defecto de organización, que permite y no previene la comisión de incumplimientos o el acaecimiento de riesgos con relevancia penal. Con respecto a los presupuestos exigidos para poder atribuir la responsabilidad administrativa al ente corporativo, SALVINA VALENZANO⁸⁸ expone:

«En otras palabras, el legislador ha ideado un complejo mecanismo para la atribución de la responsabilidad a las entidades colectivas por un hecho delictivo, esencialmente haciendo eco de la lógica que subyace a la atribución por la “omisión de impedir delitos” (omesso impedimento del reato) y estableciendo cinco niveles de pertenencia (“appartenenza”) del hecho delictivo a la persona jurídica. Lo anterior, sin olvidar el rol que, por supuesto, la acción de la entidad colectiva puede tener en la contribución a la comisión del delito, por ejemplo, cuando la conducta activa manifiesta una opción de “política de empresa”, que de alguna manera ha instigado o dado lugar a la comisión del delito.

Con referencia a los cinco niveles de pertenencia, el delito se puede imputar a la entidad colectiva, si bien como infracción administrativa, si es:

1) diseñado genéticamente para lograr el interés de la propia entidad y, por lo tanto, es la beneficiaria del delito (pertenencia “por destinación”) (appartenenza “per destinazione”);

2) cometido por el ápice o facilitado por este al incumplir el deber de supervisión o dirección (pertenencia “por la posición jerárquica del sujeto activo”) (appartenenza “per la significativa posizione del soggetto attivo”).

de responsabilidad de las personas jurídicas como el controvertido en el proceso principal, la víctima de una infracción penal no pueda reclamar la indemnización de los perjuicios causados directamente por dicha infracción, en el marco del proceso penal, a la persona jurídica autora de una infracción administrativa.»

⁸⁸SALVINA VALENZANO, A.; «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Italia», en *Revista Derecho Penal* n° 53, oct-dic, Colombia, 2015, pp. 160-194.

La disciplina italiana se completa también con los siguientes niveles adicionales de imputación, que podrían resumirse en la idea de que el delito debe ser el resultado de un “defecto de organización”. De este modo, el delito debe ser:

3) causado “en concreto” por un “defecto de organización” (pertenencia “por la derivación del hecho de un defecto de organización”) (appartenenza “per la derivazione del fatto da una lacuna dell’organizzazione”);

4) posible, a causa de la falta de un modelo de organización “normalmente adecuado” para la prevención de delitos de la misma naturaleza del que se ha cometido (pertenencia “por la derivación del riesgo no permitido de la empresa” o por la llamada “culpa de organización”) (appartenenza “per la derivazione dal rischio non-permesso d’impresa” ovvero per la c. d. “colpa di organizzazione”);

5) cometido por una “elusión no fraudulenta” del modelo organizativo por parte del autor material del delito (pertenencia “por la elusión no fraudulenta del modelo organizzativo”) (appartenenza “per la non-fraudolenta elusione del modello organizzativo”).»

La íntima relación entre la responsabilidad del ente y la propia responsabilidad penal del individuo, unido al hecho de que la sanción del primero se fije dentro del mismo proceso penal, hace que la responsabilidad administrativa de éste sea, o pueda ser, considerada como una responsabilidad «cuasi-penal».

Respecto a **Francia**, puede afirmarse que su ordenamiento jurídico se acogió de manera decidida, y sin controversias dignas de mención, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el año 1994. La responsabilidad al ente se atribuye por transferencia, es decir, hablamos de responsabilidad por hecho ajeno. El ilícito penal cometido por el individuo sustenta la transferencia de responsabilidad penal al ente corporativo, noción de heterorresponsabilidad o responsabilidad conocida en el ámbito francés, como la responsabilidad del ente «por reflejo o de rebote»⁸⁹.

⁸⁹PRADEL, J.; «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho francés: “algunas cuestiones”» en *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 4, 1999, pp. 662 y ss.: «La persona jurídica no es un ser de carne y hueso, no tiene ninguna realidad propia, por más que el Tribunal de Casación, en una célebre sentencia, estableciera el principio de la realidad de la persona jurídica. En sentido estricto, la persona jurídica tiene ciertamente un nombre y un domicilio, es titular de un patrimonio, pero no «quiere» la infracción ni comete imprudencias. Ya es difícil admitir que cometa el elemento material de la infracción, pero resulta imposible reconocer que pueda realizar el elemento psicológico. Este elemento sólo se concibe en una persona física. Si la persona jurídica no es más que una creación o una prolongación de las personas físicas, su responsabilidad no puede ser distinta de la de las personas físicas que la componen. La persona jurídica se encarna así en personas físicas, en sus órganos o representantes. Para cometer una infracción se aloja en el cuerpo de una persona física. «Se sirve de» la criminalidad de la persona física. Por consiguiente, es el dolo o la culpa de esta última lo

El artículo del Código Penal francés que contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas es el 121-2:

«Las personas jurídicas, a excepción del Estado, serán penalmente responsables, conforme a lo dispuesto en los artículos 121-4 a 121-7, de las infracciones cometidas, por su cuenta, por sus órganos o representantes.»

Sin embargo, los entes territoriales y sus agrupaciones sólo serán responsables penalmente de las infracciones cometidas en el ejercicio de actividades susceptibles de ser objeto de convenios de delegación de servicio público.

Sin perjuicio de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 121-3, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas autoras o cómplices de los mismos hechos.»

De conformidad con lo dispuesto en el Código, las personas jurídicas pueden resultar condenadas por determinadas conductas delictivas -pues existe, al igual que en nuestro país, un número limitado por las que el ente responde- realizadas por un órgano o representante de la misma en beneficio de esta. La responsabilidad penal de la persona física y la responsabilidad penal de la persona jurídica no son excluyentes entre sí.

El ordenamiento jurídico-penal alemán podría ser considerado como aquel que de un modo más escrupuloso respeta las nociones que tradicionalmente han configurado la teoría general del delito. Por consiguiente, **Alemania** no ha acogido la responsabilidad penal de las personas jurídicas con el fin de preservar el principio de culpabilidad tal y como viene entendiéndolo el Tribunal Constitucional alemán⁹⁰.

que deberá demostrar el Ministerio fiscal si pretende perseguir a una persona jurídica. De donde se extrae la consecuencia de que la persona jurídica sólo puede incurrir en responsabilidad si se ha identificado una persona física en la que pueda apreciarse dolo o culpa. Ésta es, por otra parte, la solución que parece imponer el artículo 121-2 CP y que admite el Derecho anglosajón, como ya se ha dicho.»

⁹⁰Así lo pone de manifiesto TIEDEMANN, K.; «Constitución y Derecho Penal» (Trad.: ARROYO ZAPATERO) en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11, núm. 33, septiembre-diciembre 1991, p.170, para quien «La hoy doctrina dominante del injusto personal toma con acierto al hombre como destinatario de las normas de conducta o de determinación, y configura por ello el injusto no sólo como una valoración objetiva de la lesión del bien jurídico por parte de quien aplica el Derecho, sino también como infracción de un deber. Esto se corresponde con la idea del hombre de la que parte la Constitución, según el Tribunal Constitucional. Su concepción del hombre influye también en la teoría de la culpabilidad, que por ello no se rige por una concepción puramente normativa como la del «poder actuar de otra manera», sino que incorpora la conciencia del sujeto y presta atención a su personalidad psicológica. Sólo una teoría de la culpabilidad así orientada estará en condiciones de delimitar seriamente la culpabilidad propia del delito

Fue la denominada Ley de contravenciones o infracciones administrativas (conocida por la abreviatura de «Gesetz über Ordnungswidrigkeiten»: OWiG), de carácter federal, la que recogió en su § 30 la responsabilidad -administrativa- de las personas jurídicas⁹¹. En virtud de ese precepto se requiere que un individuo hubiese actuado como órgano con poderes de representación, como miembro de dirección o socio y que, en su actuar se hubiese cometido un delito o contravención al orden, lo que supone la conformación de un «hecho de conexión». A todo ello, la referida sección 30 añadía la exigencia de que la acción del órgano violentase los deberes que han de regir al ente. En síntesis, nos situamos indubitadamente ante un modelo de responsabilidad administrativa del ente.

Por otro lado, como consecuencia de la influencia derivada de la vecindad con EE.UU., varios países del continente americano (número que se va incrementando recientemente) han admitido en sus sistemas de normas la responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Chile** abrazó en el año 2009 la responsabilidad penal corporativa mediante la aprobación de la Ley 20.393⁹². En **Brasil**, La *Lei n° 9605/98 de Crimes Ambientais* del año 1998 instauró esta responsabilidad teniendo como paradigma el modelo francés. **Argentina** supone uno de los ejemplos más recientes de esta tendencia, al aprobar a finales de 2017 la reforma que oficializa⁹³ con carácter general el acogimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Puede indicarse que, en cambio, otros países se mantienen reticentes; en **México**, por ejemplo, no ha incorporado la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que se prevé en el Código Penal Federal es la posibilidad al órgano de la

de la específica de la infracción administrativa, a través precisamente del elemento de la conciencia del sujeto, y de ese modo proporcionar a la idea global del Derecho penal un sólido fundamento que también hace visible la razón de distinción entre delito y contravención administrativa.»

⁹¹Otro precedente más remoto relacionado con la aplicabilidad de sanciones de naturaleza administrativa a las personas jurídicas es el contemplado en el §17 VO sobre el abuso de posición económica de poder de 1923.

⁹²Inclusión que se efectuó en virtud de ley especial. El artículo 1° de la referida ley señala el *numerus clausus* de delitos sobre los cuales se aplicará la responsabilidad penal de las personas jurídica y que pueden sintetizarse en tres: lavado de activos, financiamiento del terrorismo, delitos de Cohecho a un funcionario público nacional e internacional.

⁹³Anteriormente existía determinada controversia doctrinal en orden a dilucidar si, en determinadas leyes especiales, se contemplaba un responsabilidad corporativa cuasi-penal (código aduanero, régimen penal cambiario, leyes de abastecimiento, etc.), que se vio potenciada por la jurisprudencia al respecto. Sin embargo, no puede hablarse con rigor de una auténtica responsabilidad penal corporativa hasta la reforma operada a finales del año 2017.

jurisdicción penal de aplicar una sanción, como la suspensión o disolución, cuando el miembro de la organización cometió un delito en nombre, bajo el amparo o beneficio de esta (Artículo 11 del citado texto). Se articula un sistema en que el castigo al ente se realiza por la vía de otras medidas -no penas, vía que respeta el concepto más rigorista de principio de culpabilidad, consagrado en el artículo 10 de del Código Federal Penal y que guarda similitud a la vía que generalmente -hasta la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en 2010- se utilizaba en nuestro país, la imposición de las consecuencias accesorias impuestas bajo el paraguas de la *peligrosidad* del ente (Artículo 129 y concordantes del Código Penal español).

Por último, respecto al contexto anglosajón, ha de señalare que **Estados Unidos**, a través de la aprobación de sucesivas reformas legales y el intenso desarrollo jurisprudencial⁹⁴ -favorecido por el sistema del Common Law que impregna los países anglosajones-, cuenta con una larga tradición en lo que se refiere a la responsabilidad penal corporativa. Esta responsabilidad se sustenta en la idea de organización del ente, de tal modo que, si la empresa ha implementado en su seno modelos de organización y gestión eficaces -extremo de donde dimana el fenómeno del *compliance*-, podrá verse liberada de responsabilidad.

La perspectiva teórica sobre qué modelo acoge el ordenamiento estadounidense, parece quedar postergada a un segundo plano, pues el pensamiento pragmático predominante desvía la atención hacia otros extremos relacionados con el *enforcement*⁹⁵ necesario para que las empresas se autorregulen de un modo adecuado o la concreción de determinados aspectos en los modelos de prevención. Sin embargo, el modelo acogido para fundar esta responsabilidad es el de heterorresponsabilidad o responsabilidad vicarial «*vicarious liability*⁹⁶», pues erige la responsabilidad de la

⁹⁴El caso más reconocido y que ratifica la responsabilidad penal corporativa en E.E.U.U, acaeció en 1909; caso *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*, en el que la compañía resultó condenada.

⁹⁵*Vid. supra* p. 16.

⁹⁶Concepto procedente de la teoría de la identificación «*doctrine of identification*», de origen británico. Puede resumirse con la idea de que, cuando un individuo con capacidad decisoria en la organización y en uso de dichas facultades comete un delito ha de entenderse que la responsabilidad del mismo también es atribuible al propio ente. Como se puede observar, la idea tiene su paralelismo en el Derecho francés con el término responsabilidad «por reflejo». Los países más significativos que han asumido la responsabilidad penal de las personas jurídicas (EE.UU., Reino Unido y Francia) lo han hecho desde su

corporación en virtud de la transferencia que opera por la conducta delictiva del individuo. No obstante, ha de ponerse de manifiesto que a lo largo de las últimas décadas están proponiéndose varios conceptos de responsabilidad penal de la empresa por hecho propio (*culpabilidad empresarial proactiva, culpabilidad empresarial constructiva, culpabilidad por la ética empresarial, etc.*) basadas en aspectos como el déficit organizativo, deficiente cultura corporativa, etc.

El influjo que este país, y el mundo anglosajón por extensión, ha generado durante las últimas décadas en todos los aspectos -entre los que se incluye el Derecho- por su condición de potencia preeminente, ha tenido un papel decisivo a la hora de que otros -sobre todo aquellos países europeos e iberoamericanos encuadrables en la tradición del Civil Law- comenzasen a asumir, o al menos debatir, la responsabilidad penal del ente corporativo en sus respectivos ordenamientos jurídicos⁹⁷. Sobre este fenómeno, apunta DEL ROSAL BLASCO⁹⁸:

«Históricamente, el sistema de responsabilidad por transferencia es el primero que surge, concretamente, en el ámbito del Derecho anglosajón, y está basado en una ancestral doctrina del common law según la cual los señores son absolutamente responsables de todas las acciones ilícitas y dañinas de sus sirvientes».

Por último, hay que indicar que el **Reino Unido** no sólo contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas en su ordenamiento jurídico, sino que en esta materia goza de una profunda tradición, siendo el precursor por excelencia en

origen bajo los fundamentos del modelo de heteroresponsabilidad o responsabilidad por transferencia de un hecho cometido por la persona física. No obstante, hay otros, como Holanda o Suiza, que parecen fundar la responsabilidad penal de la persona jurídica en la idea de autorresponsabilidad.

⁹⁷En relación con este fenómeno, MORILLAS CUEVA manifiesta: *«generalmente, y en una visión tradicional, la alternativa se ha situado en la diferenciación entre el derecho anglosajón donde, generalmente, se ha propiciado en sus legislaciones la admisión de la responsabilidad penal de esta variedad de personas, y los sistemas continentales donde, por contra, se ha optado por el mantenimiento del clásico principio societas delinquere non potest, como consecuencia del cual no se atiende a las hipótesis criminales para las personas jurídicas. Sin embargo, esto no es actualmente del todo correcto ya que Códigos, incluidos en la segunda de las variables, no son ajenos a este tipo de responsabilidad -por ejemplo, Francia y mucho más recientemente, y es el objeto principal de este artículo, España-, como veremos más adelante, pues ambos sistemas, en opinión de TIEDEMANN, cada vez se asemejan más»*, en MORILLAS CUEVA, L.; «La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas» en *Revista Anales de Derecho* (Univ. de Murcia), núm. 29, 2011, p. 6. Disponible en: <http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/153501/135381> [2017, 30 junio]

⁹⁸DEL ROSAL BLASCO, B.; «Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado» en *Diario La Ley*, N° 8732, Sección Doctrina, abril, 2016.

el ámbito europeo. El origen remoto de la responsabilidad vicarial parece encontrarse en el s. XV y en el ámbito legislativo, puede situarse en el año 1889 mediante la *Interpretation Act*⁹⁹.

La noción moderna de la persona jurídica como sujeto penalmente responsable que parece tener su raíz en la «doctrine of identification». Aunque no existe unanimidad en orden al modelo de atribución que acoge, es mayoritaria la doctrina que considera que la responsabilidad corporativa se basa en los postulados de la responsabilidad por hecho ajeno, extremo que parece ratificarse a raíz del caso *Tesco Supermarkets Ltd. v. Natras*¹⁰⁰.

El desarrollo de esta cuestión obedece a la progresiva relevancia del Derecho penal económico y la necesidad de aplicar un adecuado *enforcement* a objeto de que, por parte de las cúpulas directivas de las grandes corporaciones, existiera la firme determinación de desplegar todas las medidas necesarias para impedir incumplimientos o riesgos que pudieran afectar a la ciudadanía o a los intereses económicos, puesto que, ya sea por el creciente tamaño o trascendencia de la actividad económica de estos entes, los daños provocados pueden tener un altísimo impacto¹⁰¹.

Para concluir, se puede apuntar que, desde el ámbito anglosajón, viene defendiéndose que la aplicación de sanciones de naturaleza administrativa es percibida con un mal mensaje a la comunidad, pues no despliegan el *enforcement* necesario al no estigmatizar, aun cuando puedan llegar a imponerse en el seno de un proceso penal¹⁰².

⁹⁹Interpretation Act, 1889: «2. *Application of penal Acts to bodies corporate*». Documento digitalizado p.5, disponible en: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1889/63/pdfs/ukpga_18890063_en.pdf [2017, 15 septiembre]

¹⁰⁰*Parliamentary Archives* (ref.: *HL/PO/JU/4/3/1215*). Disponible en: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1971/1.html> [2017, 15 septiembre]

¹⁰¹ En esta noción radica la traslación de objeto de la controversia desde el Derecho de daños hacia el Derecho Penal, más coercitivo y que genera mayor reproche social.

¹⁰²Sobre esta opinión, citando expresamente a Alemania e Italia -o para profundizar en derecho comparado con el ámbito anglosajón-: MAGLIE, C.; «Models of corporate criminal liability in comparative law» en *Washington University Global Studies Lay Review*, vol 4:547, January, 2005, p. 17. Disponible en: https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.es/&httpsredir=1&article=1213&context=law_globalstudies [2016, 28 febrero]

CAPÍTULO 3

LA RESPONSABILIDAD PENAL CORPORATIVA EN EL CÓDIGO PENAL

3. La responsabilidad penal corporativa en el Código Penal

3.1. Responsabilidad penal de la persona jurídica y el artículo 31 bis 1 C.P.

Dejando a un lado las más significativas controversias acerca de qué modelo de responsabilidad acoge nuestro ordenamiento jurídico-penal y situándonos en un pragmatismo más evidente, resulta incontrovertible que el Código Penal contempla dos grupos de circunstancias que vienen a constatar la íntima vinculación entre la responsabilidad penal del individuo -la de un miembro del ente corporativo que ha tenido un comportamiento típico y antijurídico en el seno de la organización- con la responsabilidad penal corporativa¹⁰³.

Estas exigencias configuran un doble sistema de atribución de responsabilidad al ente, recogido en las letras *a)* y *b)* del apartado 1 del artículo 31 bis, mediante el cual, si concurren todos los elementos contemplados en alguna de ellas, la persona jurídica puede ser declarada penalmente responsable. Mediante el término «hecho de conexión»¹⁰⁴, se hace referencia a ese conjunto de presupuestos que deben concurrir y que, según el referido precepto del Código, modificado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, son los siguientes:

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

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica,

¹⁰³Como ya hemos visto, se trata de cuestión que suscita un intenso debate dogmático (autorresponsabilidad, heterorresponsabilidad, posiciones eclécticas, etc.) y cuyo aspecto menos controvertido es que, sea cual sea el modelo, lo cierto es que el Código prevé la imposición de una pena a la corporación con sustento en la concurrencia de ese conjunto de circunstancias. Resulta pertinente incidir en que la postura mantenida en la presente investigación es que nuestro Código Penal acoge el modelo responsabilidad por hecho ajeno y con base en ello, se conforma el «hecho de conexión».

¹⁰⁴Con relación a este concepto *vid.* DEL ROSAL BLASCO, B.; «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención», en AAVV/MORILLAS CUEVA (Dir.); *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Ed. Dykinson, Madrid, 2015, pp. 84-89. También procedente y de interés GÓMEZ TOMILLO, M.; «Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho Penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 25, septiembre 2001, pp. 50-54; así como FEJOO SÁNCHEZ, B.J.; «Cap. IV Los requisitos del Art. 31 bis 1» en BAJO HERNÁNDEZ, M./FEJOO SÁNCHEZ, B.J./CÓMEZ-JARA DÍEZ, C.; *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (2ª Ed.). Ed. Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 75-88.

están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

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

Igualmente, nuestro Código marca unos elementos comunes y unas diferencias sustanciales según las facultades o posición jerárquica que detente la persona física autora del delito, en esencia, la distinción se establece según el delito lo cometa un directivo o un empleado. Sobre esta cuestión, cabe traer a colación lo contemplado en la Circular 1/2016 FGE:

«Pues bien, la vigente regulación del apartado primero del art. 31 bis continúa estableciendo en sus letras a) y b) los dos presupuestos que permiten transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas. En ambos casos, se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica.»

Ese trato diferenciado está dirigido a que sea más fácil atribuir la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando el individuo que delinque es un directivo que cuando se trata de un empleado. La configuración de los elementos que han de darse en aquellos supuestos en que el delito es cometido por un directivo, es menos exigente. Básicamente, consiste en que no se requiere la concurrencia del incumplimiento grave de los deberes de supervisión y control, lo que DEL ROSAL BLASCO¹⁰⁵ viene a denominar *norma general*. Por el contrario, en los casos en que el

¹⁰⁵DEL ROSAL BLASCO, B.; «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención», *op. Cit*, pp. 88-89, diciendo literalmente: «*Ahora bien, fuera de estas coincidencias, hay un elemento diferencial nada desdeñable que es el que se refiere al incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control, como elemento para la definición de la responsabilidad penal de la persona jurídica, porque, respecto de los delitos de los empleados, lo que podríamos decir que es la norma especial, determina que para que la empresa responda hay que acreditar que el delito se ha podido cometer porque se han incumplido gravemente, por aquéllos que son mencionados en el apartado a), dichos deberes [art. 31 bis, núm. 1, apartado b)], mientras que en el caso de los delitos de los directivos, por remisión a lo que podríamos llamar norma general,*

sujeto que delinque es un empleado, será necesaria la apreciación de tal incumplimiento, *norma especial*. Estos y otros aspectos que resultan importantes a la hora de aquilatar la responsabilidad penal corporativa son los que serán abordados en el siguiente apartado.

3.1.1. «Hechos de conexión»: elementos necesarios para la atribución de responsabilidad penal al ente corporativo

3.1.1.1. Presupuestos ciertamente compartidos para los dos «hechos de conexión» (letras a y b del 31 bis 1 C.P.)

1) La comisión de un delito que tenga contemplada la responsabilidad penal corporativa

El modelo de responsabilidad corporativa asilado por nuestro Código Penal determina, como presupuesto esencial y común para poder transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica, que se evidencie la comisión de un delito por parte de una persona física íntimamente vinculada al ente corporativo. Un delito, además, de esos que conforman el catálogo cerrado para los que el legislador ha previsto la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Una persona física que no es necesario que haya sido identificada, investigada ni procesada, tal y como se desprende del art. 31 ter 1 del Código Penal, según el cual, la responsabilidad penal de la persona jurídica será exigible aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella.

La comisión de un delito por la persona física vinculada al ente corporativo puede ser por acción, pero también cabe el comportamiento delictivo bajo la modalidad omisiva -extremo que se sospecha habitual respecto de aquellos individuos que detenten puesto decisorios o funciones supervisoras en el organigrama-

la empresa responderá si se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano de cumplimiento normativo (art. 31, núm. 2, condición 4ª).»

A estos efectos, debe entenderse por delito la conducta típica y antijurídica, no siendo determinante, a la hora de transferir la responsabilidad penal al ente, la concurrencia del reproche culpabilístico a la persona física, que puede faltar como luego se verá.

Es decir, la responsabilidad penal del ente no debe ser entendida como una *responsabilidad accesoria* pura, puesto que ello supondría que, para poder sancionarle mediante la imposición de una pena, habría tenido que imponerse una pena a la persona física que realizó el comportamiento delictivo. La accesoriidad en este sistema de responsabilidad penal corporativa se circunscribe, pues, a los términos de conducta típica y antijurídica de la persona física.

La exigencia de que la conducta desplegada por la persona física sea antijurídica comporta que el individuo no haya actuado «*autorizado*» *por una causa de justificación*. No cabe pues, transferencia alguna de responsabilidad al ente corporativo cuando el individuo actuó en casos como la legítima defensa (difícilmente concebible a la vista del catálogo de delitos para los que se prevé la responsabilidad penal corporativa), estado de necesidad o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (si este fuera contemplable)¹⁰⁶. De este modo, aunque el Código no regule expresamente cómo operan las causas de justificación del individuo que delinque ante la depuración de la responsabilidad del ente corporativo, tan sólo debe acudir a una interpretación conjunta de los elementos estructurales de la teoría general del delito y las exigencias contempladas en los presupuestos que determinan la responsabilidad penal del ente para concluir que no se darían las exigencias previstas en el «hecho de conexión»: la presencia de una causa de justificación hace que falte el injusto típico que es presupuesto del «hecho de conexión», circunstancia lógica si se piensa que lo

¹⁰⁶Un hipotético problema que, considero, podría plantearse es aquel donde otro/s individuo/s vinculado/s a la persona jurídica habían situado a la persona física que realizó el comportamiento delictivo en una situación en la que es apreciable la causa de justificación y, sin embargo, desde la persona jurídica se persigue la consumación de ese delito. En ese caso, parece que lo lógico es dirigir el foco hacia los individuos que elaboran o configuran esa situación para definir y depurar responsabilidades penales sobre estos, pudiéndose además atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica cuando se den las exigencias previstas en el «hecho de conexión». Igualmente, sería oportuno analizar las previsiones del *compliance program*, su grado de previsión y eficacia a la hora de prevenir tales circunstancias. Se trata de un cotejo del desempeño del *compliance* con respecto si éste «favoreció» el error (por ejemplo, en casos de ausencia de actividades de formación en el individuo o de la transmisión de la necesaria información que debiera tener), lo que podría evidenciar la ineficacia del mismo con todo lo que ello implica a los efectos de imposibilitar la exoneración de responsabilidad del ente.

contrario, exigir responsabilidad penal al ente en estos casos, significaría hacerle responder por algo (lo realizado por la persona física) que el ordenamiento jurídico ha permitido.

Distinto es el caso, como hemos adelantado, de que concurra en la persona física alguna circunstancia que permita excluir el reproche culpabilístico para ella (por ejemplo, la concurrencia de una causa de inimputabilidad). Así se desprende del dictado del art. 31 ter 2 del Código Penal, que establece que la concurrencia de circunstancias que afecten la culpabilidad de la persona física que materialmente haya realizado los hechos o los haya hecho posibles por no haber ejercitado el debido control, no afectará la responsabilidad penal del ente. De este modo, pueden darse situaciones en las que atribuya responsabilidad penal a la persona jurídica, pero donde el individuo que realizó la conducta típica y antijurídica haya quedado exento de pena por haber sido declarado inimputable, o porque no le fuese exigible otro comportamiento.

En la medida en que el Código exige, simplemente, la comisión de un delito, el mismo puede haberlo sido, además, en grado de consumación o de tentativa¹⁰⁷ y a título de autor (autor único directo, coautor o autor mediato) o de partícipe (inductor, cooperador necesario o cómplice)¹⁰⁸.

Finalmente, como señala asimismo el art. 31 ter 2 del Código Penal, tampoco impide la transferencia de responsabilidad penal al ente el hecho de que la persona física hubiese fallecido, extinguiéndose de este modo la responsabilidad criminal en que hubiere podido incurrir, o el hecho de que se hubiere sustraído a la acción de la justicia.

¹⁰⁷FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.; «Cap. III Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...» en *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*, *op. cit.* p. 71.

¹⁰⁸DEL ROSAL BLASCO, B.; «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención», *op. cit.* p. 93.

II) En beneficio directo o indirecto de la persona jurídica

El segundo elemento totalmente coincidente entre los «hechos de conexión» que reflejan las letras *a)* y *b)* del artículo 31 bis 1 del Código Penal es que la conducta de la persona física se haya desarrollado «en beneficio directo o indirecto» de la persona jurídica.

La expresión «*en beneficio directo o indirecto*» ha venido a sustituir, tras la Ley Orgánica 1/2015, al término «*en provecho*», que fue el inicialmente introducido en el 31 bis 1 C.P. mediante Ley Orgánica 5/2010.

DEL ROSAL BLASCO¹⁰⁹ incide en que el término precedente se prestaba a diversas lecturas de naturaleza subjetiva y objetiva, lo que generaba cierta problemática. Así, según este autor, antes de la reforma de la LO 1/2015, el texto se refería a que la actuación debía de ser en provecho de la persona jurídica, lo que suscitaba la cuestión de si ese provecho debía de ser de naturaleza económica o podía ser de otra índole, y si se había de interpretar como un elemento típico de naturaleza objetiva que debía concurrir necesariamente, o, por el contrario, se debía interpretar como un elemento de naturaleza subjetiva y, por lo tanto, de concurrencia meramente potencial en el ánimo de los actuantes; y, en este caso, si ese debía de ser ese el fin último del comportamiento del órgano o representante o, simplemente, debía de estar presente como añadido al objetivo de su propio provecho personal.

Pues bien, a juicio de DEL ROSAL BLASCO, el nuevo texto legal ha resuelto algunas dudas, aunque no todas. Por ejemplo, subsiste la duda de si el concepto de beneficio, al que se refiere el art. 31 bis 1, para ser coherente con la interpretación que se le concede a dicho concepto en el ámbito típico de los delitos patrimoniales o socioeconómicos, se debe de interpretar en estrictos términos patrimoniales, de modo que el concepto de beneficio se entienda como beneficio patrimonial.

¹⁰⁹*Ibid.* p. 99.

FEIJOO SÁNCHEZ¹¹⁰ apunta que este cambio terminológico no ha afectado sustancialmente la interpretación que se venía haciendo desde el año 2010 por parte de la doctrina, señalando que la propia Real Academia los contempla como sinónimos. PALMA HERRERA¹¹¹ comparte esta visión argumentando que el cambio de vocablo tampoco implica una modificación interpretativa pues por «provecho» había de entenderse como cualquier tipo de beneficio o ventaja; se trataba de un término que no se circunscribía a una connotación meramente económica y tampoco la ventaja producida para la persona jurídica tendría que ser consecuencia directa de la conducta delictiva de la persona física.

Sobre esta cuestión, la Circular 1/2016 FGE- considera que el cambio terminológico supone una ampliación e incide en la defensa de una posición eminentemente objetiva respecto a la interpretación término¹¹².

Particularmente, entiendo que a pesar del cambio del vocablo siguen subsistiendo las dos posibles interpretaciones antes señaladas: considerar que, para que la conducta se adecúe a este presupuesto se requiere que el individuo haya desarrollado su comportamiento delictivo con el propósito de reportar un beneficio directo o indirecto para la persona jurídica, o bien que se entienda que es necesario, desde una perspectiva ex ante, que la conducta pudiera objetivamente conllevar algún tipo de beneficio directo o indirecto para el ente corporativo.

¹¹⁰FEIJOO SÁNCHEZ, B.; «Cap. IV Los requisitos del Art. 31 bis 1» en *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*, op. cit. pp. 81-82; por otro lado, señalar que el autor desarrolla de una manera precisa y acertada cada elemento contemplado en las letras a) y b) del art. 31 bis 1 C.P.

¹¹¹PALMA HERRERA, J.M.; «Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de “compliances”» en *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, op. cit. pp. 42-43.

¹¹²La Circular 1/2016 FGE, pp. 17-18, contempla: «La sustitución en la LO 1/2015 del término “provecho” por el de “beneficio directo o indirecto” despeja las dudas en favor de la interpretación lata que permite extender la responsabilidad de la persona jurídica a aquellas entidades cuyo objeto social no persigue intereses estrictamente económicos, así como incluir los beneficios obtenidos a través de un tercero interpuesto (caso de las cadenas de sociedades), los consistentes en un ahorro de costes y, en general, todo tipo de beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales.

La nueva expresión legal “en beneficio directo o indirecto” mantiene la naturaleza objetiva que ya tenía la suprimida “en provecho”, como acción tendente a conseguir un beneficio, sin necesidad de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad. Incluso cuando la persona física haya actuado en su exclusivo beneficio o interés o en el de terceros ajenos a la persona jurídica también se cumplirá la exigencia típica, siempre que el beneficio pueda alcanzar a esta, debiendo valorarse la idoneidad de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella.»

POLAINO NAVARRETE¹¹³, mantiene que la interpretación adecuada del término es aquella situada en una concepción subjetiva, donde se atiende a la intencionalidad del individuo autor de la conducta obviando la posibilidad de obtener un beneficio por parte de la persona jurídica.

No obstante, considero más acertado entender que, mediante la fórmula «*en beneficio directo o indirecto*», se engloban los comportamientos delictivos del individuo que, *ex ante*, resultan objetivamente idóneos para generar beneficio – entendido como ganancia, utilidad, dividendo, recompensa, etc.- a la persona jurídica, ya sea de forma directa (por ejemplo, a través de ingresos en el propio flujo económico de la empresa) o por vía indirecta (como el aumento de clientes de una discoteca ante la venta de droga por parte de un empleado¹¹⁴), resultando así indiferente la verdadera intencionalidad de la persona física respecto a su concreto deseo de favorecer o no a la persona jurídica, o el hecho de que junto a esta intención concorra, asimismo, el ánimo de la persona física de obtener un enriquecimiento personal.

En síntesis, no concurrirá este presupuesto y, en consecuencia, no habrá responsabilidad penal para la persona jurídica cuando el comportamiento de la persona física que delinque sólo reporte -o sólo pueda reportar- algún tipo de beneficio a sí mismo o a terceros distintos a la propia persona jurídica; es decir, cuando la conducta no resulte apta, ni lógica para favorecer a la persona jurídica. Tampoco, cuando la actuación del individuo que delinque cause un claro perjuicio o resulte lesiva para la persona jurídica, sin que pueda entenderse como tal perjuicio la posible responsabilidad penal transferible a la persona jurídica, pues de entender esta responsabilidad como perjuicio, nunca concurriría este presupuesto del «hecho de conexión».

¹¹³POLAINO NAVARRETE, M.; *Lecciones de Derecho Penal. Parte General Tomo II (2ªEd)*. Ed. Tecnos, Madrid, 2016, p. 42.

¹¹⁴Ejemplo consignado en la propia Circular 1/2016 FGE, p. 18.

3.1.1.2. Las facultades de la persona física que comete el delito como elemento específico de cada uno de los dos «hechos de conexión».

l) Representante legal, autorizado para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o que ostente facultades de organización y control dentro de la misma (letra a del 31 bis 1)

Por medio de la expresión «representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma» se identifican de modo expreso cuáles son las personas físicas que deben realizar el comportamiento delictivo que engloba el «hecho de conexión» del 31 bis 1 letra a) C.P.

DEL ROSAL BLASCO¹¹⁵ señala que, cuando se trata de comportamientos delictivos desarrollados por las personas físicas con facultades de representación, decisión o control, señaladas en la letra a) del artículo 31 bis 1 C.P., se vienen a designar *delitos de directivos*; mientras que, cuando quien delinque es una persona física que se encuentra sometida a la autoridad de los anteriores (que es la fórmula que emplea la letra b de dicho artículo 31 bis 1) estamos en presencia de *delitos de empleados*.

Se trata del punto de partida de un trato diferenciado que, como se verá, permite atribuir como mayor facilidad la responsabilidad penal al ente corporativo cuando el individuo que delinque es un directivo (*norma general*), pues como se desarrollará más adelante, cuando quien delinque es un empleado sometido a la autoridad del directivo es preciso que exista un incumplimiento grave de los deberes de supervisión y control de la actividad por parte del directivo (*norma especial*)¹¹⁶, gravedad que no se requiere cuando quien delinque es una de las personas de la letra a) del 31 bis 1 del Código Penal.

¹¹⁵DEL ROSAL BLASCO, B.; «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención», *op. Cit*, pp. 84-85.

¹¹⁶*Vid. supra* pp. 87-88. Ese trato diferenciado para establecer un nivel de exigencia más laxo a la hora de atribuir la responsabilidad penal a la persona jurídica cuando el individuo que comete el delito es un directivo -entendido como una persona con facultades de representación, decisión o control-, tiene su reflejo en materia de exención de responsabilidad penal del ente corporativo, instituyendo lo que se puede conocerse como el *doble régimen de exención*, *vid. infra* pp. 130-151.

Ahondando en el análisis de cada uno de los términos utilizados por el Código Penal, mediante la expresión «*representante legal*» se alude a aquella persona física que ejerce la representación de la persona jurídica, interpretando *representación* en términos globales. Así, este concepto incluye a los individuos que tienen conferidos poderes generales para representar al ente en todo aquello que comprende su objeto social, incardinándose en este supuesto apoderados generales o representantes orgánicos¹¹⁷. Quedarían, pues, excluidos de esta terminología, y pese a lo que sostiene algún autor¹¹⁸, los individuos que, por cualquier razón, ya sea para cumplir un mandato, realizar una gestión concreta *ad hoc*, desempeñar unas tareas definidas, etc., se les haya atribuido algún poder especial de representación (lo que se denomina *representación voluntaria*)¹¹⁹.

Existen supuestos en los que la representación procede de una norma con rango legal, como sucede en el ámbito mercantil de las sociedades de capital. Así, el *Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital*, recoge en su artículo 233 que la representación de

¹¹⁷FEIJOO SÁNCHEZ, B.; «Cap. IV Los requisitos del Art. 31 bis 1» en *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*, *op. cit.* p. 77.

¹¹⁸PALMA HERRERA, J.M.; «Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de “compliances”» en *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, *op. cit.* pp. 30-31.

¹¹⁹ La Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 24 de noviembre de 1998 explica su naturaleza y la diferenciación existente entre ésta y la denominada representación orgánica en su Fundamento Jurídico Segundo: «*la representación orgánica constituye el instrumento a través del cual el ente societario manifiesta externamente la voluntad social y ejecuta los actos necesarios para el desenvolvimiento de sus actividades; es el propio ente el que actúa, siendo, por tanto, un elemento imprescindible de su estructura y conformación funcional, y sus actos directamente vinculantes para el órgano actuante, por lo que, en puridad, no puede afirmarse que exista una actuación «alieno nomine», sino que es la propia sociedad la que ejecuta sus actos a través del sistema de actuación legal y estatutariamente establecido (autoeficacia); de esta naturaleza peculiar derivan, a su vez, las características que la definen: Actuación vinculada, competencia exclusiva del órgano, determinación legal del ámbito del poder representativo mínimo eficaz frente a terceros, y supeditación, en todo lo relativo a su existencia y composición, a las decisiones del órgano soberano de manifestación de la voluntad social. A diferencia de ella, la representación voluntaria se dirige a posibilitar la actuación de un sujeto distinto del titular de la relación jurídica con plenos efectos para con este último (heteroeficacia), por lo que queda sometida a principios de actuación diferentes de los de la primera: Su utilización, de carácter potestativo, y su contenido, en todo lo concerniente al ámbito de la actuación representativa y a la actuación del apoderado, se somete a lo estrictamente estipulado en el acto de otorgamiento del poder, correspondiendo la decisión sobre su conveniencia y articulación, en sede de persona jurídica, al órgano de administración, al tratarse de una materia reservada a su ámbito de competencia exclusiva, sin perjuicio de la obligación de respetar las disposiciones estatutarias al respecto».*

la sociedad les corresponde a sus administradores en la forma determinada por sus estatutos.

De este modo, el contenido de los estatutos y acuerdos adoptados por el órgano de administración cobran una gran trascendencia a la hora de identificar y atribuir posibles responsabilidades, sobre todo en los casos de administradores solidarios o en los supuestos donde se haya constituido un consejo de administración¹²⁰. A este respecto, se debe apuntar que un comportamiento delictivo por parte de uno o varios individuos de un órgano, puede causar incertidumbres relacionadas con las formas de participación de la persona o personas físicas que han delinquido. Sin embargo, esta problemática no implica un freno a la hora de atribuir responsabilidad penal a la persona física pues, como se ha expuesto con anterioridad, cualquier forma de comisión del delito por parte del individuo -sea por acción u omisión y a título de autor o partícipe- puede fundamentar la atribución de responsabilidad al ente. Lo realmente determinante es que la conducta del individuo que asume la representación se incardine en los procedimientos reglados del ente, de modo que se evidencie que el comportamiento se ha desarrollado en nombre de la persona jurídica, es decir, que se trata de un acto válido de representación de la misma, para lo que habrá que estar tanto a la legislación sectorial, como a aquello que contemplan los estatutos sociales.

Siguiendo con la terminología que utiliza la letra a) del art. 31 bis 1 del Código Penal, el ente responde también de los delitos cometidos por aquellas personas físicas que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la misma. Independientemente

¹²⁰El apartado 2 del referido artículo 233 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital indica:

«2. La atribución del poder de representación se regirá por las siguientes reglas:

a) En el caso de administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a éste.
b) En caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la junta sobre distribución de facultades, que tendrán un alcance meramente interno.
c) En la sociedad de responsabilidad limitada, si hubiera más de dos administradores conjuntos, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente al menos por dos de ellos en la forma determinada en los estatutos. Si la sociedad fuera anónima, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente.
d) En el caso de consejo de administración, el poder de representación corresponde al propio consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto.

Cuando el consejo, mediante el acuerdo de delegación, nombre una comisión ejecutiva o uno o varios consejeros delegados, se indicará el régimen de su actuación.»

de que algún supuesto sea también subsumible en la figura de los representantes legales que se acaba de abordar, esta fórmula alcanza a las personas físicas que, sin ser representantes legales de la misma, juegan un papel determinante en el organigrama del ente corporativo.

Estos individuos pueden actuar de modo individual o formar parte de un órgano colegiado, pero lo trascendente es que les han sido atribuidas expresamente funciones en materia de toma de decisiones. De este modo, atendiendo a los estatutos, organigrama y procedimientos de la empresa, deben considerarse catalogables dentro de esta categoría aquellos individuos que ocupan puestos decisorios en la organización, como pueden ser jefes de unidades operativas, ejecutivos, directores de departamentos con capacidad resolutoria, así como otros directivos o mandos intermedios que ejercen de alguna manera una autoridad, gozan de una verdadera potestad discrecional en la toma de decisiones o que tienen delegadas determinadas funciones. En consecuencia, quedarían excluidos de la misma los empleados que tienen funciones gestoras, de realización de operaciones o actividades de carácter material conforme a unas instrucciones, procedimientos o protocolos y que carecen de una verdadera potestad discrecionalidad en el ejercicio de sus funciones.

Más discutible es la categoría en la que debe encuadrarse al «administrador de hecho». La precisa y característica situación «de hecho» provoca claramente que no pueda considerársele representante legal, pero nos encontramos con la problemática acerca de si procede su inclusión o exclusión en este ámbito de personas con funciones decisorias. Un «administrador de hecho» dirige las políticas de la empresa, toma decisiones relevantes y asume el resto de atribuciones de eminente carácter discrecional -propias quien ocupa la posición más elevada en un organigrama-. Pero es una situación fáctica, carente de soporte normativo, que no le es atribuida a ese sujeto como sí se atribuye a otros la capacidad de adoptar decisiones. El administrador de hecho es quien realmente “manda” dentro de la persona jurídica, por lo que difícilmente puede considerársele una persona autorizada para tales cometidos por alguien del propio organigrama del ente. Pese a todo, la Circular 1/2016 FGE estima

que tal figura sí es encuadrable entre quienes se encuentran autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica¹²¹.

En cualquier caso, parece que se trata de una discusión más teórica que práctica, pues si no considerásemos al «administrador de hecho» como un individuo que tenga cabida bajo el concepto de los sujetos «*autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica*» siempre cabría incluirlo en la última de las fórmulas destinada a identificar quiénes son los individuos que han de realizar el comportamiento delictivo previsto en el «hecho de conexión» de la letra a) del artículo 31 bis 1 C.P.

Cuando el Código se refiere en esta *norma general* a las personas físicas que «ostentan facultades de organización y control dentro de la misma» puede entenderse que, mediante el término «ostentar» se quiere imprimir un marcado carácter de apariencia, de exteriorización. En tal caso, puede ser más asumible situar al «administrador de hecho» bajo esta fórmula, pues sus decisiones son manifestaciones que exteriorizan su capacidad para organizar y dirigir al ente corporativo. Igualmente, son también subsumibles en esta fórmula aquellos mandos y cargos que, en virtud de del puesto orgánico que ocupan, detentan funciones de vigilancia y supervisión, como pueden ser los responsables de prevención de riesgos laborales, directores de seguridad de algún ámbito concreto, supervisores o «controllers» financieros, operativos, etc. Por supuesto, como paradigma de este concepto ha de señalarse al

¹²¹La Circular 1/2016 FGE, pp. 15-16, se pronuncia en este sentido cuando dice:

«No aparecen claramente incluidos en la nueva redacción los administradores de hecho. Es cierto que se trata de un concepto interpretado por la jurisprudencia en sentido lato, pues "... no ha de estarse a la formalización del nombramiento, de acuerdo a la respectiva modalidad societaria, ni a la jerarquía en el entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la realización material de funciones de dirección" (STS nº 59/2007 de 26 de enero), de tal modo que lo será "toda persona que por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad y concretamente las expresadas en los tipos penales, quien de hecho manda o quien gobierna desde la sombra" (STS nº 598/2012, de 5 de julio). En todo caso, el administrador de hecho nunca puede ser un mando intermedio, pues imparte las instrucciones, incluso a los administradores de la sociedad (art. 236.3LSC), no las recibe ya que "debe participar activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeta a esferas superiores de aprobación o decisión." (STS nº 59/2007). Por lo tanto, los administradores de hecho solo encajarían en este apartado de los "autorizados para tomar decisiones", no en el de quienes "ostentan facultades de organización y control". Y aun para conseguir tal encaje ha de interpretarse que la autorización para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica puede ser también tácita. Otro entendimiento llevaría a la injustificada exclusión de los administradores de hecho del círculo de sujetos capaces de transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica.»

órgano que detenta la *función de compliance*¹²², independientemente de su denominación y de si es unipersonal o colegiado.

II) Individuo sometido a la autoridad de los anteriores (letra b del 31 bis 1)

La letra b) del 31 bis 1 C.P., por su parte, hace responder a la persona jurídica de los delitos cometidos por quienes están «*sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior*».

Resulta pacífico considerar subsumibles en este supuesto a los trabajadores y empleados subordinados que desarrollan su actividad laboral bajo la dirección o supervisión de los miembros de la organización ya señalados. Cabe suponer que estos operarios jerárquicamente subordinados son asalariados y que, por tanto, se hayan vinculados contractualmente bajo el régimen de trabajadores por cuenta ajena con la persona jurídica. Estos sujetos desarrollan su actividad laboral con arreglo a las cuatro notas definitorias que determinan la naturaleza laboral del vínculo (subordinación técnico-jurídica, ajenidad, voluntariedad y retribución). Y, respecto al estatus de este tipo de relación, se encuentra directamente regida por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y los convenios colectivos.

Sin embargo, el concepto penal de «empleado» trasciende de los límites impuestos por la normativa laboral por lo que no sólo los anteriores pueden ser miembros en sentido estricto del ente corporativo, sino que puede quedar englobados, asimismo, aquellos trabajadores por cuenta propia, personal jurídicamente independiente o subcontratados de otra persona jurídica, siempre y cuando la concreta labor del individuo se encuentre dentro de los márgenes del objeto social del ente y bajo su estructura organizativa, de modo que siga procedimientos y atienda instrucciones provenientes de mandos de la persona jurídica cuya atribución de la responsabilidad penal se analiza. Así lo pone de manifiesto la propia Circular 1/2016 FGE en su conclusión octava cuando afirma que «*Los sujetos a que se refiere el apartado 1 b) deben operar en el ámbito de dirección, supervisión, vigilancia o control*

¹²²Vid. *infra* pp. 151-181.

de las personas físicas mencionadas en la letra a) del mismo apartado, no siendo necesario que se establezca una vinculación directa con la empresa, quedando incluidos autónomos, trabajadores subcontratados y empleados de empresas filiales, siempre que se hallen integrados en el perímetro de su dominio social¹²³.»

Así lo ha puesto de manifiesto también la mayoría de la doctrina¹²⁴, que ha llegado a admitir, incluso, al operario en situación irregular por falta de contrato laboral que actúa, no obstante, sometido a las directrices de alguno de los sujetos del 31 bis 1 a).

En síntesis, cualquier individuo que esté íntimamente vinculado a la persona jurídica -aunque no sea de un modo directo-, independientemente de la naturaleza que tenga el vínculo -laboral o mercantil- que establece la relación profesional entre el trabajador y el ente, podrá entenderse que se ajusta a los términos de la letra b) del apartado 1 del 31 bis C.P. siempre que se evidencie una situación de «sometimiento» o «subordinación», es decir, que el trabajador se encuentre en la obligación de asumir los procedimientos, pautas e instrucciones que le son dadas por el personal directivo de la persona jurídica señalado en la letra a) del mismo precepto.

¹²³Circular 1/2016 FGE pp. 24-25.

¹²⁴FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.: «Cap. IV Los requisitos del Art. 31 bis 1» en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. Cit p. 80. No obstante, como ejemplo de excepción a la postura mayoritaria, vid. GÓMEZ TOMILLO, M; en *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, p.79, donde argumenta lo siguiente: «Prescindiendo de lo expuesto, debe entenderse que se requiere alguna clase de vinculación jurídica entre la persona física actuante, de carácter subordinado, y la persona jurídica. Sin embargo, ésta no puede concebirse en términos estrictos de relación laboral. En consecuencia, bastaría, por ejemplo, con un contrato de arrendamiento de servicios...». Es una consideración que comparto, pues, a menos que desde la cúpula del ente se haya promovido de manera premeditada la ausencia del vínculo contractual, creo necesaria la existencia de un marco mínimo que establezca de ciertas bases y que clarifique, en cierto modo, funciones y responsabilidades del individuo respecto a la persona jurídica. Sostengo esta opinión por dos razones: 1ª) Que quede clara la relación de sometimiento y se evidencie la obligación por parte del individuo de acatar directrices u órdenes. 2ª) Impedir que, en consecuencia, la persona jurídica responda frente a cualquier actividad imaginable que pudiera desarrollar un «hipotético empleado».

3.1.1.3. La vinculación entre la conducta de la persona física y la persona jurídica como elemento específico de cada uno de los dos «hechos de conexión»

1) La actuación en nombre o por cuenta de la persona jurídica

La letra a) del apartado 1 del 31 bis 1 C.P. exige que el delito haya sido cometido actuando «*en nombre o por cuenta de la persona jurídica*».

Se trata de una fórmula cuya diferencia con la que utiliza la letra b) de dicho artículo («en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta») tiene su razón de ser en la propia condición de las personas físicas a las que viene asociada, personas con capacidad para actuar por la persona jurídica obligándola frente a terceros y también para tomar decisiones en el seno de la misma vinculantes para quienes forman parte de su entramado organizativo.

Lo primero que llama la atención de esta expresión es que se trata de dos términos unidos por la conjunción «o», lo que indica que no tienen por qué concurrir ambos, pudiendo darse de manera alternativa.

Respecto a la extensión de ambas fórmulas, existe discrepancia doctrinal sobre si tienen significados similares o, por el contrario, plantean diferencias sustanciales.

DEL ROSAL BLASCO¹²⁵ apunta hacia la primera opción señalando que, a pesar de que en el ámbito mercantil tal distinción sí es posible, diferenciar los conceptos en el

¹²⁵DEL ROSAL BLASCO, B.; «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención», *op. Cit.*, pp. 98-99, donde, tras subrayar la distinción en el orden mercantil, apunta las razones que según el autor justifican que la diferencia no tiene trascendencia penal para seguidamente recoger una serie de consideraciones que estimo de tal interés que recojo su tenor literal: «*Pero, en el ámbito penal, y especialmente para que, a partir de la actuación del administrador o el representante, se genere la responsabilidad penal de la persona jurídica, semejante amplitud no parece razonable porque objetivizaría, aún más si cabe, la responsabilidad de la persona jurídica y, por ello, entendemos que a la hora de interpretar los conceptos a los que nos referimos debemos de ser más restrictivos. Además, en el párrafo primero del art. 31 bis, núm. 1, los términos actuar en nombre y por cuenta aparecen unidos por una conjunción disyuntiva, lo que invita a pensar que el legislador sí ha querido hacerlos equivalentes.*

*Así las cosas, dos órdenes de consideraciones hay que hacer a este respecto. Primero, en el ámbito de su actuación como administrador, como representante o como directivo, un sujeto se puede **extralimitar formalmente**, de modo que lleve a cabo una actuación que no está dentro de sus competencias como tal representante o como tal administrador; es lo que se ha venido en llamar la acción de exceso. Pero, igualmente, también se puede **extralimitar materialmente**, de modo que su actuación, como administrador, como representante o como directivo, está formalmente dentro de sus atribuciones o*

contexto jurídico-penal carece de virtualidad. Además, expone que la introducción de la conjunción disyuntiva «o» viene a reflejar la propia voluntad del legislador de hacerlos equivalentes. MORILLAS CUEVA¹²⁶, por su parte, entiende que tales conceptos vienen a significar que «*la actuación se ha de producir dentro del marco de las funciones y competencias de los sujetos ejecutantes dentro de la empresa*».

Por el contrario, DÍEZ RIPOLLÉS¹²⁷ señala la marcada diferenciación entre ambas nociones, de tal modo que considera una actuación «*en representación*» como aquella que un tercero observador estimaría razonable, mientras actuar «*por cuenta*» sería la conducta que realmente se encuentra dentro del ámbito competencial del individuo.

En una posición también favorable a la distinción se sitúa PALMA HERRERA incidiendo, entre otros argumentos, en la necesidad de que existan matices para poder englobar las conductas de aquellos individuos que «*ostentan facultades de organización y control*», pues si «*en nombre*» y «*por cuenta*» fuesen términos equivalentes, difícilmente podrá entenderse realizado el «hecho de conexión» de la letra *a*) del 31 bis 1 C.P. en el caso de delito cometido por tales sujetos (como al administrador de hecho, al órgano con la *función de compliance* o *compliance officer*, etc.), pues estos individuos no actúan, ni están facultados para hacerlo, en nombre del

competencias pero vulnera las obligaciones propias de la empresa, establecidas en normas legales. Desde nuestro punto de vista, y compartiendo el criterio de algún autor³¹, sólo si el administrador, el representante o directivo ha actuado en el ámbito de sus competencias se puede aceptar que ha actuado en nombre o por cuenta de la persona jurídica, de modo que deben ser excluidos de esta posibilidad los casos de extralimitación formal, que podrán, en su caso, generar la responsabilidad del órgano o directivo pero no la de la persona jurídica. Los supuestos de extralimitación material sí generarán, sin embargo, la correspondiente responsabilidad penal de la persona jurídica, pero siempre que la actuación del órgano o del representante se haya producido en el seno de la persona jurídica, y dentro de su marco estatutario, y que aquella actuación sea consecuencia del cumplimiento de ese marco estatutario o de la implementación de una política empresarial, aunque sin necesidad de que haya una autorización específica de actuación en el caso concreto.»

¹²⁶MORILLAS CUEVA, L.: «La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas» en *Revista Anales de Derecho* (Univ. de Murcia), núm. 29, 2011, p. 29.

¹²⁷DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», en *Revista para el análisis del Derecho Indret 1/2012*, Barcelona, 2012, p.22, donde expone: «Ese sujeto activo ha de actuar en nombre o por cuenta de la persona jurídica. Son dos elementos subjetivos de tendencia, de carácter alternativo, cuya concurrencia es materialmente compatible con eventuales comportamientos imprudentes expresamente previstos como punibles. El sujeto actuará en nombre de la sociedad cuando su comportamiento se acomode a la política o directivas de la empresa previamente fijadas, y se comportará por cuenta de la sociedad si persigue los intereses de ésta determinados autónomamente en el marco de sus funciones sociales, aun cuando contradiga la política o directivas empresariales. No se dará la tendencia exigida si en el ejercicio de sus funciones sociales persigue de forma predominante intereses propios o si, al margen de sus funciones sociales, realiza actuaciones en interés de la empresa».

ente corporativo, pudiendo hacerlo sólo «*por cuenta*» del mismo. De este modo, concluye, actuación «*por cuenta*» de la persona jurídica debe interpretarse como cualquier forma de actuación de esos sujetos dentro de su ámbito competencial¹²⁸.

Siguiendo también un criterio diferenciador, considero que cometer un delito «*en nombre*» de la persona jurídica debe interpretarse en el sentido de que el individuo actúa en el ejercicio de funciones representativas que les han sido conferidas en virtud de su cargo -lo que nos lleva a las características y facultades de los directivos señalados en esta letra¹²⁹-. De este modo, resultará preciso que el individuo, por su propia condición en el ente corporativo y por el procedimiento seguido¹³⁰, haya actuado de forma tal que haya podido obligar jurídicamente a la persona jurídica frente a terceros.

La segunda fórmula, la que señala los casos en que la persona física delinque actuando «*por cuenta*» de la persona jurídica, comprende todo el elenco de labores de gestión propias del desarrollo de la actividad; aquellas que se sitúen dentro del conjunto de atribuciones orgánicamente conferidas al individuo en cuestión y que se incardinan dentro de los márgenes lógicos de actuación que comprende el ámbito del objeto social. Fuera de estos casos, habiendo actuado el individuo fuera de su ámbito de atribuciones, cabría entender no realizado el «hecho de conexión» y, en consecuencia, no se produciría la transferencia de responsabilidad penal al ente.

II) La actuación en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta de la persona jurídica

Cuando la conducta delictiva es llevada a cabo por una persona física que ostenta la condición de trabajador subordinado a alguna de las personas del 31 bis 1 a), para que se realice el hecho de conexión es preciso que dicha actuación se haya

¹²⁸PALMA HERRERA, J.M.; «Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de “compliances”» en *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, op. cit. pp. 38-39.

¹²⁹Vid. *supra* pp. 94-99.

¹³⁰Pues podrían darse casos en los que existiese la prevención, estatutariamente contemplada, de ser necesaria una actuación mancomunada o en los que la declaración de voluntad adoleciese de los requisitos más elementales.

llevado a cabo «*en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta de la persona jurídica*».

De dicha fórmula pueden destacarse inicialmente dos aspectos. El primero es que contiene la misma expresión «*por cuenta*» de la persona jurídica que cuando el delito es cometido por un directivo. Aunque se trata de un término común, la diferencia entre los sujetos de ambas letras otorga también matices diferenciadores a la interpretación que debe hacerse del mismo. Así, aglutinará el conjunto de tareas gestoras o de desarrollo de la actividad laboral ordinaria del individuo en el seno de la persona jurídica, las que son inherentes a su puesto, por lo que deben encuadrarse dentro de sus atribuciones y en el contexto del objeto social de la empresa.

El segundo aspecto a destacar es que dicho término se encuentra unido por la conjunción copulativa «y» al «ejercicio de actividades sociales», por lo que se exige la concurrencia de ambas circunstancias.

Estimo razonable considerar que, en gran medida, a través de la expresión «*en el ejercicio de actividades sociales*» el legislador viene a adaptar la exigencia contemplada en la letra *a)* del 31 bis 1 C.P. preestablecida para los directivos con facultades decisorias, de control o representación, a las posibilidades o márgenes de actuación de un trabajador o empleado. Es decir, los términos «*en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta*» supone la traslación de la misma idea, pero convenientemente adecuada a las más limitadas funciones de la persona física señalada en el «hecho de conexión» de la letra *b)* del 31 bis 1 C.P.

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por una conducta delictiva del empleado o trabajador que se desarrolla o produce «*en el ejercicio de actividades sociales*»? Mediante dicha expresión el Código Penal exige que el comportamiento delictivo del individuo guarde una clara vinculación con la actividad o actividades comprendidas en el objeto social. Debe de existir un vínculo entre el elenco de facultades que cabe entender podría ejercer un trabajador de la empresa y el marco organizativo y fines del ente. El objetivo que se persigue es claro: impedir que exista atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica cuando un miembro de la empresa realiza un comportamiento delictivo que nada tiene que ver con la organización y gestión

diaria empresarial o con la actividad social que desarrolla el ente corporativo. FEIJOO SÁNCHEZ¹³¹, resume esta idea manifestando que «*el delito debe pertenecer al ámbito organizativo de la empresa, a aquello de lo que la empresa es garante porque es consecuencia de los riesgos que genera*».

3.1.1.4. El incumplimiento grave -por los sujetos referidos en la letra a) del Art. 31 bis 1- de los deberes de supervisión, vigilancia y control

En el caso del «hecho de conexión» de la letra b) del art. 31 bis 1 del Código Penal, es preciso que el empleado o trabajador subordinado a las personas físicas que detentan facultades decisorias, de control o de representación haya podido realizar el hecho delictivo «*por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso*». Esta exigencia se configura como el presupuesto por excelencia del «hecho de conexión» recogido en la letra b), siendo, además el principal elemento que nutre la decisión político-criminal de exigir responsabilidad penal a la persona jurídica.

Se trata de un presupuesto carente de cualquier posible correspondencia o parecido con lo preceptuado en la letra a) del 31 bis 1 C.P., suponiendo la muestra más palpable de que nuestro Código Penal recoge un trato desigual¹³² en el momento de atribuir responsabilidad penal al ente corporativo, haciéndolo depender del puesto que desempeñe o funciones que realice la persona física que delinque. Es, pues, una distinción tendente a facilitar que la persona jurídica responda penalmente ante la comisión de hechos delictivos por parte de individuos que ocupan cargos de responsabilidad, ya que mientras en este caso no es necesario que se hayan incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control para hacer responder penalmente al ente, en el caso de delito cometido por trabajador o empleado ese incumplimiento sí es preciso.

¹³¹FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.; *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho penal contra las empresas*, Madrid, 2002, p. 169.

¹³²*Vid. supra* p. 87.

La expresión «*deberes de supervisión, vigilancia y control*» obedece a la modificación operada por la Ley Orgánica 1/2015 que reemplazó el término «debido control»¹³³ al objeto de precisar el alcance del control, señalar con claridad que la atribución de responsabilidad se hace depender de las conductas de ciertos directivos, y superar las dudas interpretativas que planteaba dicho término.

¿Qué extremos comprenden o deben comprender los reiteradamente aludidos «*deberes de supervisión, vigilancia y control*», qué grado debe alcanzar el incumplimiento de los mismos, y sobre quiénes recaen?

Para responder a lo primero, debemos remitirnos a los apartados 2 y 5 del artículo 31 bis C.P.¹³⁴. Independientemente de los epígrafes dedicados a analizar el contenido de dichos apartados, es necesario incidir ya en la elaboración e implementación efectiva de un modelo de organización y gestión o *compliance program*¹³⁵ que establezca los deberes de supervisión, vigilancia y control necesarios para evitar la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica, de suerte que será la inexistencia de ese programa de cumplimiento (a la que hay que equiparar su deficiente elaboración) o el incumplimiento grave de lo establecido por el mismo, lo que determinará la realización del «hecho de conexión» en el marco del 31 bis 1 b). Y lo mismo cuando, tratándose de una persona jurídica que opere en un sector de actividad para el que la normativa sectorial establezca, con carácter preceptivo, la adopción de mecanismos de prevención de un determinado tipo de delitos -fraude de inversiones o blanqueo de capitales, por ejemplo-, siendo en este caso la inobservancia de la obligación de adoptar dichas medidas de prevención o el incumplimiento grave de las mismas lo que provocará la transferencia de responsabilidad penal a la persona jurídica.

¹³³La expresión *debido control* fue objeto de crítica en el Informe del Grupo de Trabajo de la OCDE sobre la aplicación en España de la *Convención para la lucha contra la corrupción*. En particular, se pedía a las autoridades españolas criterios clarificadores aplicables a la hora de impedir la atribución de responsabilidad a la persona jurídica. Igualmente, incide en la desacertada consideración de los *compliance programs* como un aspecto accesorio, y crítica que no se aborde qué relación existe entre estos y la noción de *debido control*. La cuestión resulta especialmente analizada en las páginas 23 y 24 del informe. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Spainphase3reportEN.pdf> [2017, 10 noviembre]

¹³⁴*Vid. infra* pp. 133-146 y 261-329, respectivamente

¹³⁵*Vid. infra* pp. 256-261.

Ciñéndome ahora al modelo de organización y gestión que regula de forma cuasi reglamentaria el Código Penal, aunque no pueda hablarse de la existencia en su articulado de una relación pormenorizada de los «*deberes de supervisión, vigilancia y control*», sí se han plasmado los elementos imprescindibles que estos modelos deben abarcar en el apartado 5 del artículo 31 bis, cuyos seis ordinales configuran el eje de tales exigencias jurídico-penales y marcan los confines de dichos deberes. Dicho de otra manera, ante la lógica falta de una taxativa plasmación de puntos concretos que los recojan -por la infinita diversidad de actividades empresariales, variadísima diferenciación por idiosincrasia, forma jurídica, etc.-, nuestro Código Penal preceptúa los aspectos sobre los que debe extenderse tales deberes.

No creo, por el contrario, que junto a estas exigencias jurídico-penales deba atenderse a lo dispuesto en los estándares y normas o procedimientos estandarizados¹³⁶, considero que el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control no necesariamente debe identificarse con el incumplimiento de tales normas estandarizadas. De hecho, la Circular 1/2016 FGE¹³⁷ las considera un elemento adicional para valorar la adecuación del modelo, sin que en ningún caso sirvan para acreditar su eficacia ni sustituyan la valoración judicial del mismo.

No ponemos en duda las bondades de tales regulaciones, ni el indudable prestigio profesional de muchos de los que intervienen en la redacción de los mismos. Tan sólo pretendemos subrayar los peligros que conlleva acudir a esas regulaciones. Se trata de evitar en cierta manera una privatización del Derecho Penal, parafraseando a FEIJOO SÁNCHEZ¹³⁸ sobre los estándares y las certificaciones privadas de *compliance*: «*Todo ello tiene un alcance que excede el ámbito de la responsabilidad penal. Es decir, no tiene que existir coincidencia entre los niveles de mercado a efectos de calidad*

¹³⁶Sobre la relación entre los presupuestos jurídico-penales y los estándares *vid. infra* pp. 333-335.

¹³⁷ Circular 1/2016 FGE, en el apartado dedicado a las conclusiones, expone lo siguiente (p. 63): «*19ª.3. Las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos legales, podrán apreciarse como un elemento adicional más de la adecuación del modelo pero en modo alguno acreditan su eficacia, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial.*»

¹³⁸FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.; *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, Ed. Civitas, Pamplona, 2015, p. 28.

organizativa con las exigencias jurídico-penales. Esto no es tenido en cuenta en la literatura específicamente penal...»

Por consiguiente, en el seno de una persona jurídica, los «*deberes de supervisión, vigilancia y control*» se encuentran necesariamente conectados a: 1.º la identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos¹³⁹ (31 bis 5.1º C.P.); 2.º el establecimiento y cumplimiento de los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos¹⁴⁰ (31 bis 5.2º C.P.); 3.º la adopción y observancia de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos¹⁴¹ (31 bis 5.3º C.P.); 4.º el cumplimiento de la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención¹⁴² (31 bis 5.4º C.P.); 5.º la previsión y efectiva aplicación de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo¹⁴³ (31 bis 5.5º C.P.); 6.º la verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios¹⁴⁴ (31 bis 5.6º C.P.).

El «hecho de conexión» contenido en la letra *b*) del 31 bis 1 C.P. no sólo requiere que la conducta delictiva del empleado o trabajador subordinado haya sido posible a consecuencia de incumplimiento «*de los deberes de supervisión, vigilancia y control*» por parte del directivo/s que los detente, sino que el grado de incumplimiento ha de ser «grave» «*atendidas las concretas circunstancias del caso*». Para analizar tal circunstancia se atenderá a lo que establece el *compliance program* para el cargo concreto del directivo que incumplió o, en su defecto, a los procedimientos, estructura orgánica y régimen de atribuciones o responsabilidades fijadas contractualmente con

¹³⁹ Vid. *infra* pp. 261-282.

¹⁴⁰ Vid. *infra* pp. 282-292.

¹⁴¹ Vid. *infra* pp. 292-299.

¹⁴² Vid. *infra* pp. 299-314.

¹⁴³ Vid. *infra* pp. 314-323.

¹⁴⁴ Vid. *infra* pp. 323-329.

el individuo. La gravedad del incumplimiento impone que se trate de una infracción manifiesta, alejada de sutiles interpretaciones sobre el modo de ejecutar concretos deberes de vigilancia.

Considero significativo remarcar que, por supuesto, no se requiere, para que se considere grave el incumplimiento, que el mismo tenga que ser siempre doloso. Cabe, y será habitual, la infracción de tales deberes en la modalidad imprudente, lo que determinará que, en aquellos casos donde no se encuentre tipificado el delito imprudente, el individuo que detente los deberes de control o supervisión quede impune no pudiendo responder en comisión por omisión del delito cometido por el subordinado ni como coautor, ni tampoco a título de partícipe.

Para concluir, ¿quiénes son realmente los sujetos que deben incumplir los deberes de supervisión, vigilancia y control? Para determinarlos, hay que acudir a la letra a) del 31 bis 1, donde, como ya se expuso, viene a señalar a los «*representantes legales*», a los que están «*autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica*» o a quienes «*ostentan facultades de organización y control*» como los individuos que tienen conferidos tales deberes. De este modo, será determinante atender a la legislación vigente, los estatutos, el organigrama empresarial y procedimientos o el modelo de organización y gestión¹⁴⁵ del ente objeto de análisis, pero no podrá obviarse aquello que se recoja en el contrato y documentos anexos que regulan las funciones del directivo -que resultarán determinantes en supuestos que se ocupen de mandos intermedios o personal de alta dirección subordinado a los administradores-.

Existen determinados órganos directivos del contexto organizativo a los que se hace referencia expresa en otros apartados del artículo 31 bis del Código Penal: el órgano de administración detenta los deberes generales supervisión y le corresponde

¹⁴⁵La Circular 1/2016 FGE, p. 21, señala las bondades de los *compliances* a la hora de individualizar los concretos deberes: «*La dificultad de identificar los concretos deberes de control que personalmente son exigibles a las personas físicas constituía otro reproche al modelo. En efecto, la propia naturaleza de la actividad empresarial, regida por principios de especialidad, de división del trabajo y de complementariedad en la persecución de objetivos comunes, puede obstaculizar notablemente la necesaria individualización. Tanto más si la estructura societaria se ha establecido precisamente para eludir la responsabilidad individual frente a determinados delitos. Los novedosos modelos de organización y gestión vendrían a corregir esta limitación, mediante la rigurosa identificación de las obligaciones de vigilancia y control que atañen a cada individuo.*»

tomar las decisiones oportunas para adoptar y ejecutar con eficacia el *compliance program* (artículo 31 bis 2 C.P.). Por supuesto, le corresponde dirigir y supervisar las labores tendentes a cumplir las obligaciones impuestas por el *compliance* (31 bis 5 C.P.). Es el órgano sobre el que recae la decisión de crear al órgano con la *función de compliance* o *compliance officer* previsto en el ordinal 2º del apartado 2 del 31 bis C.P. y de supervisar su labor, y es directamente responsable de la idoneidad del *compliance program* que ha aprobado, así como de los medios de control del riesgo que ha facilitado, pues es el que los acuerda y establece el nivel de *apetito del riesgo*¹⁴⁶. Todo ello, como consecuencia de su responsabilidad en los procesos de toma de decisiones sobre estrategias, políticas y decisiones concretas en materia de gestión del riesgo¹⁴⁷.

Un segundo órgano que centra la atención de este precepto del Código Penal es el órgano con la *función de compliance*¹⁴⁸, departamento de cumplimiento o *compliance officer* que, con independencia del nombre que se le dé y de que sea unipersonal o colegiado, detenta atribuciones esenciales centradas en velar por que en el seno de la persona jurídica se cumplan las previsiones del *compliance program penal*. Sobre este órgano también se ha pronunciado la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2016 señalando que los términos “supervisión” y “vigilancia”, vienen a enfatizar el carácter externo del control o fiscalización llevado a cabo por este sujeto. Así, se le asignan responsabilidades como controlar y monitorizar los riesgos según los parámetros acordados por el órgano de administración -labor de supervisión que se efectuará con los recursos y medios con los que el propio órgano de administración le ha dotado-, notificando cualquier evidencia de un riesgo, incumplimiento, defecto o

¹⁴⁶La propia Circular 1/2016 FGE, en su epígrafe 5.4, determina expresamente que el órgano administración es el propietario y gestor del riesgo

¹⁴⁷En relación con lo planteado, la Circular 1/2016 FGE llama la atención sobre el papel del órgano de administración y sobre cómo la Ley de Sociedades de Capital, tras la reforma operada por Ley 31/2014, impone a los administradores el deber de diligencia “de un ordenado empresario” exigiéndoles adoptar “las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad” (art. 225), siendo la supervisión una de las facultades indelegables por el consejo de administración en relación con el “efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado” (art. 249 bis). Facultad indelegable que, en las sociedades cotizadas, se extiende, más detalladamente, a “la determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control” (art. 529 ter, 1.b). De este modo, la Circular pretende que la delegación de funciones y el principio de confianza propios de la actividad societaria no sirvan de excusa a los administradores para desatender los deberes de supervisión, vigilancia y control que les competen personalísimamente.

¹⁴⁸*Vid. infra* 163-181.

error al órgano de administración para que éste último adopte las decisiones oportunas¹⁴⁹.

Como puede observarse, y se analizará más adelante con mayor profundidad, el órgano con la *función de compliance* goza de una particular atención por parte del Código Penal¹⁵⁰ y de la Circular 1/2016 FGE¹⁵¹, circunstancia que obedece a que trata de un elemento estratégico del Estado¹⁵²: ante la evidencia de una cada vez mayor complejidad de la realidad empresarial, la dificultad de que las autoridades controlen de manera eficaz las actividades que desarrollan las personas jurídicas -especialmente las entidades mercantiles- y la desconfianza en que éstas cumplan con sus deberes de prevención, el Estado introduce en el seno de las personas jurídicas al órgano con la *función de compliance*.

3.2. Catálogo de delitos para los que se contempla la responsabilidad penal de la persona jurídica

Nuestro Código Penal establece un sistema de *numerus clausus* de delitos por lo que una persona jurídica puede ser declarada penalmente. Este particular se contempla en el apartado 1 del artículo 31 bis C.P., cuando preceptúa que «*en los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables*».

Se trata un amplio y variado catálogo de delitos. El grueso de estos delitos fue implantado con la aprobación de la Ley Orgánica 5/2010¹⁵³ de 22 de junio, de reforma

¹⁴⁹Pues, como ya vimos, la supervisión una de las facultades indelegables por el consejo de administración en relación con el «efectivo» funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado, de manera que, en última instancia, será ese consejo de administración el que deba adoptar las medidas pertinentes tras las advertencias llevadas a cabo por el oficial de cumplimiento o *compliance officer*.

¹⁵⁰*Vid. infra* p. 163-181. Además, este órgano se encuentra íntimamente asociado con las exigencias para la exoneración y los requisitos del *compliance program penal*, por lo que los apartados destinados al estudio de tales extremos también se ocupan de analizar su papel.

¹⁵¹La Circular 1/2016 FGE dedica un apartado específico a esta figura: «5.4 El oficial de cumplimiento».

¹⁵²*Vid. infra* pp. 152-158.

¹⁵³*Vid. supra* p. 23.

del Código Penal. Tras la cual, se ha incorporado a este listado delitos como financiación ilegal de los partidos políticos, frustración de la ejecución o provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos¹⁵⁴. A continuación, se relacionan los delitos y los artículos del Código Penal en que estos se contemplan:

- Tráfico ilegal de órganos (156 bis 3)
- Trata de seres humanos (177 bis 7)
- Prostitución y explotación sexual y corrupción de menores e incapaces (189 bis)
- Descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático (197 quinquies).
- Estafas¹⁵⁵ (251 bis)
- Alzamiento de bienes o frustración en la ejecución (258 ter)
- Insolvencia punible (261 bis)
- Daños informáticos¹⁵⁶ (264 quater)
- Propiedad intelectual e industrial (270-277) (288)
- Descubrimiento y revelación de secretos de empresa (278-280) (288)
- Detracción del mercado de materias primas o productos de primera necesidad (281) (288)
- Publicidad fraudulenta (282) (288)
- Delitos contra los consumidores (286) (288)
- Fraude de inversores (282bis) (288)
- Facturación indebida (283) (288)
- Maquinaciones para alterar el precio de las cosas (284) (288)
- Abuso de información privilegiada (285) (288)
- Acceso fraudulento a servicios de radiodifusión y similares (286) (288)

¹⁵⁴Incorporados por *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal*. A este respecto, *vid.* Circular 1/2016 FGE (pp. 11-12).

¹⁵⁵*Vid.* STS núm. 221/2016 de 16 de marzo (RJ 2016\824); STS núm. 827/2016 de 3 de noviembre (RJ 2016\5204); SAP Zaragoza núm. 575/2016 de 1 de diciembre (JUR 2017\6216); SAP Huesca número 141/2017 de 20 de noviembre (JUR 2017\313327); SAP Zaragoza núm. 176/2016 de 22 de septiembre (JUR 2016\236854).

¹⁵⁶*Vid.* Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 3 de noviembre de 2017 (Diligs. Previas 5563/2013).

- Corrupción en los negocios¹⁵⁷ (286 bis) (288)
- Fraude en el deporte (286 bis) (288)
- Corrupción en las transacciones comerciales internacionales (286 ter) (288)
- Blanqueo de capitales¹⁵⁸ (302.2)
- Financiación ilegal de partidos políticos (304 bis 5)
- Delitos contra la Hacienda Pública¹⁵⁹, Seguridad Social, Fraude de subvenciones, etc. (310 bis)
- Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (318 bis 5)
- Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (319.4)
- Delitos medioambientales¹⁶⁰ (328)
- Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (343.3)
- Delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes (348.3)
- Delitos contra la salud pública (366)
- Tráfico de drogas¹⁶¹ (369 bis)
- Falsificación de moneda (386.5)
- Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (399 bis)
- Cohecho (427 bis)
- Tráfico de influencias (430)
- Provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos (510 bis)
- Financiación del terrorismo (576)
- Contrabando¹⁶² (tipificado en ley penal especial: art. 2.6 de la *Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando*)

¹⁵⁷Vid. Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional de fecha 4 de mayo de 2016 (Diligs. Previas 62/2015).

¹⁵⁸Vid. STS núm. 583/2017 de 19 de julio de 2017 (RJ 2017\4864).

¹⁵⁹Vid. SAP Pontevedra núm. 38/2017 de 30 de junio (ARP 2017\1021); SAP Madrid núm. 710/2016 de 13 de octubre (JUR 2016\255564); SAP Barcelona núm. 94/2016 de 14 de diciembre (ARP 2016\1237).

¹⁶⁰Vid. STS núm. 668/2017 de 11 de octubre (RJ 2017\4598); SAP Cáceres 458/2015 de 23 de octubre (JUR 2015\288373).

¹⁶¹Vid. STS núm. 154/2016 de 29 de febrero (RJ 2016\600).

¹⁶²Vid. SAP Valencia núm. 221/2017 de 31 de marzo (ARP 2017\900).

De este repertorio de delitos, resulta relevante subrayar que existen algunos por los que el ente corporativo puede ser penalmente condenado a título de imprudencia:

- Insolvencias punibles (259.3 del CP)
 - Blanqueo de capitales (301.3 del CP)
 - Delitos medioambientales (331 del CP)
 - Delitos contra la salud pública (367 del CP)
 - Financiación del terrorismo (576.4 del CP)
 - Contrabando (art. 3.3 en relación con el art. 2.6 de la *Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando*)
- *) Daños informáticos (artículo 267 del CP)¹⁶³.

Tras la lectura de esta relación de delitos, puede llegarse a la conclusión de que se recogen algunos no estrechamente ligados a aquello que frecuentemente conllevan las actividades empresariales y, en cambio, no aparecen otros que, en principio, cabría entender que deberían de haberse recogido. Este parecer es manifestado por la propia Fiscalía cuando en la Circular 1/2016 dice:

«En todo caso, subyace cierta confusión en el Código Penal sobre qué delitos son atribuibles a las personas jurídicas, que en la selección actual ni siquiera se extiende a todos los delitos económicos susceptibles de comisión por ellas. Fuera de la delincuencia económica, otros delitos como las lesiones, la detención ilegal o hasta el homicidio no se contemplan en el catálogo previsto para las personas jurídicas, seguramente por razones de política criminal de prevención general, por más que quepa pensar en conductas de esta naturaleza en el contexto, por ejemplo,

¹⁶³La inclusión en este catálogo de los daños informático en la modalidad imprudente resulta controvertida por lo que, según el criterio que se siga, puede ser incluida o excluida de este conjunto. Para incluirlo se parte de una consideración del artículo 267 C.P. como precepto que hace referencia a todos los daños recogidos en los artículos precedentes; la pena para el delito imprudente es aplicable al ente corporativo. El no haberse incluido en el catálogo de delitos de la Circular 1/2016 FGE puede obedecer consecuencia de considerar la inclusión o no del dolo y la imprudencia en el tipo o en la culpabilidad. Considerando a la imprudencia en el tipo, existe un tipo doloso de daños informáticos y otro tipo diferente bajo la modalidad imprudente, contemplados en los artículos 264 C.P. y 267 C.P., respectivamente. La previsión de la responsabilidad penal de la persona jurídica se sitúa en el 264 quater y hace referencia a los delitos de los tres artículos anteriores, esa previsión no se extendería al delito de daños imprudentes, situado varios artículos atrás.

de una encarnizada competencia empresarial, y cometidas en claro y directo beneficio de la entidad.»

Como paradigma de aquellos delitos respecto a los cuales, su ausencia, ha llamado la atención¹⁶⁴ podría señalar a los delitos contra los derechos de los trabajadores (artículos 311 y ss. del Código Penal). Nuestro Tribunal Supremo aborda este asunto en su sentencia STS núm. 121/2017 de 23 de febrero (RJ 2017\953)¹⁶⁵, para reafirmar que las personas jurídicas no pueden ser declaradas penalmente responsables por delitos contra los derechos de los trabajadores y hacerse eco de la crítica doctrinal existente respecto a tal extremo. En cualquier caso, para este supuesto concreto cabe la imposición de las medidas que son objeto de estudio del siguiente epígrafe, las consecuencias accesorias del 129 C.P.

¹⁶⁴Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.M.; *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. Ed. Edisofer, Madrid, 2013, p. 246.

¹⁶⁵La resolución, cuyo ponente fue el Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer, se ocupa de un caso donde se condena al administrador de una sociedad ante el descubrimiento por parte de la policía e inspectores de trabajo, de que un nutrido grupo de trabajadores extranjeros de un club de alterne no están dados de alta y carecen de permiso de trabajo. Pues bien, esta resolución viene a confirmar la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra núm. 26/2016 de 30 de junio (JUR 2016\195302); en el apartado 3 de su Fundamento de Derecho Segundo manifiesta: «3. *El recurrente parte de un planteamiento equivocado. Ya vimos los términos en que la defensa del recurrente planteó sus conclusiones provisionales y definitivas. Además, la entidad Paradela SL. no puede ser acusada por este delito a tenor del art. 31 bis CP. El art. 318 no se remite al art. 31 bis. Lo que hace – mediante una cláusula que está vigente desde la LO 11/2003 y por ello con anterioridad a que se implantase la responsabilidad penal de las personas jurídicas por Lo 5/2010- es permitir la atribución de la pena en tales casos a los administradores y que quepa imponer alguna de las medidas del art. 129 CP a la persona jurídica; pero ésta no puede ser acusada como responsable penal.*

Dice así el art. 318 CP: " Cuando los hechos previstos en los artículos de este título (Título XV, de los delitos contra los derechos de los trabajadores) se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código."

De hecho, ha sido frecuente la crítica doctrinal sobre la no inclusión de los delitos contra los derechos de los trabajadores en el listado de delitos en los que cabe opere el art. 31 bis.»

3.3. Responsabilidad del ente sin personalidad jurídica: el artículo 129 C.P.

Cuando el comportamiento delictivo haya sido realizado por cualquier persona física «*en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organización, grupos*» u otro tipo de entes que carezcan de personalidad jurídica, la vía prevista por nuestro Código Penal para sancionar al propio ente es la imposición de consecuencias accesorias (artículo 129 C.P.).

Resulta conocido que, antes de la inclusión en nuestro ordenamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en 2010, las consecuencias accesorias constituían desde el año 1995 el recurso por excelencia para «sancionar» por la vía penal a los entes corporativos. Esta cuestión no generó tan encendidas discusiones dogmáticas como trajo la incorporación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues estas medidas respetaban de una manera clara los postulados de la clásica teoría del delito. Sin embargo, sí surgió un amplio debate acerca de la naturaleza de estas consecuencias. Debate que, sintetizando, podría resumirse de la siguiente forma: 1ª) Considerar a las consecuencias accesorias como auténticas penas, como propugna ZUGALDÍA ESPINAR; 2ª) concebirlas como una especie de consecuencias dirigidas contra la persona física que delinquiró, despojándole del instrumento *peligroso* que utilizó para cometer el delito (postura mantenida por MIR PUIG); 3ª) considerarlas como medidas de seguridad impuestas contra el propio ente, con fundamento en la *peligrosidad* inherente al mismo, que es la posición que parece haber acogido nuestra jurisprudencia; 4ª) estimar que se trata de un tipo de consecuencias de naturaleza administrativa, pero no sancionadora, que pueden imponerse en el seno del proceso penal, posición a la que parece adherirse GRACIA MARTIN. No obstante, existen intensos matices entre estos y otras nociones muy interesantes, en donde podemos encontrar autores relevantes como LANDROVE DÍAZ O MAPELLI CAFFARENA¹⁶⁶.

¹⁶⁶Líneas recogidas en el Fundamento de Derecho Centésimo Nonagésimo Tercero de la STS núm. 480/2009 de fecha 22 de mayo (RJ 2010\662), cuyo ponente fue el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

A pesar de las posiciones expuestas¹⁶⁷, parece que la noción predominante ha sido la de considerar a las consecuencias accesorias, análogamente con las sanciones de carácter administrativo, como una especie de medidas de seguridad que se imponían sobre los entes con fundamento en la *peligrosidad* de esa estructura organizativa. Idea respaldada por nuestro Tribunal Supremo cuando expone que: «Cabe sostener que las legalmente denominadas “consecuencias accesorias” son medidas de seguridad jurídico-penales lo que conlleva que su imposición deba ir rodeada de todas las garantías del Derecho Penal¹⁶⁸.»

Antes de la modificación por Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, que trajo la posibilidad de atribuir la responsabilidad penal a las personas jurídicas través del artículo 31 bis y que dejó al artículo 129 C.P. relegado a un segundo plano en el contexto del delito corporativo, éste se había venido aplicando especialmente a dos supuestos¹⁶⁹: a) En pequeñas empresas o empresarios autónomos donde existía confusión entre la persona física responsable del hecho y el propio ente empresarial. Se trata de casos de instrumentalización del ente y ausencia de diferenciación entre ente y dueño de la empresa lo que, en principio, se encontraba alejado de lo que se esperaba combatir con dicho precepto. b) En supuestos de delincuencia terrorista (casos relacionados con ETA, Herri Batasuna, ANV, etc.), otro supuesto alejado de la noción de criminalidad de empresa que se pretendía afrontar, pues se trata de supuestos donde el ente o la organización es creada por una organización delictiva a objeto de optimizar el cumplimiento de sus objetivos.

En todo caso, la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010 trajo consigo una sustancial modificación del artículo 129 C.P., pues el legislador quiso centrar la aplicación de tales medidas sobre entes corporativos a los que no pudiera aplicarse el artículo 31 bis C.P. -y su consecuente catálogo de penas (33.7 C.P.)-, es decir, sobre aquellos entes que carecieran de personalidad jurídica propia -salvo algunos casos

¹⁶⁷Para profundizar sobre las posturas doctrinales apuntadas *vid.* ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.; «Las “consecuencias accesorias” aplicables como penas a las personas jurídicas en el cp español», en *Anuario de Derecho Penal*, Universidad de Friburgo, 1997.

¹⁶⁸Argumento vertido en el Fundamento de Derecho Centésimo Nonagésimo Tercero de la sentencia referida líneas atrás [STS núm. 480/2009 de fecha 22 de mayo (RJ 2010\662)].

¹⁶⁹GONZÁLEZ TAPIA, M.I., «Las consecuencias accesorias del art. 129: La nueva responsabilidad penal de los entes sin personalidad jurídica» en AAVV/ PALMA HERRERA (Dir.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*. Ed. Dykinson, Madrid, 2014, pp. 47-50.

excepcionales-. Por otro lado, la reforma del Código Penal de 2015 no evidenció cambios esenciales sobre las consecuencias accesorias, manteniendo la fundamentación en la peligrosidad del ente, en su condición de instrumento, como noción que justifica la imposición de tales medidas sobre entes sin personalidad jurídica.

Atendiendo, por tanto, a la literalidad del precepto se observan claramente los supuestos en que cabe la aplicación de las consecuencias accesorias: cuando los delitos se hayan cometido *«en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis»* y siempre que el *«Código lo prevea expresamente»* o estuviere prevista para el delito en cuestión la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Con todo, en el Código Penal se encuentran previsiones que no cumplen lo dispuesto en el art. 129 y personas jurídicas para las que se prevé expresamente la imposición de alguna de las medidas que dicho precepto contempla. Es el caso de los delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 318 del Código Penal)¹⁷⁰ y puede serlo también de los delitos relativos a la manipulación genética (art. 162); alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262); negativa a actuaciones inspectoras (art. 294); falsificación de moneda (art. 386.4); asociación ilícita (art. 520), y organización y grupo criminal terrorista (art. 570 quater)¹⁷¹. La Circular 1/12016 FGE los contempla a través del cuadro siguiente¹⁷²:

¹⁷⁰Artículo 318 C.P.: *«Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código».*

¹⁷¹La diferencia entre estos casos y el delito contra los derechos de los trabajadores es que en el primero el propio artículo 318 C.P. prevé la aplicabilidad de las consecuencias accesorias cuando exista personalidad jurídica, mientras en estos otros el Código no entra en tal circunstancia, pudiendo, en consecuencia, encontrar supuestos en los que esa personalidad sí exista, y supuestos en los que el ente carezca de personalidad. Especialmente problemático es el caso de la falsificación de moneda, para el que el legislador contempla, al mismo tiempo, la aplicabilidad del 129 y del 31 bis C.P. y siguientes, de donde hay que extraer que la referencia al artículo 129 C.P. es sólo para aquellos casos en los que el ente carezca de personalidad.

¹⁷²Circular 1/2016 FGE, p. 12, tras manifestar: *«El régimen del art. 129 CP se aplica a los delitos revistos para las personas jurídicas cuando se hayan cometido en el seno, con la colaboración, a través o por medio de entes carentes de personalidad jurídica, y se contempla también para los siguientes delitos:»*

Delitos	Artículos C.P.
<i>Relativos a la manipulación genética</i>	162
<i>Alteración de precios en concursos y subastas públicas</i>	262
<i>Negativa a actuaciones inspectoras</i>	394
<i>Delitos contra los derechos de los trabajadores</i>	318
<i>Falsificación de moneda</i>	386.4
<i>Asociación ilícita</i>	520
<i>Organización y grupos criminales y organizaciones y grupos terroristas</i>	570 quater

En cualquier caso, debemos encontrarnos ante un grupo conformado por una pluralidad de personas¹⁷³ que dispongan de unos recursos o patrimonio común y que tengan como pretensión alcanzar un objetivo u objetivos comunes, actuando de cara al exterior como un ente colectivo. Y ello, a pesar de que estemos hablando de entes carentes de personalidad jurídica propia, lo que impide realizar actos y negocios jurídicos en nombre del propio ente. En consecuencia, ante supuestos donde se opere por personas físicas a título individual, no exista un patrimonio o recursos comunes, ni una mínima estructura organizada, no deberá aplicarse lo dispuesto en el artículo 129 C.P.

Resulta importante incidir en que, para poder imponer consecuencias accesorias, se requiere de la declaración de responsabilidad penal de la persona física que cometió el delito. Por tanto, se exige de la constatación de que el individuo realizó una conducta típica y antijurídica, es decir, ha de haberse cometido el injusto, pero ha de concurrir también la culpabilidad, algo que sin duda alguna supone un elemento diferenciador¹⁷⁴ muy relevante con respecto a la atribución independiente de la responsabilidad penal a la persona jurídica contemplada en el artículo 31 bis C.P. Además, otro aspecto que ahonda en tal sentido es que las consecuencias accesorias

¹⁷³Para profundizar, vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.; *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad jurídica y de sus directivos*, Ed. Tirant, Valencia, 2012, pp. 169-171.

¹⁷⁴Vid. *infra* p. 89.

son medidas sancionadoras potestativas que han de imponerse cuando se evidencie la necesidad de «inutilizar» ese instrumento peligroso configurado por el grupo, mientras que la responsabilidad penal de la persona jurídica articulada sobre el artículo 31 bis C.P. goza de un marcado carácter preceptivo.

El contenido de las consecuencias accesorias viene a coincidir con el régimen de penas previsto para las personas jurídicas. Así se contempla en el propio apartado 1 del artículo 129 C.P. cuando expresa que *«el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33»*.

Por consiguiente, salvo la multa y la disolución, el catálogo aplicable de consecuencias accesorias dimanante del artículo 129 C.P. y el de las penas que devienen del artículo 31 bis C.P. coincide sustancialmente. Además, se deja clara la posibilidad de que puedan imponerse más de una consecuencia accesoria.

No obstante, cuando el artículo 129 C.P. en su apartado 1 in fine determina que se *«podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita»*, surge el interrogante sobre si nos encontramos realmente con una reiteración de la prohibición que prevé la letra e) del 33. 7 C.P. -en su modalidad definitiva- o, en cambio, se trata de abrir la posibilidad de prohibir una actividad lícita del ente a pesar de que esa concreta actividad no haya servido para cometer, favorecer o encubrir el delito. Es decir, que, ante un supuesto donde el ente o el grupo venga desarrollando diversas actividades, no sólo pueda suspenderse aquella que concretamente posibilitó el delito sino cualquier otra, lo que supone extender la consecuencia accesoria más allá del ámbito ordinario que señala la letra e) del art. 33.7. Aunque se trate de un aspecto un tanto confuso, quizás, esta última lectura sea la más acertada, pues de lo contrario se estaría asumiendo que se trata de una clara reiteración dirigida únicamente a señalar que cabe acordar la suspensión definitiva, pero que obvia el término *«cualquier»* actividad -que si contrasta con lo que contempla la letra e) del 33.7 del Código Penal.

Por último, el apartado 3 del artículo 129 C.P. refleja la posibilidad de aplicar, como medida cautelar, consecuencias accesorias como la clausura temporal, suspensión de actividades sociales y la intervención judicial. Se trata de medidas adoptables cuando existan elementos indiciarios bastantes para considerar una previsible imposición de dichas consecuencias accesorias en sentencia. Por supuesto, han de aplicarse bajo el principio de proporcionalidad¹⁷⁵ y, como recoge GONZÁLEZ TAPIA¹⁷⁶, deben mantener en el tiempo su legitimidad y necesidad en tanto continúen desplegando sus efectos.

3.4. Entes con personalidad jurídica penalmente irresponsables

En los apartados anteriores se han venido mostrando aquellos criterios y presupuestos exigidos por el legislador para poder atribuir la responsabilidad penal a una persona jurídica cuando una persona física que se encuentra incardinada en su organigrama ha cometido un determinado ilícito penal. Igualmente, se han abordado aquellos supuestos en los que, por encontrarnos con entes carentes de personalidad jurídica, procede la imposición de las denominadas consecuencias accesorias. Voy a detenerme, ahora, en aquellos entes sobre los que, a pesar de tener personalidad jurídica, el legislador determina expresamente la imposibilidad de aplicarle penas o consecuencias accesorias.

Del mismo modo que por razones de política criminal se ha decidido imponer penas a las personas jurídicas, son también razones de esa naturaleza las que la excluyen para algunas de ellas. Dada la naturaleza de las personas jurídicas que, como vamos a ver, no pueden ser declaradas penalmente responsables, esas razones de política criminal se encuentran ancladas en el propio origen del pacto social, de las

¹⁷⁵SILVA SÁNCHEZ, J.M.; «La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas», en *Revista para el análisis del Derecho Indret* 2/2006, Barcelona, 2006, p. 8.

¹⁷⁶GONZÁLEZ TAPIA, M.I.; «Las consecuencias accesorias del art. 129: La nueva responsabilidad penal de los entes sin personalidad jurídica» en *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, op. cit., p. 51.

instituciones de derecho público que surgen de éste, y de las potestades públicas tendentes a garantizar la paz social y el bien común que están llamadas a desempeñar.

El Código regula este extremo en su artículo 31 quinquies apartado primero. Esta lista de entes «intocables» la conforma el Estado, las Administraciones públicas territoriales e institucionales, los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, las organizaciones internacionales de derecho público y aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

Para identificar con mayor precisión a estos entes debemos acudir a la regulación internacional y a la normativa administrativa. A efectos expositivos, comenzaré con la referencia a las organizaciones internacionales de derecho público para después abordar el resto de entes relacionados de ámbito jurídico-administrativo nacional y concluir con el asunto de las sociedades mercantiles públicas (apartado 2 del 31 quinquies C.P.)

Las organizaciones internacionales de Derecho Público son entes creados en virtud de tratados fundacionales celebrados entre Estados y en función del mismo suele atribuírsele personalidad jurídica propia. Es decir, los Estados son unos sujetos de Derecho Internacional Público¹⁷⁷ y las organizaciones internacionales otros, que dimanen de los tratados celebrados entre aquellos. *Strictu sensu* son dos tipos distintos de entes bien diferenciados. Por tanto, a pesar de lo acertado de la mayoría de las consideraciones y la valiosa claridad expositiva que sobre esta cuestión recoge FEIJOO SÁNCHEZ¹⁷⁸, discrepo cuando incluye bajo el concepto de organizaciones internacionales de Derecho Público a los propios Estados.

¹⁷⁷Extremo que resulta abordado en el artículo 2 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 (RCL 1980\1295)*. En el primer apartado del precepto, desde la letra e) a la letra i), se fija una terminología que se denota con claridad la diferencia entre ambos tipos de entes: «e) se entiende por “Estado negociador” un Estado que ha participado en la elaboración ...; f) se entiende por “Estado contratante” un Estado que ha consentido...; g) se entiende por “parte” un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor; h) se entiende por “tercer Estado” un Estado que no es parte en el tratado; i) se entiende por “organización internacional” una organización intergubernamental.»

¹⁷⁸FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.; «Cap. II La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal» en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, op. cit.* p. 64.

En puridad, el Código Penal no excluye expresamente a otros Estados de la posibilidad que sean penalmente responsables. En cambio, aunque *a priori* se considerase que pudiesen serlo, debemos acudir a nuestra Constitución, normas internas (siendo especialmente relevante lo dispuesto en el artículo 96.1 y artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁷⁹) y tratados internacionales vigentes, instrumentos jurídicos que determinan la imposibilidad de dirigir investigaciones contra estos sujetos de Derecho Internacional Público¹⁸⁰. Además, viene a consolidar esta postura el hecho de que el apartado 1 del 31 quinquies C.P. dispone textualmente que «*las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado*», por lo que ha de entenderse cualquier Estado, sea el español o cualquier otro. Es decir, se trata aplicar lo dispuesto en la norma del mismo modo que cuando el artículo 138 recoge «el que matare a otro», cualquiera, sea español o extranjero, puede cometer un homicidio.

El resto de entidades relacionadas en el apartado 1 del 31 quinquies C.P. se circunscribe al contexto jurídico interno. El Código nos dice que no se aplican las disposiciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas al Estado, Administraciones territoriales e institucionales, organismos reguladores, agencias y entidades públicas empresariales y aquellas otras que ejerzan potestades públicas de

¹⁷⁹El artículo 96.1. CE dice: «*Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.*»

Este precepto se traduce en que un tratado válido, tras ser publicado y si la naturaleza del mismo lo permite, crea obligaciones y derechos sin necesidad de norma de desarrollo, se trata del efecto conocido como *aplicación directa*. Por otro lado, sobre la prevalencia de los tratados sobre las normas internas del Estado, es oportuno citar el artículo 31 de la *Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, que recoge lo siguiente respecto a la prevalencia de los tratados: «*Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional.*»

¹⁸⁰El principio de inmunidad, generalmente asumido en el ámbito del Derecho Internacional, implica que el Estado, sus agentes y bienes, gozan de inmunidad de jurisdicción y ejecución ante los tribunales de justicia y autoridades de otros Estados. No obstante, RODRÍGUEZ CARRIÓN recuerda: «*la práctica, especialmente en los Estados de nuestro entorno, ha apuntado a la distinción entre las actividades iure imperii de los Estados, de las actividades iure gestionis. Con ellos parece manifestarse una línea mayoritaria en favor de la teoría restringida de la inmunidad, de forma que sólo de considerarán inmunes lo actos iure imperii, rechazándose las alegaciones de inmunidad respecto de los actos iure gestionis*» (Rodríguez Carrión A.J.; *Lecciones de Derecho Internacional Público* (5ªEd.), Ed. Tecnos, Madrid, 2004, p. 95.).

soberanía o administrativas. Sobre la referencia al Estado, puede entenderse que se está considerando un concepto estructural de Estado¹⁸¹; la Circular 1/2016 FGE, que en su epígrafe 4 dedica un espacio a analizar desde una perspectiva bastante crítica este primer párrafo, expone que, de haberse ceñido a una mención inicial de Estado - sin la subsiguiente relación de entes- se habría permitido englobar al conjunto de Administraciones. Es cierto, que, tal y como hace el legislador francés¹⁸², una alusión lacónica al Estado podría parecer menos equívoca. Pero considero que, en la práctica, se revelarían mayores problemas en el momento de encuadrar o discriminar a diversos entes. El Estado impregna nuestra sociedad de las más diversas formas, máxime cuando el fenómeno conocido como *huida del Derecho Administrativo*¹⁸³ ha provocado que acuda a entes de naturaleza semipública o privada para el desempeño de ciertas tareas.

En este contexto, cabe considerar a nuestro Estado como un ente superior configurado por los tres poderes esenciales y que aglutina las personificaciones jurídicas más elementales de la Administración Pública. El Estado comprende la Administración del Estado, Administración de cada Comunidad Autónoma y las Administraciones Locales. A esto es lo que se refiere, o debe referirse, nuestro Código cuando acude al concepto Administración pública territorial. Es decir, se trata de la aplicación de la clásica distinción jurídico-administrativa según ámbito territorial, que

¹⁸¹COSCULLUELA MONTANER, L.; *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo 1 (15ª Ed.). Ed. Civitas, Pamplona, 2004, pp. 19-21.

¹⁸²El Código Penal francés no desglosa o categoriza entes incardinados en el mismo; cuando habla de la responsabilidad penal de las personas morales, excluye de un modo omnímmodo al Estado en su artículo 121-2: «*Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement...*».

¹⁸³Con las debidas cautelas, puede considerarse que esta huida del ámbito de Derecho Público se produce con el «perverso» objetivo de evadir los controles y mecanismos de tutela propios de la ámbito jurídico-administrativo o con la «benévola» intención de configurar instrumentos más ágiles que puedan satisfacer eficazmente las necesidades, inmediatas o cambiantes, de la ciudadanía. Personalmente, considero que, aunque sea cierto que algunas exigencias procedimentales que contiene el Derecho Público conforman determinados obstáculos a la hora de responder de manera ágil a ciertos retos o necesidades, ello no es argumento válido para acudir a la utilización de entes de naturaleza privada o semi-pública para evadir esos controles. Control y rendición de cuentas no deben estar reñidos con una diligente prestación de servicios por parte de los poderes públicos. La solución está en mejorar los procedimientos, recursos y personal y no en eludir las exigencias acudiendo al ámbito jurídico-privado. Un último argumento: grandes empresas acuden a rigurosos mecanismos de control, justificación y rendición de cuentas sin que ello vaya en detrimento de su eficacia y productividad, en cambio otras, que no aplican controles, ni tienen implementados procedimientos en este sentido, tienen una escasa productividad y alto riesgo de incurrir en ilícitos relacionados con la corrupción entre particulares.

se manifiesta cuando hablamos de las administraciones territoriales estatal, autonómica, provincial, de las islas y otros entes locales que vengan expresamente por la normativa (en particular, por la *Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local*). A estas tres categorías pueden sumarse dos más: las administraciones institucionales y las corporaciones de Derecho Público.

La Circular 1/2016 FGE se ocupa de la cuestión de forma poco sistemática. Señala la división del sector público en tres categorías (sector público administrativo, empresarial y fundacional) pero no detalla de forma clara y ordenada qué entes se sitúan dentro de cada categoría, pues a lo largo del epígrafe va señalando unos u otros entes con cierta dispersión¹⁸⁴.

Para tratar de clarificar la alusión del Código respecto a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales y, puesto que estamos hablando de Sector Público, resulta oportuno contrastar aquello que recoge la Circular 1/2016 FGE, con la norma

¹⁸⁴Resulta clarificador apuntar, *grosso modo*, aquellos tipos de entes que parecen encuadrarse en las tres categorías a las que se refiere la Circular 1/2016 FGE. La relación que voy a contemplar está basada en los artículos 2 y 3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria por lo que, en principio, se ciñe a los dimanantes de la Administración General del Estado. Hay que señalar que los entes cuyo origen radica en las Administraciones de las comunidades autónomas y entes locales pueden variar en función de su normativa. No obstante, esta relación puede coadyuvar a facilitar la comprensión de una materia tan compleja que, realmente, requeriría de un profundo estudio desde el ámbito del Derecho Administrativo. I) Sector público administrativo:

- Administración General del Estado;
- organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado;
- entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social;
- órganos con dotación diferenciada en los Presupuestos Generales del Estado que, careciendo de personalidad jurídica, no están integrados en la Administración General del Estado pero forman parte del sector público estatal;
- entidades estatales de derecho público y los consorcios, cuando sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado, su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios y no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales.

II) Sector público empresarial:

- entidades públicas empresariales, dependientes de la Administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella;
- sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas;
- entidades estatales de derecho público distintas de las comprendidas en el Sector Público administrativo y los consorcios no incluidos en él.

III) Sector público fundacional

- fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre.

que ordena de manera directa y específica el sector público, la *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*:

A tenor de este análisis (en particular, atendiendo a lo que dispone el apartado 1 del artículo 2 de la *Ley 40/2015*¹⁸⁵), podemos concluir que resulta incontrovertido que la Administración General del Estado, Administraciones de las Comunidades Autónomas y entes locales son los entes del sector público por antonomasia y, en consecuencia, no cabe duda de la imposibilidad de que puedan ser declarados penalmente responsables al situarse bajo la noción de *Administración pública territorial*.

Las *Administraciones públicas institucionales* son aquellas creadas para el ejercicio de algunas de las competencias de alguna Administración matriz¹⁸⁶ - de las anteriormente reseñadas-, que se encuentran claramente ligadas éstas últimas debido a la relación instrumental que mantienen, pero tienen personalidad jurídica propia. El apartado 1 del 31 quinquies C.P. también las dispensa del riesgo de ser declaradas penalmente responsables.

Por otro lado, dentro de categoría de administraciones públicas se integran los *organismos públicos y entidades de derecho público* vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas, así como las entidades de derecho privado vinculadas o

¹⁸⁵El artículo 2 de la Ley 40/2015 determina su ámbito subjetivo, que resulta útil para perfilar las clases de entes público: «Artículo 2 Ámbito Subjetivo

1. La presente Ley se aplica al sector público que comprende:

a) La Administración General del Estado. b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas. c) Las Entidades que integran la Administración Local. d) El sector público institucional.

2. El sector público institucional se integra por:

a) Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas. b) Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previstos en el artículo 3, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas. c) Las Universidades públicas que se regirán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de la presente Ley.

3. Tienen la consideración de Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público previstos en la letra a) del apartado 2.»

¹⁸⁶Supone la materialización de principio de descentralización funcional, a diferencia del principio de descentralización territorial que se evidencia con la creación de las diversas administraciones territoriales ya aludidas.

dependientes de las Administraciones Públicas¹⁸⁷. Sin embargo, el apartado 1 del 31 quinquies C.P., que contiene una relación una tanto confusa ya que parece establecer que «*los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales*» son otras categorías de entes con personalidad jurídica propia diferentes de las Administraciones institucionales, cuando realmente se encuentran incardinados dentro de estas últimas. Es decir, organismos como la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o el Banco de España, son Administraciones institucionales y no otra cosa distinta¹⁸⁸. Estos entes ejercen potestades públicas en virtud de la delegación funcional que hace la Administración matriz. En consecuencia, para estos entes del sector público institucional, tampoco cabe la aplicación de las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En este momento, es adecuado examinar el apartado 2 del artículo 31 quinquies, este precepto dispone que, cuando las sociedades mercantiles públicas ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, únicamente se les pondrán imponer las penas de multa o intervención judicial¹⁸⁹. De su lectura se deduce *a contrario sensu* que las sociedades mercantiles, a pesar de integrar el sector público institucional, pueden ser declaradas penalmente responsables. Esta posibilidad tiene la peculiaridad de la limitación de penas señalada. La fundamentación de esta singularidad o *penalidad privilegiada para sociedades*

¹⁸⁷ Así puede considerarse en virtud de lo dispuesto en el artículo 41 de la derogada Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y, sobre todo, de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2 de la Ley 40/2015.

¹⁸⁸ Vienen a corroborar esta consideración apartado 1 del artículo 84 de la Ley 40/2015 (artículo que encabeza el Capítulo II «*Organización y funcionamiento del sector público institucional estatal*»). Este precepto recoge lo siguiente:

«*Artículo 84 Composición y clasificación del sector público institucional estatal*

1. Integran el sector público institucional estatal las siguientes entidades:

a) Los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración General del Estado, los cuales se clasifican en: 1.º Organismos autónomos. 2.º Entidades Públicas Empresariales.

b) Las autoridades administrativas independientes.

c) Las sociedades mercantiles estatales.

d) Los consorcios.

e) Las fundaciones del sector público.

f) Los fondos sin personalidad jurídica.

g) Las universidades públicas no transferidas.[...]»

¹⁸⁹ Como se expone en el numeral 2 *in fine* del 31 quinquies C.P., esta acotación de penas a las contempladas en las letras *a)* y *g)* del apartado 7 del artículo 33 C.P., no se aplica cuando el órgano juzgado determine que la constitución de este tipo de sociedad era un ardid para evitar la responsabilidad penal de la persona jurídica.

mercantiles de efectivo desempeño de un fin público radica en los argumentos ya vertidos al comienzo de este epígrafe (garantizar el desempeño de potestades públicas y las actuaciones tendentes a garantizar la paz social).

Al fin y al cabo, la Administración matriz ostenta la mayoría del capital social y la entidad mercantil¹⁹⁰ se conforma como un instrumento para satisfacer un interés público. Por esta razón no se aplican penas que puedan limitar totalmente o de manera intensa las funciones directamente vinculadas con la res pública de esa sociedad. En síntesis, parece que la pretensión del legislador es fijar un castigo "limitado", de modo que se garantice la actividad de la sociedad y la razón última que motivo su constitución.

A modo de corolario, se extraen de manera esquemática los principales entes implicados en el sector público¹⁹¹ y que gocen de personalidad jurídica propia, para determinar la procedencia o improcedencia en la aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

1º) El Estado entendido sujeto de derecho internacional público o, desde un enfoque más administrativista, como ente que integra comunidad política, territorio y poder soberano; los entes que van dimanando de la materialización de la división de poderes como la *Administración General del Estado*, las *Administraciones de cada Comunidad Autónoma* y los *Entes Locales*: no pueden ser declaradas penalmente responsables.

2º) A las *Administraciones institucionales* tampoco puede aplicarse las disposiciones del Código sobre la responsabilidad penal de las personas jurídica. Hay que recordar que esta categoría comprende a los organismos reguladores (como la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, el Banco de España), las agencias (como la Agencia Española de Medicamentos y Productos

¹⁹⁰Estas entidades mercantiles se configuran como patrimonio empresarial de la Administración matriz. Sobre esta característica y para comprender con mayor profundidad la naturaleza de estos entes, es interesante atender a lo recogido para la Administración general del Estado, en los artículos 166 y ss. de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

¹⁹¹Constituye una inmejorable herramienta informativa el apartado relativo al *Inventario de Entes Públicos* del portal del Ministerio de Hacienda y Función Pública, donde se desglosa información pormenorizada de los entes públicos (atendiendo a la categorización ya expuesta). Disponible en: <http://www.minhfp.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/Inventario/Inventario.aspx> [2017, 10 noviembre].

Sanitarios, Agencia Española de Protección de Datos, Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Agencia Estatal de Seguridad Aérea, Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria) y a las entidades públicas empresariales (como el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, Loterías y Apuestas del Estado, Puertos del Estado, Entidad Pública Empresarial de Suelo, Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, Instituto de Crédito Oficial).

3º) Las *sociedades mercantiles de capital público* pueden ser declaradas penalmente responsables y aplicársele las disposiciones del Código sobre esta responsabilidad. Sin embargo, cuando estas sociedades ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente se les podrán imponer la pena de multa y la intervención judicial. Algunos ejemplos de sociedades mercantiles son la Empresa Nacional de Residuos Radiactivos, S.A., Empresa Nacional de Innovación, S.A., Sociedad de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A., Sociedad Estatal de Acción Cultural, S.A., Sociedad Estatal de Infraestructuras Agrarias, S.A.

4º) Las *corporaciones de Derecho Público* (como Colegios Profesionales, Juntas de Compensación, Cámaras de Comercio o la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos, entre muchas otras), las asociaciones y las fundaciones pueden ser declaradas penalmente responsables, con todas las consecuencias que ello puede conllevar.

5º) Al *resto de entes con personalidad jurídica propia* (por ejemplo, sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, las sociedades cooperativas, etc.) se les aplican los preceptos del Código Penal sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Puede hacerse una mención especial, a la inclusión de los *partidos políticos*¹⁹² y sindicatos en este régimen de responsabilidad penal tras suprimir, mediante *Ley*

¹⁹²Sobre estos, mediante la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos se introdujo el artículo 9 bis en la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, precepto que instaura la obligatoriedad de que todo partido político implemente un *compliance program penal* en su organización:

«9 bis *Prevención y supervisión*

Los partidos políticos deberán adoptar en sus normas internas un sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión, a los efectos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal.»

orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, la exclusión existía respecto a estas organizaciones.

3.5. Exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica: *el doble régimen de exención*

Al objeto de favorecer la exposición de los elementos exigidos para liberar de responsabilidad penal al ente corporativo, resulta apropiado comenzar vertiendo una sucinta consideración sobre el modo, algo equívoco, en que estos han sido plasmados en el Código Penal. En principio, esta cuestión se aborda detalladamente en el apartado 2 del artículo 31 bis, que contempla de una manera clara y bien estructurada las condiciones que han de concurrir para dejar «*exenta de responsabilidad*» penal a la persona jurídica. Sin embargo, esta claridad se torna en cierta confusión cuando de su lectura se extrae que dichas condiciones únicamente parecen aplicarse en aquellos supuestos en que el delito se ha cometido por las personas físicas señaladas en la letra *a)* del artículo 31 bis 1 (representantes legales, autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o con facultades de organización y control). No es hasta el apartado 4 del artículo 31 bis cuando encontramos los criterios a aplicar a la hora de eximir de responsabilidad al ente corporativo cuando el individuo que comete el delito es el reseñado en la letra *b)* del artículo 31 bis 1 (persona física sometida a los individuos de la letra *a)* del mismo apartado), un apartado, además, que utiliza una fórmula un tanto cuestionable, bastante menos clara que la del 31 bis 2¹⁹³, y que arroja algunas dudas.

Para situarnos mejor en estos aspectos y facilitar la posterior descripción de las circunstancias que se exigen según el caso, es oportuno traer el tenor literal del Código:

¹⁹³Como se verá en los dos epígrafes siguientes, existen diferencias muy relevantes a la hora de eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica según nos encontremos ante delitos que fueron cometidos por los sujetos *a)* o *b)* del artículo 31 bis 1 C.P., por tanto, han de ser tenidas muy consideración por la evidente trascendencia de sus consecuencias jurídicas.

«31 bis 2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

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

2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a 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;

3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.» [...]

Como ya se ha apuntado, el apartado 4 se ocupa de la liberación de responsabilidad cuando el delito se comete por los individuos contemplados en la letra b) del apartado 1 del 31 bis C.P.:

«4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.»

Esta disociación, y las cuestiones que plantea, han sido puestas de relieve por la propia Fiscalía a través de su *Circular 1/2016 Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por ley orgánica 1/2015*¹⁹⁴:

¹⁹⁴Vid. epígrafe 5.2. de la Circular 1/2016 FGE, p.40 y ss., que lleva por título «El régimen de exención de los dos títulos de imputación de la persona jurídica».

«El art. 31 bis extiende el valor eximente de los modelos de organización y control a los dos títulos de imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica: delitos cometidos por sus administradores y dirigentes y delitos cometidos por los subordinados descontrolados por aquellos, a los que se refieren las letras a) y b) del apartado 1, respectivamente. Lo hace con un doble régimen de exención, sustancialmente idéntico, pero con algunos matices que dibujan un marco de exoneración de la persona jurídica algo más amplio para las conductas de los subordinados.

La decisión del Legislador, ciertamente plasmada con poca claridad en el precepto, atiende a la superior trascendencia que cabe otorgar a los modelos de organización respecto de los delitos cometidos por los subordinados. [...]»

En consecuencia, esta diferencia a la hora de librar de responsabilidad penal al ente corporativo en función de quién ha cometido el delito ha originado lo que se conoce como el *doble régimen de exención* para la persona jurídica. Como se verá en los epígrafes siguientes, aunque en este régimen dual algunos criterios para la exoneración podrían ser coincidentes para delitos cometidos por los sujetos activos del artículo 31 bis 1 a) y para los del b), las diferencias y matices en la graduación, la intensidad con la que intervienen o el elemento subjetivo, pueden jugar un papel vital a la hora de desplegar o no el apreciadísimo efecto exonerador¹⁹⁵. Por supuesto, para ambos supuestos se exige la previa implementación efectiva de un *compliance program penal* que cumpla con los seis requisitos¹⁹⁶ contemplados en el apartado 5 del artículo 31 bis C.P.

¹⁹⁵Resulta oportuno recordar que la razón que motiva situar en el capítulo cinco de la presente investigación doctoral el análisis de las seis exigencias que ha de cumplir todo *compliance penal* y no haberlos emplazado en este capítulo para que sean estudiados junto con los presupuestos específicos de exoneración – aquellos que varían según el individuo que cometió el delito- radica en la pertinencia de que tales exigencias fueran estudiadas tras la exposición de los planteamientos relativos a los fundamentos analíticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los *compliances* recogidos en el capítulo cuarto. Considero que, siguiendo esta lógica expositiva, el lector gozará de una visión más profunda y amplia sobre el fenómeno del *compliance* que le permitirá abordar los concretos elementos jurídico-penales de un *compliance program* con mayor facilidad. Además, como se apuntó, durante el estudio de los requisitos del *compliance* se harán referencia a nociones que se exponen en los capítulos tercero y cuarto, lo que hace aún más pertinente haber postergado esa materia al capítulo quinto de la obra.

¹⁹⁶Las seis exigencias jurídico-penales que ha de satisfacer un *compliance program penal* para que pueda liberarse de responsabilidad penal a la persona jurídica son ampliamente desarrolladas en los apartados contenidos en el epígrafe 5.1. *El compliance en el Código Penal: requisitos según el 31 bis 5 C.P., la Circular 1/2016 y consideraciones para la implementación*, pp. 261-329.

3.5.1. Presupuestos de exoneración cuando la persona física que ha delinquido es un representante legal, un autorizado a tomar decisiones o aquel que detenta facultades de control

Como se ha indicado, para aquellos casos en que la persona física que ha cometido el delito sea un representante legal que actúa individualmente o como integrante de un órgano de la persona jurídica, un sujeto autorizado a tomar decisiones en nombre del ente corporativo, o un individuo que detente facultades de organización y control en su seno, el Código ha contemplado de una manera más clara las condiciones que deben concurrir¹⁹⁷ para que pueda eximirse de responsabilidad penal a la persona jurídica.

Partiendo de la exigencia indispensable de que las cuatro condiciones recogidas en el artículo 31 bis 2 C.P. han de darse de manera acumulativa, procede entrar a considerar cada una de ellas. En primer lugar, sobre la condición consistente en que *«el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión»*, ha de indicarse que esta exigencia se encuentra directamente conectada con los propios requisitos que debe cumplir un modelo de organización y gestión o *compliance program penal*¹⁹⁸, y de un modo más específico con el primero de ellos, aquel relativo a la identificación de los riesgos¹⁹⁹.

Como se explicará detalladamente en el epígrafe 5.1.1 de esta investigación, las operaciones de identificación, análisis y evaluación de riesgos en el ente corporativo implican un estudio de los mecanismos de control y mitigación de riesgos pues, cuando se obtiene la información acerca de aspectos como la relevancia del riesgo o su probabilidad de ocurrencia, ha de tenerse en consideración los controles preexistentes para posteriormente decidir sobre el diseño y aplicación de otros controles en función

¹⁹⁷Vid. *supra* pp. 130-131.

¹⁹⁸Vid. *infra* pp. 261-329.

¹⁹⁹Vid. *infra* pp. 261-282.

del nivel de riesgo que haya resultado²⁰⁰. En definitiva, se trata de que en la persona jurídica se articulen y apliquen mecanismos de mitigación de riesgos de manera proporcionada y eficaz, atendiendo a aspectos tales como la posibilidad de materialización de ese riesgo y la intensidad de las consecuencias de dicha materialización. Una realización adecuada de estas operaciones evidencia la clara determinación de efectuar una diligente labor preventiva en la organización.

Por otro lado, es importante remarcar que la implementación de controles eficaces y proporcionales a los riesgos existentes en la persona jurídica concreta no implica que exista riesgo cero de comisión delictiva y que, por tanto, no pueda delinquirse en su seno. En consecuencia, la materialización de un riesgo de relevancia penal no debe presuponer necesariamente la ineficacia de los controles, máxime cuando estos hayan permitido aminorar los efectos o consecuencias del delito, impedir su consumación, o revelar el propio delito o los sujetos implicados, permitiendo la subsiguiente denuncia.

Esta exigencia determina que las decisiones en materia de control de riesgos deben de provenir del órgano de administración²⁰¹, extremo que, por otro lado, viene a profundizar en la garantía de eficacia de las medidas. Es una función concreta y esencial de este órgano, pues, al igual que la designación del órgano con la *función de compliance*, se incardina dentro de sus responsabilidades indelegables²⁰². Igualmente, en un aspecto de política empresarial, puede considerarse como una previsión encuadrable en aquello que se conoce como *tone from the top*²⁰³ y que viene a situar

²⁰⁰Vid. *infra* pp. 270-275. A causa de la irremediable conexión riesgo-control y el necesario estudio conjunto en aspectos tales como el mapa de riesgos, información sobre *riesgo residual* o el *apetito del riesgo*, he considerado pertinente abordar la cuestión en el apartado 5.1.1. *Identificación de actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos: el mapa de riesgos, matrices y teoría de juegos*.

²⁰¹Vid. *infra* p. 156-157, p. 176, p. 265.

²⁰²DEL ROSAL BLASCO, B.; «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención», *op. Cit*, p. 109.

²⁰³Con este término se incide en el modo en que el personal situado en la cúspide del organigrama - administradores y directivos-, como responsables de la adopción de los *compliances*, divulgan las normas y actúan para concienciar al resto de trabajadores acerca de la importancia de su cumplimiento. El directivo ha de mantener un actitud ejemplificadora y proactiva, tanto en el fomento de la cultura del cumplimiento de las normas de conducta como en la penalización de los comportamientos irregulares cuando estos tienen lugar.

a los administradores y miembros de la alta dirección como sujetos de los que deben partir las actuaciones tendentes a lograr el clima de cumplimiento normativo.

Además, la obligación de que sea el órgano de administración el que debe adoptar y ejecutar con eficacia los modelos de organización y control, con los consecuentes controles que ello comporta, sitúa al Código Penal en clara alineación con los postulados relativos a las estructuras organizativas de control o *check and balances* y el modelo conocido como las tres líneas de defensa²⁰⁴. Bajo esta concepción, el órgano de administración detenta las facultades relativas a la toma de decisiones en materia de gestión y apetito del riesgo.

Por tanto, este órgano es el responsable de la eficacia e idoneidad de los modelos de organización, de los mecanismos de control articulados y de los recursos facilitados para controlar, prevenir y detectar riesgos o incumplimientos. Por otro lado, los miembros y órganos que componen el resto de niveles responderán del diligente desarrollo de sus tareas conforme a los parámetros sobre el riesgo establecidos por el órgano de administración. Bajo este modelo, el órgano que detenta la *función de cumplimiento o compliance*, responderá del correcto desempeño de las tareas concretas que le ha sido conferida, que son las relativas a la supervisión o control para evitar y prevenir posibles riesgos e incumplimientos. Y ello conforme al nivel de riesgo -acordado por el órgano de administración-, mediante la aplicación de lo que contempla el programa de organización y gestión -que debe haber sido adoptado por el órgano de administración-, y a través de los recursos materiales y humanos que le han sido facilitados -aspecto en el cual, el órgano de administración también debe tener la facultad decisoria-.

Por otro lado, y en lo que concierne directamente a la valoración de la *eficacia* del *compliance program penal*, la Circular 1/2016 FGE recoge nueve pautas para evaluar el grado de *eficacia* del mismo²⁰⁵. Los criterios que recoge resultan capitales para determinar la concurrencia o no de la condición consistente en la adopción y ejecución de un *compliance program* eficaz. Como se verá más adelante²⁰⁶, estas

²⁰⁴ Vid. *infra* pp. 287-290.

²⁰⁵ Circular 1/2016 FGE, pp. 51-55.

²⁰⁶ Vid. *infra* p. 148.

pautas también son atendibles para enjuiciar la procedencia o no de la exención de responsabilidad cuando el individuo que comente el delito es una persona física de las contempladas en el artículo 31 bis 1 letra b) C.P.

Esas reglas interpretativas pueden ser contraídas en los siguientes axiomas:

1ª) El *compliance program penal* debe tener un contenido regulatorio real exigiendo un esfuerzo en materia de ordenación y control de su actividad.

2ª) De su contenido debe extraerse la clara voluntad de promover en el seno del ente corporativo un clima de cumplimiento normativo.

3ª) Las certificaciones de idoneidad del *compliance penal* son un componente más a la hora de valorar la eficacia del modelo de organización y gestión, pero no predeterminan la eficacia del *compliance* pues esta tarea le corresponde al juzgador²⁰⁷.

4ª) Debe atenderse de manera especial al papel jugado por administradores y personal de alta dirección, pues se les presume unos deberes especiales y una actitud proactiva para fomentar el cumplimiento (*tone from the top*²⁰⁸).

5ª) Cuando de la actividad delictiva se obtienen beneficios que resultan capitales para el ente la exigencia de responsabilidad ha de ser mayor. Cuando se trata de un beneficio meramente secundario o tangencial al perseguido por el individuo que delinque, habrá de prestarse especial atención a los criterios de diligencia debida sobre los procesos de selección²⁰⁹ que recoja el modelo y se hayan aplicado.

6ª) La aplicación de mecanismos de detección y reacción que permitan descubrir un delito y revelar al autor, así como la comunicación del mismo a las autoridades son determinantes para solicitar la exención de responsabilidad al ente.

7ª) Aunque la comisión del delito no evidencia *per se* la ineficacia del *compliance program*, la complejidad en el fraude del individuo que delinque sí muestra el grado de eficacia del mismo²¹⁰.

²⁰⁷Vid. *infra* p. 334-335.

²⁰⁸Vid. *supra* p. 134.

²⁰⁹Vid. *infra* pp. 285-286.

²¹⁰Vid. *infra* pp. 138-143.

8ª) Las circunstancias y hechos precedentes sobre la permisividad o intolerancia en relación con el incumplimiento coadyuvan a valorar si el hecho delictivo fue una excepción o una muestra de un clima de incumplimiento y descontrol.

9ª) El modo en que se proceda y las actuaciones que se realicen en el seno de la persona jurídica tras la comisión de un delito permiten conocer el grado de compromiso de sus responsables con el compliance program penal, por lo que deben ser aspectos especialmente valorados.

Sobre la segunda condición para eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica (prevista en el artículo 31 bis 2. 2ª C.P.), aquella relativa a que «*la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a 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*», considero que se ocupa de uno de los elementos capitales del compliance program penal. En este apartado el Código Penal aborda las características de la posición que debe ocupar en la estructura orgánica del ente corporativo y las tareas que debe desarrollar el órgano con la *función de compliance*, también conocido como departamento de compliance o cumplimiento normativo, o *compliance officer* cuando es unipersonal.

Se trata de una figura necesaria para garantizar la propia eficacia del *compliance program penal* y configura un elemento estratégico que ha previsto el poder público para avalar la confianza sobre la existencia de una prevención efectiva de delitos o riesgos penales y el estricto cumplimiento normativo en el seno de los entes corporativos.

La extraordinaria importancia de este órgano justifica que se le dedique, de modo específico, un espacio en esta tesis²¹¹, por lo que me remito a su contenido. No obstante, centrándome en este momento en el papel que se le atribuye en la exención, puede anticiparse que es ineludible que se trate de un órgano interno perteneciente a la propia persona jurídica. Igualmente, debe gozar de total autonomía en el ejercicio de sus funciones por lo que el órgano de administración ha de dotarle de suficientes

²¹¹Vid. *infra* pp. 151-181.

recursos financieros, técnicos y humanos para desempeñar adecuadamente las tareas de supervisión y control que contemple el modelo de organización y gestión o *compliance program penal*. Un último aspecto que puede adelantarse es que la *función de compliance* puede ser desempeñada por el propio órgano de administración cuando nos situemos en personas jurídicas de pequeñas dimensiones²¹², previsión se contempla expresamente en el apartado 3 del artículo 31 bis C.P.

En relación con la tercera exigencia que debe concurrir, que «*los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención*», debe interpretarse como un elemento que revela la propia idoneidad de los procedimientos, controles o mecanismos de prevención de riesgos que contemple el *compliance program penal*. Puesto que estas medidas son, en principio, eficaces para impedir posibles riesgos o incumplimientos, el individuo ha tenido que actuar de manera fraudulenta para poder cometer un delito en el seno de la organización, es decir, tuvo que idear y configurar un modo de proceder que le permitiera eludir los procedimientos articulados y mecanismo de control tendentes a evitar el riesgo o el incumplimiento que finalmente acaeció.

Para valorar este aspecto, se realiza un juicio que tiene lugar *ex post*, una vez evidenciada la conducta delictiva, pero desde una perspectiva valorativa *ex ante*. De este modo, pueden extraerse conclusiones certeras acerca de si el modelo de organización o gestión contemplaba antes de la comisión del delito unos controles bien elaborados e implementados, cuyo celo o nivel de intensidad era proporcional a la probabilidad de ocurrencia del incumplimiento e impacto del mismo. Si tras este examen, se concluye que las medidas de vigilancia y controles desplegados eran los adecuados, que se encontraban conformes con esos parámetros (posibilidad de que el incumplimiento finalmente acaezca e impacto provocado si acaece²¹³) y que se habían configurado de modo que no resultara sencillo soslayarlos, podría afirmarse que eran eficaces. En consecuencia, se corroboraría que, efectivamente, el modo de proceder de la persona física que delinquiró fue fraudulento, pues el delito fue posible al fundarse en un artificio de cierta complejidad y entidad para esquivar las medidas de vigilancia

²¹²Vid. *infra* p. 169.

²¹³Vid. *infra* pp. 261-276

y control. Para completar esta cuestión relativa al grado de fraude realizado por el individuo que comete el delito, creo oportuno traer a colación la propuesta de PALMA HERRERA²¹⁴ consistente en aplicar las exigencias jurisprudenciales del delito de estafa:

«A la hora de valorar la eficacia del compliance frente a la conducta fraudulenta, podrían aplicarse los elementos de valoración del engaño que la jurisprudencia ha venido utilizando en la estafa, y así, afirmar que aquí lo relevante será que se haya recurrido a alguna forma de actuación sin la cual las medidas de control del modelo no habrían podido ser eludidas, teniendo en cuenta, eso sí, que, al encontrarnos en un contexto, como es el de los compliances, profesionalizado y dirigido precisamente a la autoprotección, no cualquier conducta fraudulenta habrá de considerarse relevante (y por ende, habilitadora para que el compliance despliegue efectos exoneradores de la responsabilidad penal), sino sólo aquella que haya permitido eludir unos mecanismos que, objetivamente (ex ante), resultaban adecuados para prevenir delitos como el cometido, atendiendo a las características de la persona jurídica, al tipo de actividad y a los estándares de protección exigibles en entes similares.»

Siguiendo esta consideración, creo adecuado realizar un breve análisis acerca de qué se exige por la jurisprudencia para considerar el grado de engaño exigible en el delito de estafa. Entre las sentencias del Tribunal Supremo que abordan directamente esta cuestión pueden citarse la sentencia núm. 918/2008, de 31 de diciembre (RJ 2009\5966) y la sentencia núm. 162/2012, de 15 de marzo (RJ 2012\4064). La primera de las citadas trata el asunto en el Fundamento de Derecho Cuarto; por la relación de los criterios que contempla creo oportuno reflejar algunos fragmentos, pues resultan útiles a la hora de coadyuvar a determinar si ha existido una actividad que pueda calificarse como “fraudulenta” para eludir el *compliance program penal*:

«El engaño ha sido ampliamente analizado por la doctrina de esta Sala, que lo ha identificado como cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación, mendicidad, fabulación o artificio del agente determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio del otro y así ha entendido extensivo el concepto legal a "cualquier falta de verdad o simulación" ...»

«Por ello, el engaño puede concebirse a través de las más diversas actuaciones, dado lo ilimitado del engaño humano y la ilimitada variedad de los supuestos que la vida real ofrece y puede consistir en toda una operación de "puesta en escena" fingida que no responda a la verdad, y por consiguiente, constituye un dolo antecedente... »

²¹⁴PALMA HERRERA, J.M.; «Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de “compliances”» en *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, op. cit. pp. 68-69.

«Se añade que el engaño sea bastante para producir error en otro (STS. 29.5.2002) es decir que sea capaz en un doble sentido: primero para traspasar lo ilícito civil y penetrar en la ilicitud penal, y en segundo lugar, que sea idóneo, relevante y adecuado para producir el error que quiera el fraude, no bastando un error burdo, fantástico o inaccesible, incapaz de mover la voluntad de las personas normalmente constituidas intelectualmente, según el ambiente social y cultural en que se desenvuelvan STS 2.2.2002).

En definitiva, lo que se requiere es que el engaño sea bastante, es decir suficiente y proporcionado para la consecución de los fines perseguidos, y su idoneidad debe apreciarse atendiendo tanto a módulos objetivos como en función de las condiciones del sujeto pasivo, desconocedor o con un deformado conocimiento de la realidad por causa de la envidia o mendacidad del agente y del que se puede decir que en cuanto elemento psicológico, intelectual y doloso de la estafa está integrado por una serie de maquinaciones insidiosas a través de las cuales el agente se atribuye poder, influencia o cualidades supuestas...»

En virtud de lo expuesto, cabría considerar que el comportamiento del individuo que comete el delito en relación con la evasión fraudulenta del *compliance program penal* debe configurarse como un engaño bastante, suficiente y proporcionado a la entidad de los mecanismos de control y supervisión contemplados en el *compliance*. En este mismo sentido, se indica que el engaño ha de ser idóneo para eludir esos controles.

Por tanto, considero que, para valorar la idoneidad del engaño en este supuesto, habrían de aplicarse los siguientes criterios de contraste sobre la suficiencia del engaño en el *compliance program penal*: a) la propia naturaleza específica del *compliance penal*, entendida como la debida configuración y adecuación de los controles que contiene el modelo a la tipología de posibles riesgos o incumplimientos que puedan presentarse en la empresa, la probabilidad de que acaezcan y el impacto que estos pudieran generar; b) los estándares existentes en la materia de *compliance*, es decir, los procedimientos y protocolos de seguridad aplicados por el resto de empresas del sector o de la actividad en que interviene la persona jurídica, así como los programas de cumplimiento estandarizados hayan implementado otras personas jurídicas de características similares en ese contexto empresarial; c) la normativa administrativa de control y reguladora de la actividad que resulten aplicables; d) las necesarias características profesionales del órgano que detente la *función de*

compliance (*compliance officer*, departamento de *compliance* o cumplimiento normativo, etc.). Al situarnos en un entorno más específico, en el cual a la persona o personas que se ocupan de la supervisión y control se les presupone cierto nivel formativo y aptitudes para velar por el cumplimiento normativo y el control de riesgos, el engaño ha de configurarse de manera más compleja o elaborada, pues el «listón» para ser considerado engaño bastante tendría que ser más elevado que el exigido para el delito común de estafa.

A este respecto, según las exigencias apuntadas con relación a la entidad del engaño, no resulta aventurado considerar que no cabe la comisión imprudente del delito que cometa el individuo, pues, como recoge la propia sentencia se requiere una maquinación u operación de «puesta en escena» fingida, lo que requiere de un dolo antecedente. No obstante, debe tenerse muy en cuenta que, tal y como incide la propia Circular 1/2016 FGE, el Código Penal recoge algunos delitos en los que la persona jurídica puede responder penalmente y que pueden ser cometidos de modo imprudente²¹⁵.

En cualquier caso, es lógico considerar que, si para que el *compliance* exonere es necesario que éste se haya eludido mediante la elaboración de un plan de cierta entidad o utilizando algún medio fraudulento para eludir los controles²¹⁶, en el caso de que nos encontremos con un delito imprudente, el *compliance* nunca podría exonerar de responsabilidad al ente. La mera posibilidad de comisión de un delito imprudente muestra la escasa eficacia del modelo de organización y gestión que no ha sido capaz de evitarlo (un *compliance program penal* eficaz muy difícilmente permitiría la comisión de un delito imprudente).

En este contexto, surgen interrogantes acerca de la verdadera entidad que debería tener el engaño en un contexto donde se ha implementado un *compliance*.

²¹⁵Puede recordarse que los tipos delictivos por lo que la persona jurídica puede responder por imprudencia son: insolvencia punible (artículo 259.3 del CP); blanqueo de capitales (artículo 301.3 del CP); recursos naturales y medio ambiente (artículo 331 del CP); salud pública (artículo 367 del CP); financiación del terrorismo (artículo 576.4 del CP); contrabando (artículo 2.5 de la LO 12/1995) y los daños informáticos (artículo 267 del CP), este último, se incluirá en este listado o no según el criterio aplicado; sobre este asunto *vid. supra* p. 114.

²¹⁶ Según el 31 bis 2, 3ª Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a), la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si «*los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención*».

Para tratar esta cuestión, entiendo que también debería ser tenida en cuenta la jurisprudencia relativa a la estafa y al carácter «bastante» que debe tener en ésta el engaño. Así, por ejemplo, extrapolarlo al terreno de la responsabilidad penal de la persona jurídica, sólo donde encontrásemos una elusión fraudulenta «bastante» de los modelos de organización y gestión, debería permitirse a la persona jurídica eludir su responsabilidad penal, no siendo posible evitar tal responsabilidad allí donde el compliance haya podido ser eludido recurriendo a algún medio burdo, que no servirá sino para poner de manifiesto su ineficacia. De este modo, sentencias como la núm. 162/2012, de fecha de 15 de marzo (RJ 2012\4064), pueden arrojar luz; en el Fundamento de Derecho Undécimo de esta resolución se recogen los siguientes argumentos:

«Es cierto que esta Sala ha afirmado reiteradamente que si el tipo penal exige que el engaño ha de ser bastante es porque una persona no puede considerarse sujeto pasivo de una estafa si el error que le ha llevado a realizar un acto de disposición en su perjuicio o en el de un tercero, le ha sido provocado por un engaño burdo o insuficiente o, lo que es lo mismo, por no haber obrado con la mínima desconfianza exigible.

Así, la STS núm. 1024/2007, de 30 de noviembre expone que es entendible que la jurisprudencia de la Sala Segunda, en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal hayan estado en el origen del acto dispositivo, niegue el juicio de tipicidad que define el delito de estafa, y la STS 928/2005, de 11 de julio recuerda, en síntesis, que esta misma Sala, en diversas sentencias, ha delimitado la nota del engaño bastante que aparece como elemento normativo del tipo de estafa tratando de reconducir la capacidad de idoneidad del engaño desenvuelto por el agente y causante del error en la víctima que realiza el acto de disposición patrimonial en adecuado nexo de causalidad y en su propio perjuicio a la exigencia de su adecuación en cada caso concreto y en ese juicio de idoneidad tiene indudablemente importancia el juego que pueda tener el principio de autorresponsabilidad, como delimitador de la idoneidad típica del engaño, porque una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia excluyen la idoneidad objetiva del engaño.» [...]

Y en la STS 630/2009, de 19 de mayo, se subraya también en la misma línea que " Una cosa es sufrir error como consecuencia de un comportamiento propio del cual derive causalmente la equivocación que convierte en idóneo un engaño que por si mismo en principio no lo era, y otra muy distinta sufrir el error por el engaño adecuado desplegado por el tercero, y convertir en negligencia causante de la equivocación la buena fe y la confianza del engañado".»

Los aspectos que aborda esta resolución son especialmente adecuados para perfilar la cuestión de la entidad del propio engaño, pero también para configurar la

relación profesional entre *compliance officer* y órgano de administración. Para determinar la existencia de engaño bastante sobre el que sustentar una verdadera actuación fraudulenta que permitió soslayar los controles previstos en el modelo de organización y gestión, no sólo debe atenderse a criterios de idoneidad relativos a la existencia de una maquinación u operación de tal entidad que facilite eludir unos controles medianamente adecuados atendiendo al ámbito específico en que nos encontramos. Sin embargo, también deben considerarse aspectos interpersonales en el ámbito profesional. Esto se traduce en que el principio de autorresponsabilidad del engañado tenga como freno la propia relación de confianza y especial cualificación del sujeto que actúa de manera fraudulenta para saltarse los controles. Por lo tanto, en el caso en que el individuo que máquina, engaña y delinque sea el *compliance officer* o miembro del órgano con la *función de compliance*, el principio de autorresponsabilidad tendría que jugar un papel más limitado por la idiosincrasia de las específicas funciones que le ha sido conferidas y el control sobre los propios mecanismos de control.

La especificidad de las tareas, la autonomía de la que debe disfrutar y el alto puesto que debe ocupar en el organigrama, son aspectos que considero deberían contribuir a esta limitación. Bajo este supuesto, los sujetos directamente engañados serían, o deberían ser, los miembros del órgano de administración y, aunque sea necesario una operación dolosa y medianamente elaborada por parte del *compliance officer* para delinquir evitando los controles, entiendo que no podría exigírsele a los administradores unas cautelas que vayan más allá de la contemplada a cualquier empresario medio. Los administradores tienen un deber formal de controlar, pero el deber material le corresponde realmente al órgano de control. Ahora bien, ¿cómo podría evidenciarse esta cautela por parte del administrador? Entre otros aspectos, creo esencial el modo en que discurre el proceso previo e inicial de selección conforme a los criterios de selección del miembro o miembros del órgano que detenta la *función de compliance* conforme a unos procedimientos exhaustivos de diligencia debida²¹⁷. Esta forma de operar demuestra el cuidado y cautela prestados por empresario en

²¹⁷Vid. *infra* pp. 166-167, pp. 285-286.

materia de *compliance penal* en unos momentos en que sí concentra el dominio del hecho de una manera plena.

Otro interrogante que puede apuntarse es aquel relativo a si cabe o no eludir fraudulentamente el programa de cumplimiento mediante un comportamiento omisivo, cosa para la que, en principio, no parece existir ningún obstáculo. Así, el modelo de organización y gestión puede imponer obligaciones «de hacer» con el fin de evitar que se cometa un delito en el seno de la empresa contemplar (por ejemplo, la obligación de que un sujeto informe fielmente sobre determinados aspectos) convirtiendo al obligado en garante de que se cumpla un determinado mecanismo de prevención, y ese sujeto puede eludir de manera fraudulenta tal obligación absteniéndose de informar sobre algo que tenía el deber de poner en conocimiento del órgano de control.

La cuarta y última condición que tiene que concurrir para que pueda eximirse de responsabilidad penal a la persona jurídica es que «*no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª*». Nuevamente se hace referencia al órgano que detenta la *función de cumplimiento o compliance*, en este caso, el análisis se circunscribe a la desatención o negligencia en las tareas que le han sido conferidas.

Como veremos más adelante, éste es uno de los principales aspectos que marcan la diferencia entre lo exigido para eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica en el supuesto en que el individuo que ha cometido el delito es una persona de las previstas en la letra *a)* y aquel en que el individuo es una persona de las señaladas en la letra *b)* del artículo 31 bis apartado 1 del Código Penal. Cuando el delito lo comete un individuo de los señalados en la letra *a)*, para eximir al ente corporativo se requiere expresamente que el órgano que detente la *función de compliance* no haya eludido o realizado deficientemente las tareas que les fueron conferidas en materia de vigilancia y control.

En puridad, se trata de una circunstancia directamente unida al «hecho de conexión». En el supuesto de la ya señalada letra *a)* no se exige que la persona física haya podido realizar el delito por «*haberse incumplido gravemente por aquéllos los*

deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso», extremo que si se recoge literalmente el apartado 31 bis 1 b) C.P. y que, por tanto, es necesario para que pueda entenderse realizado el hecho de conexión. Es decir, cuando el individuo que delinque es uno de los de la letra a) del 31 bis 1), para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica no es necesario que el órgano con la *función de compliance o compliance officer* haya incumplido gravemente sus deberes de vigilancia (pudiendo darse el caso en que no haya incumplimiento o que este sea muy liviano). Por tanto, al producirse en este supuesto el hecho de conexión, se valoran las circunstancias de exención y, si del análisis se concluye que hubo algún tipo de desatención, negligencia o un desempeño insuficiente de las tareas por parte del órgano con *la función de compliance o compliance officer*, no se podrá eximir de responsabilidad al ente corporativo. En cambio, si efectivamente se muestra que este órgano actuó diligentemente y el individuo que delinquiró lo hizo a pesar de una correcta actuación del *compliance officer*, podrá eximirse de responsabilidad penal a la persona jurídica. Para lograr la exención, obviamente, esta circunstancia habrá de darse en confluencia con las otras tres condiciones anteriormente expuestas.

Para concluir, creo oportuno apuntar una consideración: el artículo 31 ter C.P. señala que la responsabilidad del ente será exigible a pesar de que la persona física no haya sido individualizada o no se haya podido dirigir el procedimiento contra ella²¹⁸. Por consiguiente, podría darse la imposibilidad de señalar si la persona física que delinquiró era un sujeto del apartado *a)* o *b)* del 31 bis C.P. (extremo que ya muestra un rasgo de ineficacia del *compliance program penal*). Esto puede plantear profundos interrogantes a la hora de determinar qué criterios de exención o atenuación aplicar al caso enjuiciado. No se trata de un asunto baladí pues existe un *doble régimen de exención* y el grado de exigencia es diferente según la persona física detente o no determinados cargos. Considero que, ante la apreciación de un hecho delictivo cometido en el interior del ente, pero cuyo autor individual se desconoce, sólo cabrá una interpretación favorable al ente corporativo como manifestación del principio *in dubio pro reo*. Por lo tanto, procedería considerar que la persona que delinquiró era un

²¹⁸Vid. *supra* pp. 88-89.

trabajador o empleado subordinado de los contemplados en la letra *b)* del 31 bis C.P., pues el Código aplica preceptos más favorables para la persona jurídica en este caso.

3.5.2. Presupuestos para la exoneración cuando el individuo que ha cometido el delito es una persona física sometida a los anteriores.

El *doble régimen de exención* implica la existencia de diferencias y matices en los elementos que deben ser tenidos en cuenta para valorar la procedencia de la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica en función de las facultades o cargo que detenta del individuo que comete el delito. Descritos los criterios de exención cuando el individuo que comete el delito es el reseñado en la letra *a)* del artículo 31 bis 1, corresponde analizar cómo determinar la procedencia de la exención cuando el individuo que comete el delito es un miembro del ente corporativo -o sujeto íntimamente vinculado²¹⁹- subordinado a los sujetos contemplados en el referido apartado *a)*, es decir, se trata de un mero empleado o un trabajador que no tiene poderes de representación, capacidad decisoria o facultades de supervisión, condición que también puede extenderse a mandos intermedios.

Como se ha señalado páginas atrás, a diferencia de la bien estructurada y detallada redacción respecto a las condiciones de exención cuando el delito lo ha cometido alguna de los sujetos indicados en el apartado *a)* del 31 bis 1. (apartado 2 del artículo 31 bis C.P.), el Código Penal no es tan claro cuando en el apartado 4 del artículo 31 bis aborda de manera lacónica la exención en aquellos casos en los que el individuo que comete el delito es un empleado. Además de la ya expuesta disociación de criterios según se trate de unos individuos u otros, la Circular 1/2016 FGE también se ha ocupado de este escenario legal un tanto ambiguo²²⁰. De sus palabras se extrae la

²¹⁹Vid. *supra* pp. 99-100. Relacionado con esta vinculación, *cf.* Circular 1/2016 FGE, p.60.

²²⁰La Circular 1/2016 FGE, pp. 41-42, expone al respecto: «**La descripción legal aborda con un mayor grado de detalle las medidas preventivas que debe adoptar la persona jurídica cuando se trata de delitos cometidos por los administradores o dirigentes que cuando se trata de sus subordinados. El apartado 4, dedicado a estos últimos, reproduce con diferencias de redacción poco significativas la condición 1.^a del apartado 2. En efecto, ni desde un punto de vista semántico, ni lógico ni teleológico existen razones**

pretensión de que no han de existir diferencias sustanciales a la hora de eximir de responsabilidad penal al ente corporativo, venga la conducta delictiva de los sujetos a) o de los del b) del 31 bis 1 C.P. La Fiscalía señala que el único elemento sustancial de contraste es el apuntado en el numeral 3º del apartado 2 del citado artículo, que únicamente resulta aplicable cuando se trata de uno de los sujetos de la letra a) del 31 bis 1 C.P.). A pesar de tan rotunda afirmación, existen otros interrogantes derivados de este *doble régimen de exención*.

El apartado 4 del artículo 31 bis de nuestro Código Penal determina que, en este supuesto, «*la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*». De su lectura podemos concluir que, tal y como puso de relieve la propia Circular 1/2016, efectivamente parece que el régimen de exención establecido cuando el delito es cometido por los sujetos del apartado a) del 31 bis 1 C.P. es más riguroso que cuando el delito proviene de un individuo previsto en la letra b) de ese precepto.

Esta discordancia que hace que resulte menos complejo exonerar de responsabilidad penal a la persona jurídica cuando el delito lo comente un mero

para distinguir entre los modelos de organización y gestión exigibles a ambas categorías que, en todo caso, deberán ser “idóneos” o “adecuados” y cumplir los requisitos numerados en el apartado 5, expresamente declarados aplicables a los dos títulos de imputación. Sin embargo, el apartado 4 no se refiere al resto de las condiciones establecidas en el apartado 2. Pese a este silencio, la exigencia de un órgano de supervisión del modelo (condición 2.ª del apartado 2) es también común a ambos títulos de imputación (a él alude el cuarto requisito del apartado 5). Lo mismo sucede con la condición 4ª, que resulta aplicable a ambos regímenes de exención pues si el órgano de control ha omitido o ejercido insuficientemente sus funciones el modelo no habrá sido ejecutado con la eficacia que tanto el apartado 2 como el apartado 4 imponen y necesariamente se habrá incumplido también alguno de los seis requisitos que, para uno y otro modelo de organización, establece el apartado 5.

En realidad, la única diferencia del doble régimen de exención de las personas jurídicas, se recoge en la condición 3.ª del apartado 2 que solo es predicable de los delitos cometidos por los sujetos del apartado a). Esta condición no se contempla para los subordinados, lo que permite a la persona jurídica eludir su responsabilidad en los supuestos de la letra b) simplemente acreditando que su modelo era adecuado, sin necesidad de probar que el dependiente había actuado fraudulentamente. En el modelo establecido debe acreditarse que el sujeto encargado de la vigilancia y control incumplió gravemente sus deberes, pero no es exigible recíprocamente a la persona jurídica que para eximirse de responsabilidad pruebe que el dependiente burló fraudulentamente el modelo de control.

Se diseña así un marco de exención de responsabilidad de la persona jurídica ligeramente más amplio para los delitos cometidos por los subordinados. Nótese, no obstante que, en la práctica, la mínima diferencia que comporta la condición 3.ª del apartado 2 será relativa pues, a salvo las conductas imprudentes, difícilmente podrá acreditarse que un programa es eficaz si puede ser quebrado por los dependientes sin la concurrencia de una conducta que comporte algún tipo de fraude.»

trabajador, sigue misma la lógica expuesta respecto a los hechos de conexión y transferencia de responsabilidad penal al ente, pues también resulta más sencillo que se produzca esa transferencia cuando el individuo lo comete un sujeto contemplado en la letra *a*) del artículo 31 bis 1 C.P. (representante legal, autorizado para decidir o con facultades de organización y control), que cuando el sujeto que delinque es el previsto en la letra *b*) (un empleado sometido a los anteriores). Es decir, el Código Penal adopta una actitud más rotunda y exigente cuando los delitos los comenten administradores y personal de alta dirección que cuando son cometidos por el resto de los empleados, pues en el primer caso se exige menos para que la responsabilidad penal se transfiera al ente y, coherentemente, se exige más para exonerarlo luego de responsabilidad penal.

En todo caso, el breve contenido del apartado 4 del 31 bis C.P. si refleja claramente la necesidad de que se haya adoptado y ejecutado *eficazmente* un *compliance program penal* por lo que, en este momento es necesario hacer referencia expresa a los criterios para valorar la eficacia del *compliance*²²¹ y, particularmente, a las pautas que daba la Circular 1/2016 FGE²²² recogidas en el epígrafe anterior. De este modo, la condición de que se haya implementado eficazmente un *compliance program penal* es requisito *sine qua non* para eximir de responsabilidad a la persona física independientemente de la naturaleza del puesto que ocupe la persona física que haya cometido el delito. Por supuesto, el *compliance penal* ha de reunir todos los requisitos expresamente contemplados en el apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal²²³.

Por otro lado, la referencia del apartado a la adopción y ejecución eficaz de un modelo de organización y gestión o *compliance program penal*, que sea adecuado para prevenir o reducir el riesgo de delitos de la misma naturaleza del que fue cometido por el individuo, plantea la duda acerca de si para exonerar de responsabilidad penal a la persona jurídica únicamente debemos atender a si se produjo esta implementación

²²¹Vid. *supra* pp. 133-135.

²²²Las nueve pautas exegéticas para valorar la eficacia de un *compliance program penal* se contemplan en las páginas 51 a 55 de la Circular 1/2016 FGE, *Vid. supra* pp. 135-137.

²²³Como ya se advirtió, estas exigencias que debe reunir todo *compliance program penal* para que resulte válido y pueda desplegarse efectos exoneradores, por tanto, deben concurrir independientemente de la cualidad de la persona física que haya cometido el delito, son desarrolladas en los diversos apartados del epígrafe 5.1 *El compliance en el Código Penal: requisitos según el 31 bis 5 C.P., la Circular 1/2016 y consideraciones para la implementación*, *vid. infra* pp. 260-329.

eficaz del *compliance program penal* o se requiere de la concurrencia de la restantes condiciones que sí son explícitamente exigidas por el Código Penal cuando el individuo que delinque es uno de los de la letra a) del 31 bis 1 (previstas en el apartado 2 de art. 31 bis C.P.).

Comenzando con aquella condición recogida en el ordinal 2º del artículo 31 bis 2 C.P., la que hace referencia a que «*la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a 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*», puede concluirse que sí debe existir este órgano con la *función compliance* -departamento de compliance o *compliance officer*- para que a la persona jurídica pueda excluirse de responsabilidad en aquellos casos en los que el delito lo cometa un sujeto de la letra b) del 31 bis 1) C.P.

El principal argumento es que si para eximir de responsabilidad al ente corporativo se requiere la previa implantación y ejecución eficaz de un *compliance program penal* y, como se analizará pormenorizadamente en su momento²²⁴, este *compliance* tiene como uno de sus requisitos esenciales de validez que se imponga «*la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención*²²⁵», inexorablemente deberá de existir el órgano encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

Sobre la condición prevista en el ordinal 3º del apartado 2 del artículo 31 bis C.P., la referida a que «*los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención*», puede afirmarse que no es necesaria para eximir de responsabilidad a la persona jurídica cuando el individuo que ha cometido el delito es un empleado sometido a otros con poderes de representación, capacidad decisoria o facultades de supervisión.

²²⁴Vid. *infra* pp. 261-329.

²²⁵Se trata del cuarto de los seis requisitos previstos por el Código Penal para todo *compliance program penal* y se contempla en el ordinal 4º del apartado 5 del artículo 31 bis del citado texto legal, *vid. infra* pp. 299-314.

El argumento principal que sostiene este juicio deviene del propio «hecho de conexión», como ya se ha apuntado anteriormente: cuando delinque un mero empleado, la propia letra *b)* del apartado 1 del 31 bis C.P. exige, para transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica, que la persona física haya podido cometer el delito porque los sujetos de la letra *a)* del mismo precepto incumplieran gravemente sus deberes de supervisión, vigilancia y control. En consecuencia, ese necesario incumplimiento grave de los sujetos con atribuciones en materia de supervisión y control en materia de *compliance* hace posible que el empleado haya cometido el delito sin necesidad de acudir a maquinaciones, engaños o artificios para eludir de manera fraudulenta los controles. Como se ha manifestado, la Circular 1/2016 FGE, marca este punto como el componente capital de distinción entre ambos regímenes de exención²²⁶.

Por último, sobre la condición 4ª del apartado 2 del artículo 31 bis C.P., aquella relativa a la necesidad de que «*no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª*», es decir, el órgano que detenta la *función de compliance*, de nuevo, debe tenerse en consideración la exigencia relativa al «hecho de conexión» en aquellos casos en los que el individuo es un mero empleado. Si el artículo 31 bis 1 b) establece que las personas jurídicas son penalmente responsables de los delitos cometidos por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en la letra *a)*, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, la condición 4ª prevista en el apartado 2 del artículo 31 bis C.P. no debe de ser tomada en consideración. Y es que parece difícil compatibilizar que, por un lado, para atribuir responsabilidad, se necesite que las personas con poderes de supervisión y control (entre las que debe incluirse el órgano con la *función de compliance*) hayan incumplido gravemente sus deberes y, por otro lado, se exija, para eximir, que no se haya producido una omisión o ejercicio insuficiente de por parte del órgano que detenta la *función de compliance*. Sería tanto como hacer imposible que en estos casos el *compliance* pudiese exonerar de responsabilidad al ente, lo que

²²⁶Vid. *supra* pp. 131-132.

parece ir en contra de la voluntad del legislador, que en abstracto sí deja abierta tal posibilidad.

3.6. El órgano con la *función de compliance*: elemento estratégico y componente personal exigido para librar de responsabilidad penal al ente

Últimamente puede encontrarse abundante literatura acerca de la figura del *compliance officer* u órgano que detenta la *función de compliance o cumplimiento normativo*²²⁷. No es de extrañar que este órgano tenga un papel principal en el ámbito de estudio de la responsabilidad penal corporativa, máxime cuando a raíz de la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015 puede decirse que, tras el administrador, es la figura más relacionada con el control y prevención de riesgos de relevancia penal. Además, se trata de un órgano irremediabilmente vinculado a los requisitos del *compliance program penal* y a los presupuestos exigidos para exonerar de responsabilidad a la persona jurídica, argumentos que ratifican su merecido protagonismo.

Sin embargo, entre esa literatura, no son pocas las lecturas que carecen de consistencia jurídico-penal, que se centran únicamente en exponer planteamientos genéricos y en tratar de revestir al órgano con la *función de compliance* de un halo que impida exigirle cualquier tipo de responsabilidad, aislándolo de su condición de órgano con importantes responsabilidades y de la posición de garante que puede detentar en determinados supuestos (fomentada, en cierta manera, por el propio 31 bis de nuestro Código Penal). Igualmente, se está promoviendo la creación de un estatuto específico del *compliance officer* al objeto de garantizar la seguridad jurídica de esta función, y cuyos precursores consideran -o deben considerar- que los propios criterios jurídico-

²²⁷Vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.; «Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica», en AAVV/ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (Dir.), *El derecho penal económico en la era compliance*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 165-189; PUYOL MONTERO, J.; «El “Compliance” y el estatuto de la profesión de “Compliance Officer”» en *Diario La Ley*, nº 3, febrero, 2017; CABECERANS CABECERANS, J. Y CUENCA MÁRQUEZ, J.; «El Compliance Officer y los límites constitucionales de sus investigaciones» en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 2, 2015, pp. 65-73, entre otros.

penales que se vienen aplicando sobre las formas de autoría y participación en los órganos de dirección o control no resultan suficientes para el análisis penal de la conducta de este peculiar órgano.

En consecuencia, y sin la pretensión de desarrollar un profundo estudio sobre la figura, que daría por sí sola para un estudio monográfico voy a abordar en este epígrafe las siguientes cuestiones: en primer lugar, una serie de consideraciones relativas a su naturaleza, el sistema de control en que se sitúa o la posición estratégica que ocupa en el contexto corporativo y, en segundo lugar, se analizará aquello que, sobre esta figura, contempla el Código Penal y la Circular 1/2016, prestando especial atención a sus «responsabilidades» esenciales, el papel que desempeña en los presupuestos requeridos para la exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica y su relación con los requisitos del *compliance program penal*.

3.6.1. Naturaleza estratégica

Desde un punto de vista estratégico, el Estado ha introducido al órgano con la *función de compliance* en las entrañas de los entes corporativos como si de un «caballo de Troya» se tratase. El método utilizado no ha sido a través de la aprobación de una norma general y ordinaria que obligue taxativamente a que cada persona jurídica cuente con un órgano autónomo encargado de velar por el cumplimiento de los modelos de prevención de delitos, sino que ha acudido a una vía mucho más sutil: posibilitar que el ente corporativo quede dispensado de responsabilidad penal ante la comisión de un delito en su seno cuando, entre otros aspectos, se haya implementado un modelo de organización y gestión para la prevención de delitos o *compliance program penal* eficaz, dotándose de este órgano con unos poderes autónomos que le permitan velar por su cumplimiento²²⁸.

²²⁸Para determinados sectores concretos o en determinadas áreas de negocio o ámbitos regulados sí existen disposiciones que determinan la obligatoriedad de contar con órganos que detentan algunas funciones relativas al cumplimiento o supervisión. Así sucede, por ejemplo, en el sector de las sociedades cotizadas (art. 529 terdecies del *Real Decreto Legislativo 1/2010 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley*

Por diversas circunstancias²²⁹, el Estado se ha visto imposibilitado para desempeñar exhaustivos controles y labores de supervisión en la cada vez mayor y más compleja actividad empresarial. Ante esta tesitura, ha tenido que reconfigurar las clásicas reglas de ordenación y supervisión para acudir a *nuevas formas de control estatal*²³⁰ y pasar de la heterorregulación a promover la *autorregulación regulada*. Es decir, el régimen de intervención del Estado en el ámbito empresarial ha dejado de centrarse en la aprobación de detallados reglamentos y en el ejercicio de un control previo y directo de las actividades de los entes corporativos, para confinarse en un papel donde impone directrices o normas generales y mantiene la esencial potestad sancionadora, pero delegando directamente el desarrollo y articulación de las normas de control, así como la supervisión, a las propias personas jurídicas -a través de órganos concretos- u otros entes privados independientes que auditan, certifican, etc. a las anteriores para que puedan desarrollar sus actividades o prestar sus servicios.

En esta dinámica, el Estado mantiene, o debería tratar de mantener tomando las debidas cautelas, el ejercicio básico de la autoridad a través de la aprobación de las pautas elementales *-law enforcement authority-* y la potestad de sanción ante el incumplimiento de las mismas. Bajo esta lógica, y empujado, también, por la escasez de medios y recursos, así como por la creciente aparición de fuentes de riesgo cada vez más complejas y difíciles de controlar, apuesta por la instauración en el núcleo de personas jurídicas de un órgano con *«poderes autónomos de iniciativa y de control»* sobre el que confiar *«la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado»* (artículo 31 bis 2, en conexión con las exigencias del *compliance* recogidas en el apartado 5²³¹ de mismo artículo del Código Penal). Asistimos, pues, a una situación donde el Estado «delega», al menos parcialmente, sobre el órgano con la *función de compliance* o *compliance officer* unas atribuciones

de Sociedades de Capital) y, en relación con las concretas áreas, se puede citar la prevención del blanqueo (art. 35 R.D. 304/2014) o protección de datos (art. 82 y ss. R.D. 1720/2007).

²²⁹Las causas que han motivado la inclusión en nuestro ordenamiento jurídico del órgano con la *función de compliance* (ya sea un *compliance officer*, un departamento de *compliance* o cumplimiento, etc.) son objeto de especial exposición en el epígrafe 4.2 *Regulated self-regulation & accountability: germen del compliance* (vid. *infra* pp. 208-218).

²³⁰Vid. *infra* p. 209.

²³¹Vid. *infra* pp. 261-329.

que había venido ejerciendo hasta ahora de manera directa e inmediata a través de sus autoridades públicas. Se trata de un aspecto que guarda similitudes con aquello que sucede respecto a los vigilantes de seguridad privada²³² en relación con ciertos eventos o lugares públicos y que, sin lugar a duda, plantea riesgos y retos relacionados con la pretendida labor independiente y autónoma de un elemento que, al fin y al cabo, selecciona, contrata y cuyos costes asume la propia persona jurídica.

En todo caso, es interesante comprender por qué el Estado ha legislado para promover la inclusión de una figura como la del *compliance officer* en las personas jurídicas. Sobre este extremo es necesario adelantar que, dentro del conjunto de propuestas para la fundamentación analítica de la responsabilidad penal y los *compliance programs* que se desarrollan en el siguiente capítulo, se acudirá a uno de sus elementos principales, la teoría de juegos²³³ para explicar esta importante cuestión. Como se verá, se trata de una teoría que propongo injertar en el ámbito jurídico-penal pues resulta válidamente utilizada para analizar y explicar la dinámica estratégica ante la interacción de diversos agentes en otras ciencias y que, además, resulta muy apropiada para predecir comportamientos futuros. Pues bien, esta teoría nos demuestra que la razón esencial por la que el Estado quiere situar al *compliance officer* en el interior de la persona jurídica, a modo de «caballo de Troya», es para cimentar la

²³²Puede traerse a colación dos de los preceptos más relacionados con lo tratado de la ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada: «Artículo 5 Actividades de seguridad privada. 1. Constituyen actividades de seguridad privada las siguientes: a) La vigilancia y protección de bienes, establecimientos, lugares y eventos, tanto públicos como privados, así como de las personas que pudieran encontrarse en los mismos. b) El acompañamiento, defensa y protección de personas físicas determinadas, incluidas las que ostenten la condición legal de autoridad. [...] g) La explotación de centrales para la conexión, recepción, verificación y, en su caso, respuesta y transmisión de las señales de alarma, así como la monitorización de cualesquiera señales de dispositivos auxiliares para la seguridad de personas, de bienes muebles o inmuebles o de cumplimiento de medidas impuestas, y la comunicación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes en estos casos. h) La investigación privada en relación a personas, hechos o delitos sólo perseguibles a instancia de parte.» [...]

«Artículo 18 Autorización administrativa.

1. Para la prestación de servicios de seguridad privada, las empresas de seguridad privada deberán obtener autorización administrativa y serán inscritas de oficio en el registro correspondiente, de acuerdo con el procedimiento que se determine reglamentariamente.» [...]

²³³Vid. *infra* pp. 233-243; donde defiendo la inclusión en el Derecho Penal de sus postulados y metodología, tanto para la fundamentación de un *modelo antrópico de responsabilidad penal corporativa*, como para el estudio del *compliance program penal*. Además, entre otros aspectos, defiendo su utilidad para la configuración del *nexo lógico de raíz socio-jurídica* entre el Derecho Penal y los cada vez más utilizados y trascendentes *big data* e *inteligencia artificial* a través de la algoritmia, *vid. infra* pp. 244-254.

*confianza*²³⁴ en que los entes corporativos cumplen y previenen la comisión de delitos o riesgos de relevancia penal, dotándose de unos modelos de organización y control que resulten efectivamente aplicados.

Se evidencia que, a través de la inserción del órgano con la *función de compliance* se logra o se está mucho más cerca de superar un estado general de *desconfianza* entre el Estado y las empresas u otros entes corporativos. Como podrá verse más adelante, con esta figura, el Estado confía más en que las personas jurídicas se autorregulan y lo hacen de una manera eficaz, se trata de la denominada *solución externa al dilema*²³⁵ y provoca una ruptura de la tendencia predominante, demostrada matemáticamente, a la *desconfianza e incumplimiento*. Dicho de otro modo, por medio de este órgano el Estado disminuye de manera muy notable las *opciones estratégicas* de que se cometan delitos en el seno de los entes corporativos.

Desde otra perspectiva, más cercana y circunscrita al *diseño organizativo empresarial*, el órgano con la *función de compliance* tiene un papel especialmente relevante en el organigrama, con atribuciones en materia de supervisión y control de incumplimientos y riesgos de trascendencia penal. Se considera a este órgano como principal encargado de prevenir, controlar y monitorizar los riesgos según el *compliance program penal* y los parámetros que el órgano de administración haya adoptado. Para el desarrollo de tales funciones, ha de contar con unos medios y recursos adecuados que le asigne el administrador. Ante la apreciación de algún incumplimiento, riesgo o defecto relevante, el órgano con la *función de compliance* debe notificarlo inmediatamente al órgano de administración y elaborar el análisis que resulte pertinente (proponiendo modificaciones del modelo, medidas o controles adicionales de mitigación de riesgos, etc.) para que, por parte del administrador, se adopten todas las decisiones que resulten oportunas.

La dinámica que acaba de relatarse, en la cual el administrador mantiene las competencias que le son inherentes en cuanto los riesgos asumidos en la actividad

²³⁴Vid. *infra* pp. 238-243.

²³⁵Esta noción no tiene que ver con que la figura del órgano con la *función de compliance* o *compliance officer* no pertenezcan al ente corporativo, sino por su condición particular de *tercer elemento*. Para profundizar, *vid. infra* p. 241.

desarrollada en la persona jurídica y los modelos de organización tendentes a prevenir delitos o riesgos -aspectos esencialmente indelegables-, pero donde el órgano con la *función de compliance* juega un especial papel en materia de cumplimiento, desempeñando un continuo e inmediato control y monitorización de riesgos o incumplimientos, puede encuadrarse en lo que viene conociéndose como *modelo de las tres líneas de defensa*.

Independientemente de que más adelante se explique esta estructura de control²³⁶, es adecuado anticipar que, bajo el modelo de las tres líneas de defensa, se establece una clara división funcional, donde se distingue a: I) los operarios y mandos inmediatos responsables, que mantienen el contacto directo con el riesgo y han de respetar los procedimientos, prácticas e instrucciones, teniendo que responder directamente por su gestión operativa y diligencia en el desarrollo de su labor; II) el órgano con la *función de compliance* que, gozando de un papel primordial, detenta atribuciones en materia de vigilancia, control y monitorización²³⁷ de riesgos, reportando directamente al órgano de administración cualquier hecho relevante; III) el auditor, que desde un lugar más alejado del riesgo elabora informes o comunica su parecer al órgano de administración una vez ha sido desarrollada una concreta actuación, se trata de una valoración *a posteriori*, donde no existe preeminencia de actuación preventiva. En esta distribución, los sujetos señalados responden del correcto y diligente desarrollo de las funciones que le han sido concretamente asignadas. En cambio, el órgano de administración es responsable, entre otras cuestiones, de la toma de decisiones sobre los niveles de riesgo aceptados en la persona jurídica²³⁸, de la implementación de un *compliance program* o modelo de organización que satisfaga las exigencias previstas en el Código y que sea idóneo para la actividad que desarrolla el ente, de la dotación de recursos y medios de control de riesgos o

²³⁶Vid. *infra* pp. 287-290.

²³⁷Considerado como un seguimiento y evaluación de la efectividad de los controles establecidos para prevenir y detectar incumplimientos o riesgos.

²³⁸Vid. *infra* pp. 134-135, p. 176, p. 265, entre otras. En idéntico sentido se pronuncia la Fiscalía cuando en su Circular 1/2016 FGE, p. 49, recoge: «No puede dejar de mencionarse que, sin perjuicio de las funciones propias del oficial de cumplimiento, siempre corresponderá al órgano de administración establecer la política de control y gestión de riesgos de la sociedad y su supervisión, que en las sociedades cotizadas tiene la condición de facultad indelegable [art. 529 ter b) LSC].»

incumplimientos adecuados, de la dirección y supervisión de la labor del resto de miembros de la organización, etc.

A este respecto, para comprender mejor la confluencia de factores como los riesgos, los procesos de toma de decisiones en relación con aquellos y la relación estratégica existente entre individuos -por ejemplo, entre administradores o personal de alta dirección y el órgano con la *función de compliance*-, también resulta ventajoso acudir al método analítico que contempla la teoría de juegos; pues suministra valiosa información acerca de las estrategias que pueden acogerse dependiendo de las pretensiones u objetivos que predominen entre los individuos que dirigen la persona jurídica.

Sin perjuicio de una pormenorizada exposición sobre cómo la teoría de juegos ayuda a comprender cuestiones relacionadas con el conocimiento real sobre los riesgos, la problemática de las asimetrías informativas y la toma de decisiones -que, como se ha indicado, se realizará más adelante, resulta muy oportuno avanzar que esta teoría arroja luz sobre el asunto de las, a veces, problemáticas o confusas relaciones entre los individuos de la cúpula de la persona jurídica o aquellos que detentan deberes relacionados con la ejecución del *compliance*, el control y la monitorización de riesgos²³⁹.

La teoría de juegos nos revela cómo, por ejemplo, el órgano con la función de *compliance* no se enfrenta, en exclusiva, a eventuales riesgos o incumplimientos que acaecen de manera más o menos inesperada durante el desarrollo de la singular actividad empresarial y a consecuencia de ésta, sino que existen otros riesgos derivados de las propias relaciones estratégicas con los individuos que detentan otros cargos, particularmente con los administradores y otros puestos de dirección. Son riesgos sociales inherentes a un contexto organizativo, donde interactúan otras personas con intereses y estrategias que pueden ser muy distintas entre sí, por lo que conocer este juego de intereses resulta extraordinariamente valioso para cuestiones como el estudio de los *compliances* o el análisis de la concreta labor del *compliance officer*.

²³⁹Vid. *infra* pp. 276-280.

Tras hacer una primera aproximación a la figura del *compliance officer* desde una perspectiva estratégico-relacional *ad extra*, con respecto al Estado²⁴⁰ y apuntar la problemática existente *ad intra*, en relación con otros órganos de la persona jurídica²⁴¹, en el siguiente epígrafe señalaré aquellos principios generales que han de regir su actuación, así como algunas reflexiones tendentes a lograr su consecución.

3.6.2. Criterios de actuación y selección

En aquello que respecta a los criterios de actuación, una conducta *íntegra* por parte del órgano con la *función de compliance* resulta vital. Ello implica que debe tratar de priorizar y atender, en todo caso, a los aspectos legales y al interés común, repudiando todo aquello que implique el beneficio propio o su interés particular. Igualmente ha de realizar sus tareas con *dedicación*, de modo que se garantice un adecuado estudio y desarrollo de todas las funciones que le competan. No obstante, según el tamaño y complejidad de la persona jurídica, no existiría inconveniente en que realizase su labor a tiempo parcial.

La *neutralidad* es otro de los principios que deben orientar la conducta del *compliance officer*, por lo que resulta trascendental la ausencia de influencias, lazos o vínculos que puedan comprometer su imparcialidad. Este extremo se haya muy vinculado a la necesaria *independencia* de la que ha de gozar esta figura. Debe de tener un estatus en el cual, formal y materialmente, sea garantizada su libertad de actuación, así como para emitir pareceres o informes sin limitaciones internas. En este sentido, sin perjuicio de lo que en ulteriores apartados se dirá al respecto en relación con las concretas exigencias del Código, resultará muy revelador los medios y recursos de los que disponga para el desempeño de sus funciones.

Teniendo en cuenta lo expuesto, parece bastante complicado que individuos que anteriormente se han venido ocupando de cometidos relevantes en determinados

²⁴⁰Vid. *infra* pp. 240-242.

²⁴¹Vid. *infra* pp. 276-280.

nichos o áreas de negocio de la propia persona jurídica puedan desarrollar, *a posteriori*, una verdadera labor independiente de análisis y valoración como *compliance officer*. Se trata de supuestos donde, por ejemplo, una persona ha trabajado previamente y durante un largo período como asesor jurídico o *legal counsel*, secretario del consejo de administración o puestos de análoga relevancia como jefe de área financiera, director operativo o como *legal and contracts* en el seno de la corporación²⁴². Entiendo que, para que estos individuos pudieran desempeñar las funciones de compliance de manera independiente, habría de producirse una *ruptura y reevaluación del rol precedente* que debería implicar un previo análisis específico por parte de un agente externo de las labores que realizó en el anterior puesto para, una vez garantizado que fueron correctamente realizadas, permitir su nombramiento como *compliance officer*.

En relación con la independencia de esta figura, al margen de cómo se aborda por el Código, la Circular 1/2016 FGE o los aspectos de los procesos de diligencia debida en la selección (extremos que se tratarán en el siguiente epígrafe), considero oportuno reflexionar en torno a una idea muy conectada con lo expuesto, pero que no ha sido considerada en el entorno jurídico-penal y que podría coadyuvar a subsanar los déficits de objetividad o imparcialidad del órgano con la *función de compliance*: la designación por medio del *sorteo*.

El *sorteo* ha sido, y es, objeto principal de un profundo estudio por parte de la Sociología o la Filosofía²⁴³, especialmente para la selección de órganos o

²⁴²Tiene razón el Informe 5/2017 de la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española sobre la intervención del abogado como responsable de cumplimiento normativo (“*compliance officer*”) cuando dice (p. 15): «*Se suscitara aquí la pregunta de si, vistas las particularidades referidas, un letrado de empresa puede asumir el cargo de compliance officer sin colisión con el secreto profesional o peligro de conflicto de intereses. Nuestra respuesta es que no sería recomendable, precisamente por razón de la específica función que se realiza (ser abogado interno de la empresa con anterioridad), al ser el compliance officer un profesional (abogado) que ejerce una función de control y de verificación objetiva del cumplimiento del ordenamiento por esa misma empresa. Y una vez más surgen, siempre cerca del abogado en los momentos difíciles, los Colegios de Abogados. Puesto que en los “casos excepcionales de suma gravedad en los que, la obligada preservación del secreto profesional, pudiera causar perjuicios irreparables o flagrantes injusticias, el Decano del Colegio aconsejará al Abogado con la finalidad exclusiva de orientar y, si fuera posible, determinar medios o procedimientos alternativos de solución del problema planteado ponderando los bienes jurídicos en conflicto. Ello no afecta a la libertad del cliente, no sujeto al secreto profesional, pero cuyo consentimiento no excusa al Abogado de la preservación del mismo.”*»

²⁴³Vid. GASTIL, J./RICHARDS, R.; «Making direct democracy deliberative through random assemblies», en *Politics and Society* Vol. 41, n.º 2, 2013, pp. 253-281; LINARES LEJARRAGA, S.; «Democracia y sorteo de cargos», en *Revista Internacional de Filosofía, DAIMON*, n.º 72 septiembre-diciembre, 2017, pp.45-58;

representantes en las estructuras políticas democráticas y como un valioso ingrediente en los procesos de diseño institucional. Salvando las notables diferencias entre la selección de un representante y la de un órgano con funciones especiales, la defensa que COURANT²⁴⁴ realiza de este medio de selección para garantizar, entre otros aspectos, la imparcialidad del designado resulta muy apropiada a los efectos de la designación del *compliance officer*. Este autor concibe al *sorteo* como un medio que profundiza en la imparcialidad, aludiendo como ejemplos históricos de ello a la selección por *sorteo* de cargos públicos de la antigua Atenas o a la conformación de los jurados populares -cuya esencia persiste en nuestros días-.

Por otro lado, LINARES LEJARRAGA²⁴⁵ expone la utilidad de este medio de designación a la hora de constituir órganos consultivos que intervengan en los procesos de toma de decisiones. El sorteo permite la incorporación de individuos que, usualmente, no se sitúan en la esfera decisiva que les presta tal designación (ocupada generalmente por unos miembros con perfiles muy parecidos, de visiones ideológicas o técnicas muy cercanas y que generalmente son afines a las líneas marcadas por la esfera de poder). Por lo tanto, dando voz a estos sujetos se enriquece el proceso de toma de decisiones, pues introducen nuevos criterios y elementos que, de otro modo, no podrían ser considerados. Análogamente, la inclusión en el órgano con la *función de compliance* de algún individuo designado por este medio, le dotaría de mayores visos de imparcialidad y efectividad.

Igualmente, resulta muy interesante el contraste que efectúa COURANT²⁴⁶ entre el *sorteo* y otras formas de selección, como el *nombramiento* (entendido como la clásica designación directa no sujeta a verdadera deliberación), la *cooptación* (donde intervienen varios individuos, como podría ser los miembros de un consejo de

COURANT, D.; «Pensar el sorteo. Modos de selección, marcos deliberativos y principios democráticos», en la misma publicación, pp.59-80; entre muchos otros.

²⁴⁴COURANT, D.; «Pensar el sorteo. Modos de selección, marcos deliberativos y principios democráticos», *op. cit.* pp. 59-80.

²⁴⁵Cabe recordar que las posturas dogmáticas expuestas devienen de una dialéctica centrada en la designación de los órganos de representación de la ciudadanía. En ese contexto la posición de LINARES LEJARRAGA es la del rechazo al predominio del sorteo como medio de designación en ese contexto, aunque la permite como elemento complementario en los procesos de toma de decisiones (en «Democracia y sorteo de cargos», *op. cit.* pp. 45-58).

²⁴⁶COURANT, D.; «Pensar el sorteo. Modos de selección, marcos deliberativos y principios democráticos», *op. cit.* pp.61-63.

administración, a través de un acuerdo) y la *certificación* (a través del nombramiento bajo el criterio exclusivo de seleccionar a quien acredita tener determinados conocimientos o competencias).

Los argumentos en contra del uso del *nombramiento* y la *cooptación* resultan más o menos obvios (mucho más en el primer supuesto que en el segundo), ya que los administradores o directivos que nombran al sujeto comprometen, *ab initio* y de raíz, la imparcialidad del cargo designado. La *certificación* o nombramiento por competencias parece un sistema mucho mejor, pues se eligen a las personas que gozan de acreditados conocimientos en la materia. Sin embargo, se obvia que quien establece los criterios y parámetros de selección es el propio órgano que posteriormente puede ser sometido a examen por parte del *compliance officer* (el consejo de administración, por ejemplo) por lo que puede fijar unos elementos valorativos para el proceso de selección que tiendan claramente a favorecer o hacer casi irremediable la designación del profesional que éste deseaba.

A diferencia de los anteriores, la selección por *sorteo* garantiza más la imparcialidad²⁴⁷, entendida como neutralidad del sujeto designado, pues permite tener en consideración, pudiendo resultar elegidos, a quienes no gozan de la influencia del poder o sus vínculos más íntimos (en el caso que nos ocupa, de los administradores o figuras afines). Es decir, se impide que únicamente tengan posibilidades de ser seleccionados aquellos que encabecen las preferencias de los administradores o miembros de alta dirección. El principal contraargumento que suele plantearse frente las bondades de *sorteo* es que posibilita la designación de personas sin conocimientos o experiencia, aspecto que se evita a través del medio de selección de la *certificación* o nombramiento por conocimientos, experiencia y aptitudes. El autor incide la falta de pruebas acerca de que el sorteo haya causado la designación de incompetentes y subraya los numerosos escándalos de corrupción encabezados por líderes a los que se le presuponía ciertas aptitudes. Entiendo que este argumento recobraría más fuerza

²⁴⁷Para COURANT la imparcialidad (entendida como “la justicia ciega”) resulta la más clara cualidad del sorteo. Incide en que seleccionar únicamente a personal especializado muy vinculado al área de influencia del negocio alimenta las dudas sobre la verdadera su propia credibilidad. A través del sorteo se potencia que personas que participan en una deliberación o estudio respecto a un asunto no tenga intereses ocultos de algún tipo, previniendo las redes clientelares o de contactos, el amiguismo y las negociaciones en la recámara; para profundizar, *ibid.*, p. 70.

en el ámbito de la gestión empresarial, pues no son pocos los casos en que se ha apreciado la existencia de graves irregularidades o actividades delictivas protagonizadas por personal que, aparentemente, gozaba de un currículum extenso e impecable, pero cuya base de la ilegalidad se encuentra vinculada con la escasez de imparcialidad²⁴⁸.

No obstante, y para el concreto caso que nos ocupa, considero que estos interrogantes que presenta el *sorteo* podrían ser fácilmente superados con las dos propuestas que contemplo a continuación:

1º) El método de selección por *sorteo* podría venir precedido de exigencia de certificación o de conocimientos y aptitudes de mínimos; no obstante, el número de aspirantes resultantes tras la primera labor de filtrado debe ser de tal entidad que se minimicen las probabilidades de selección de personas vinculadas a la alta dirección o administradores²⁴⁹. No cabe duda de que, hoy día, existe una cantidad muy considerable de personal altamente formado en la *función de compliance* por lo que la exigencia de determinados conocimientos no debe ser una excusa para fijar un número muy limitado de candidatos.

2º) Tras la utilización del *sorteo* para elegir al titular del órgano con *función de compliance*, el ente deberá completar la formación específica que estime necesaria. De

²⁴⁸Entre los últimos casos más célebres, puede citarse el «Caso Bankia» relativo a la salida bolsa de dicha entidad, seguido en la Audiencia Nacional en relación los presuntos delitos de falsedad en las cuentas anuales de los ejercicios de esos años (art. 290 del Código Penal) y delito de fraude de inversores (art. 282 y 288 del C.P.) por incluir datos irreales en el folleto informativo para la salida a bolsa. Los acusados fueron 35 personas físicas y jurídicas, entre otros el ex presidente de la entidad, vocales, exconsejeros o administradores de Bankia en los años 2010 y 2011, las personas jurídicas son Bankia S. A., el Banco Financiero de Ahorros y la auditora Deloitte S.L. Igualmente, y más relacionado con la *función de compliance*, se subraya el caso de presunto blanqueo de capitales continuado por parte de entidades bancarias en relación con cuentas vinculadas a la «lista Falciani». En este caso, se investigaba las operativas realizadas por las entidades bancarias HSBC suizo, el Banco Santander y BNP Paribas consistentes en movimientos de dinero de presuntos evasores fiscales. En el marco de esta investigación -también dirigida desde la Audiencia Nacional- se hallaban en situación de investigados, entre otros, directivos como el vicepresidente del comité de análisis, un exconsejero independiente y presidente de la *Comisión de ética y cumplimiento normativo*, un exresponsable de prevención de área de banca mayorista, el exdirector del departamento central de prevención de blanqueo, todos ellos por parte del Santander, mientras que por parte de BNP Paribas se situaron bajo el estatus procesal de investigados al que fueran directores del departamento de cumplimiento normativo, a otro responsable del área y a la exdirectora de operaciones.

²⁴⁹Un listado de más de 10 candidatos puede ser una cifra válida a estos efectos.

este modo se despeja cualquier duda (real o ficticia) acerca de una supuesta falta de formación del sujeto.

Entiendo que, la utilización de este sistema de designación del *compliance officer*, acreditaría ante cualquier órgano judicial que, desde la cúpula de la persona jurídica se ha actuado, seria y decididamente, para designar a un *compliance officer* que goza de un altísimo grado de imparcialidad inicial²⁵⁰, pero también de formación. De tal modo que, del recurso al *sorteo*, no pueda inferirse que se ha procedido a la designación de una persona que carece de la necesaria formación (extremo que, paradójicamente, podría interpretarse como una muestra de escasa voluntad de cumplimiento y control en el seno del ente corporativo).

3.6.3. Regulación jurídico-penal del órgano con la función de compliance o compliance officer

3.6.3.1. Exigencias de carácter orgánico sobre el compliance officer: la condición 2ª del 31 bis 2 y la excepción del 31 bis 3 C.P.

Nuestro Código Penal señala unas exigencias mínimas dirigidas a considerar esta figura como «válida» a la hora del examen de los presupuestos necesarios para liberar de responsabilidad penal a la persona jurídica. A tal fin, el Código aborda unas condiciones orgánicas del *compliance officer* en su artículo 31 bis 2. 2ª C.P., precepto en el cual, recoge la primera y más trascendente²⁵¹ alusión a esta figura:

«2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a 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»

²⁵⁰Inicial porque la configuración de la estructura en que se incardine, los procedimientos, medios y recursos que se le asignen al *compliance officer* para la ulterior el desempeño de sus tareas son aspectos que inciden en el ejercicio autónomo de sus funciones y penderán de otros factores, que son tratados los epígrafes siguientes.

²⁵¹DEL ROSAL BLASCO, B.; «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención», *op. cit.* p. 117.

En este ordinal se comprimen las condiciones inherentes a la *función del compliance* desde una óptica jurídico-penal y que, como se expuso, resultan aplicables independientemente del puesto que detente la persona física que pudiera cometer el delito²⁵². Centrándonos en los aspectos orgánicos, las exigencias respecto al *compliance officer* son, fundamentalmente, dos: que se trate de un «*órgano*» de la propia persona jurídica y que, por la posición jerárquica que ocupe y las condiciones o recursos de los que se le dote, disfrute de «*poderes autónomos de iniciativa y control*».

Que la *función de compliance* se desempeñe desde un «*órgano*» específico del ente corporativo conlleva inexorablemente la necesidad de que haya sido instaurado -de una manera plena y decidida- en el organigrama. La Circular 1/2016 FGE²⁵³, indica que «*dependiendo del tamaño de la persona jurídica, podrá estar constituido por una o por varias personas, con la suficiente formación y autoridad*». Por lo tanto, este órgano podrá ser unipersonal, estando conformado por un único oficial de cumplimiento, o colegiado; bajo este último supuesto el departamento de compliance -o la denominación que le sea dada-, tendrá que contar con un director o máximo responsable (*chief compliance officer, director de departamento de cumplimiento, etc.*) que encabece y coordine esta *función*²⁵⁴.

En estos casos, el régimen de funcionamiento aplicable debe ser el ordinario para los órganos colegiados. En la posibilidad de subdivisión operativa, donde cada

²⁵²Vid. *supra* p. 137, p. 149.

²⁵³ Circular 1/2016 FGE, p.47.

²⁵⁴ Sobre esta cuestión, a efectos meramente orientativos, señalo lo que apunta el Libro blanco de la *función de compliance* emitido por la Asociación Española de Compliance, en su epígrafe 6.3 *Responsabilidad profesional* (p.45): 1) «*Se espera ejecute razonablemente los cometidos esenciales señalados en este documento, así como los adicionales que vengán establecidos por el marco jurídico de aplicación y/o detallados en el Compliance...*». 3) «*El máximo representante de la función de Compliance asume la responsabilidad de informar a los órganos de administración, sus comisiones delegadas y la alta dirección de los hechos relevantes de los que tenga conocimiento, relacionados con sus cometidos esenciales y con lo establecido en el Programa o Programas de Compliance que coordina. Para ello, puede recurrir a los reportes operativos, memorias anuales y comunicaciones urgentes ...*» 4) «*Sin perjuicio de lo anterior, cada uno de los responsables de áreas o Programas específicos de Compliance, en el caso de concurrir en la organización, asumen la obligación de informar al máximo representante de la función de Compliance de los hechos relevantes relacionados con sus cometidos esenciales y con lo establecido en los Programas de Compliance específicos que deben operar.*» 5) «*Sin perjuicio también de la responsabilidad general de coordinación que pueda asumir el máximo representante de la función de Compliance, los diferentes responsables de áreas específicas o Programas de Compliance adquieren la responsabilidad de operar diligentemente sus respectivos programas de compliance o, en caso de no hallarse formalizados, de una razonable supervisión del cumplimiento de las obligaciones de compliance que tengan encomendadas*». Disponible en: <https://www.asociacioncompliance.com/new2017/wp-content/uploads/2017/08/Libro-Blanco-Compliance-ASCOM.pdf> [2017, 11 julio]

individuo o subárea se ocupa de determinada materia (por ejemplo: prevención del blanqueo, riesgos financieros, etc.), lo relevante es la claridad en la fijación de responsabilidades -para lo que cobra aún mayor importancia aquello que dispongan los modelos de organización y gestión- y que exista una estructura piramidal con una cadena ascendente de responsabilidad.

Como recuerda la Circular 1/2016 FGE, quedan exceptuadas de la obligación de constituir un órgano que asuma de manera específica e íntegra esta función de vigilancia y control aquellas entidades que, por el sector o ámbito de la actividad empresarial en que se sitúen, tengan ya una obligación legal de contar con un órgano encargado de verificar la eficacia de los controles internos de riesgos de la empresa, como entidades de servicios de inversión, sociedades cotizadas o, para el ámbito concreto de la prevención del blanqueo de capitales, respecto a ciertos sujetos obligados²⁵⁵.

Concretamente, en el caso de las sociedades anónimas cotizadas, la Circular FGE señala que esa previsión sería sin rango legal, siendo el código de buen gobierno de las sociedades cotizadas elaborado por la CNMV donde se establece que “la sociedad dispondrá de una función de control y gestión de riesgos ejercida por una unidad o departamento interno, bajo la supervisión directa de la comisión de auditoría o, en su caso, de otra comisión especializada del consejo de administración”. Una posición con la que coincide GÓMEZ-JARA DÍEZ²⁵⁶, que entiende que la *comisión de auditoría* que debe constituirse obligatoriamente en cumplimiento del artículo 529 terdecies del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se configura como un órgano que tiene plena cabida en la fórmula «*que tenga legalmente encomendada la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica*» que dispone la condición 2ª del 31 bis 2 *in fine*²⁵⁷.

²⁵⁵Circular 1/2016 FGE, pp. 46-47.

²⁵⁶GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.; «Cap. VII La culpabilidad de la persona jurídica» en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit. pp. 196-199.

²⁵⁷La obligatoriedad de constituir la *comisión de auditoría* que prevé el artículo 529 terdecies del aludido Real Decreto Legislativo 1/2010, se complementa con las concretas atribuciones en materia de supervisión de la eficacia de los controles internos y los sistemas de gestión de riesgos reflejadas en la letra b) del apartado 4 del artículo 529 quaterdecies del mismo texto legal.

Por otro lado, cuando la Fiscalía hace referencia a una suficiente «*formación y autoridad*» de este personal, está aludiendo a lo siguiente: por un lado, a una diligencia debida en el proceso selectivo del *compliance officer*, así como a la necesaria instrucción que debe recibir durante el desempeño de su actividad para asegurar que esta figura detenta la formación adecuada; y, por otro, al nivel jerárquico donde ha de situarse esta figura en el organigrama, debiendo de ser un directivo que goce de cierta capacidad de control sobre el personal.

Respecto a lo primero, no cabe duda de que los criterios de selección de la persona o personas que vayan a formar parte de la *función de compliance* han de estar basados en criterios como la integridad y buena reputación, por lo que estos individuos han de carecer de antecedentes y no deben estar -o se prevea vayan a estar- incurso en situaciones de conflicto de interés. Por otra parte, tiene que atenderse a la capacidad y experiencia²⁵⁸ de los candidatos, siendo muy pertinente que gocen de ciertos conocimientos en Derecho Penal²⁵⁹. Entre otros aspectos, la aplicación de tales criterios durante la selección evidencia una actuación diligente por parte de los directivos a la hora de elegir a aquellos individuos sobre los que delegarán

²⁵⁸Circular 1/2016 FGE (p.47): «*Para ello, deberá contar con personal con los conocimientos y experiencia profesional suficientes...*».

²⁵⁹Considero que ello genera una irremediable inclinación hacia la selección de abogados penalistas como *compliance officers* o como miembros del órgano colegiado que detente la *función de compliance*. En este sentido, aunque sin circunscribirlo a la especialidad en materia jurídico-criminal, apunta el Informe 5/2017 de la Comisión Jurídica del Consejo General de la Abogacía Española sobre la intervención del abogado como responsable de cumplimiento normativo (“*compliance officer*”) cuando dice (p.8): «*No puede haber responsable de cumplimiento normativo sin previa norma que cumplir. Detengámonos una vez más en este hito y atendamos a la misión del responsable. Norma y abogacía caminan de la mano, pareciendo lógico pensar que quién mejor que un abogado puede interpretar una norma (el programa de prevención es una norma en sí misma, autónoma, pero norma) para garantizar su interpretación y aplicación. Porque –y aquí está quizás una de las claves reales de la obligada predilección por la figura del abogado en el novedoso mundo de la prevención de riesgos penales de las personas jurídicas- la implementación y aplicación de los planes de prevención requiere la combinación de actividades de interpretación, evaluación y decisión acentuadamente jurídicas que se corresponden naturalmente con las que de ordinario realiza un abogado en su tarea de asesoramiento y orientación a las personas jurídicas*». Esta postura no entra en conflicto con el hecho de estimar muy apropiado que exista un órgano de *compliance* multidisciplinar, conformado por expertos en las áreas relacionadas con la concreta actividad del ente corporativo (p. ej. químicos o biólogos para en una empresa dedicada a la potabilización de aguas), máxime si por el tamaño o sector se ocupa de ámbitos que requieren de una altísima especialización, pues ofrecen un conocimiento específico sobre los singulares riesgos penales que han de tratarse de prevenir.

directamente determinadas funciones en materia de control y monitorización del *compliance program*²⁶⁰.

En cuanto a la posición que debería ocupar el *compliance officer*, debe considerarse que le corresponde un puesto elevado en la pirámide jerárquica. Ha de tener una indudable condición de *directivo* que le dote de un estatus real de «*autoridad*» para que ello le permita, entre otros aspectos, controlar de manera efectiva el desarrollo de la actividad empresarial, las tareas que ejecutan los empleados y tener acceso a información o documentos relevantes de la organización. Por otro lado, estas circunstancias vendrían a reafirmar, a su vez, la propia condición que detenta este órgano como uno de los contemplados en letra *a*) del apartado 1 del artículo 31 bis C.P.

Muy conectado a la noción de autoridad, nos encontrarnos al segundo atributo del órgano con *función del compliance* que explícitamente contempla la condición 2ª del artículo 31 bis 2 del Código Penal, esto es, que detente verdaderos «*poderes autónomos de iniciativa y control*». Se trata de una exigencia que comporta que el *compliance officer* se encuentre en un contexto lo más alejado de posibles interferencias e influencias del órgano de administración o personal de alta dirección. A tal fin, dotarle de una situación más independiente en la pirámide organizativa, la adopción de procedimientos ordinarios o de investigación cuyo impulso penda únicamente del criterio de esta figura e, incluso, situar el lugar donde principalmente desarrolle su actividad alejado de otros puestos directivos son elementos que ahondan en esa autonomía de una manera efectiva. La Fiscalía²⁶¹, analiza este atributo del *compliance officer* apuntado por el Código, argumentando lo siguiente:

«...pese a que se pretende que el oficial de cumplimiento sea lo más independiente posible, al ser un órgano de la persona jurídica designado por el órgano de administración, al que asimismo debe vigilar, difícilmente gozará de plena autonomía en su función. Para conseguir los máximos niveles de autonomía, los modelos deben prever los mecanismos para la adecuada gestión de cualquier conflicto

²⁶⁰ Extremo que ha de tener implicaciones tendentes a liberar de ciertas responsabilidades al administrador o miembro de alta dirección cuando ha seleccionado a un *compliance officer* que reuniendo el conjunto de criterios que se presuponen han de concurrir en esta figura se ha demostrado que ha delinquido o incurrido en una dejación grave de sus funciones; sobre este particular *vid. supra* p. 143.

²⁶¹ Circular 1/2016 FGE, p. 49.

de interés que pudiera ocasionar el desarrollo de las funciones del oficial de cumplimiento, garantizando que haya una separación operacional entre el órgano de administración y los integrantes del órgano de control que preferentemente no deben ser administradores, o no en su totalidad».

Ahora bien, al margen de la debida separación de los componentes orgánico y procedimental de la *función de compliance* respecto de otras áreas del ente corporativo -especialmente de la dirección-, resulta ineludible que dicha diferenciación supere los contextos formales para que el *compliance officer* pueda verdaderamente desempeñar sus funciones con total autonomía. Para ello, es preciso que el órgano de administración le dote de los recursos humanos y medios técnicos que resulten necesarios y sean adecuados para desarrollar su actividad de una manera efectiva²⁶². DEL ROSAL BLASCO²⁶³ insiste en este extremo, argumentando que la asignación de medios y los poderes conferidos a este órgano para la consecución de sus objetivos conforman una buena muestra del grado compromiso hacia la labor del *compliance officer*, pudiendo resultar determinante para exonerar de responsabilidad a la persona jurídica, pues resultará más factible lograr el convencimiento por parte del juzgador de que el órgano de administración implementó eficazmente el *compliance program penal*.

Hasta este momento se han analizado los elementos de carácter orgánico del *compliance officer* previstos en la condición 2ª del 31 bis 2 C.P.: que sea un «órgano» de la persona jurídica en cuestión y que detente «*poderes autónomos de iniciativa y control*». Pues bien, podría considerarse que lo expuesto queda parcialmente desvirtuado cuando el propio Código prevé una importante excepción en el apartado 3 del artículo 31 bis C.P., donde contempla que «*en las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración*» para,

²⁶²En relación con esta circunstancia la Circular 1/2016 FGE, pp. 46-47, contempla lo siguiente: «...deberá contar con personal... disponer de los medios técnicos adecuados y tener acceso a los procesos internos, información necesaria y actividades de las entidades para garantizar una amplia cobertura de la función que se le encomienda.»

²⁶³DEL ROSAL BLASCO, B.; «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención», *op. cit.* p. 121.

seguidamente, ocuparse de qué entes pueden acogerse a este criterio: una persona jurídica será concebida de «*pequeñas dimensiones*» cuando se encuentre autorizada a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada²⁶⁴. En virtud de lo expuesto, cabe sostener, como afirma POLAINO NAVARRETE²⁶⁵, que se trata de un apartado que incurre en cierto afán de reglamentación administrativista.

En consecuencia, bajo esta coyuntura no resultará necesaria la creación de un órgano específico con la *función de compliance* para que puedan desplegarse sobre el ente los efectos jurídico-penales favorables que precisan de la existencia de esta figura. Aunque, por supuesto, dicha previsión no impide que, desde el ente, se decida incorporar al órgano de administración a una persona que reúna características adecuadas para desarrollar en su seno funciones análogas al *compliance officer* o, mejor aún, que se decida la creación de este órgano.

Entiendo que este «privilegio» para pequeños y medianos entes corporativos supone una de las materializaciones más palpables del principio de proporcionalidad en materia de *compliance penal*. Ante personas jurídicas que carecen de una relevante capacidad productiva y complejidad, no se puede pretender la implementación, en su escasa estructura organizativa y limitados recursos, de un nuevo órgano, por todo lo que ello conlleva -y más especialmente para desarrollar la *función de compliance*-. Se trata, pues, de una decisión político-criminal acertada. No obstante, entiendo que podía haberse reducido algo más el ámbito subjetivo de este marco privilegiado disminuyendo las cantidades que sirven como criterio diferenciador, pues estimo que resultan elevadas. Y es que las cifras recogidas en el artículo 258 de la Ley de

²⁶⁴Este particular es regulado en el artículo 258 del *Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital*:

«1. Podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes:

a) Que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros. b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros. c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta. Las sociedades perderán la facultad de formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior. 2. En el primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión, las sociedades podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si reúnen, al cierre de dicho ejercicio, al menos dos de las tres circunstancias expresadas en el apartado anterior.»

²⁶⁵POLAINO NAVARRETE, M.; *Lecciones de Derecho Penal. Parte General Tomo II, op. cit.*, p. 57.

Sociedades de Capital son tan altas, que dejan fuera de la preceptiva creación del órgano con la función de compliance para que puedan desplegarse efectos exoneradores de responsabilidad a entes corporativos que gozan de cuantiosos recursos y que, seguramente, tienen estructuras organizativas y procedimientos de cierta complejidad-. Por tal motivo, tal vez sería oportuno un reajuste de lo que el Código ha de entender como «persona jurídica de pequeñas dimensiones», como podría ser la reducción de las cantidades contempladas por la Ley de Sociedades de Capital a la mitad de su valor.

3.6.3.2. Funciones del compliance officer y condiciones para la exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica

Analizados los aspectos orgánicos que sobre esta figura apunta la condición 2ª del 31 bis 2 C.P. y señalada la significativa excepción prevista en el apartado 3 del 31 bis C.P. para «*personas jurídicas de pequeñas dimensiones*», hay que continuar con aquello que suscita más controversia: las propias funciones del *compliance officer*.

En orden a clarificar las funciones y responsabilidades de esta figura en el contexto singular del ente corporativo, resultan esenciales tanto lo que establezca el propio *compliance program* penal, como al marco contractual específicamente acordado con el *compliance officer*. La imposibilidad de entrar en tales aspectos en un estudio como éste, ya que dependerán del tenor fijado en cada caso concreto, hace nos debamos centrar sólo en aquellos aspectos que, sobre la esfera funcional de esta figura, se desprenden del propio Código Penal y de la Circular 1/2016 FGE, al tiempo que se abordará la relación del *compliance officer* con los presupuestos para la exoneración de responsabilidad penal a la persona jurídica.

Pues bien, como es lógico, nuestro Código Penal no se ocupa de precisar ni delimitar el elenco de atribuciones que han de conferirse al órgano con la *función de compliance* o *compliance officer*, aunque si apunta unas funciones genéricas en el 31 bis 2. 2ª C.P., y recoge otra más precisa relacionada con la satisfacción de los propios requisitos del *compliance program penal* en el 31 bis 5. 4º C.P.

Igualmente, el Código le dedica un espacio a determinar el modo en que esta figura debe haber actuado para poder dispensar de responsabilidad al ente corporativo en los casos donde el individuo que cometió el delito fuese representante legal, estuviese autorizado para tomar decisiones o detentase facultades de organización y control (31 bis 2. 4ª C.P.).

La condición 2ª del artículo 31 bis 2 C.P. atribuye, categóricamente, como ocupación de esta figura «*la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado*». Se trata de una fórmula que se presta muy fácilmente a la ambigüedad, pues no especifica las concretas atribuciones o tareas del *compliance officer*. La propia Fiscalía alude a esta cuestión diciendo que «*el texto no establece el contenido de las funciones de supervisión del oficial de cumplimiento*»²⁶⁶. No obstante, es argumento que comparto parcialmente, pues existe la ya referida salvedad de aquello que sí concreta el 31 bis 5. 4º C.P.

Por esta razón, antes de adentrarnos en las implicaciones del 31 bis 2.2ª C.P. en cuanto a las posibles funciones de esta figura, indicaré cuál es la tarea que el Código sí le atribuye claramente en el cuarto requisito del 31 bis 5 C.P. para después, teniendo clara, al menos una de ellas- dilucidar cuáles podrían ser las restantes:

El artículo 31 bis 5. 4º C.P.²⁶⁷ resulta nítido en cuanto a la concreta función que le atribuye al *compliance officer*. Al establecer la obligación consistente en que se informe a este órgano sobre posibles riesgos e incumplimientos, éste deberá de recibir dichas informaciones. Lógicamente, y para dotarle de un mínimo significado fuera de un aspecto meramente formal e insustancial, se extrae una función inherente al *compliance officer* como figura encargada de estudiar dichas informaciones. Resulta indiferente si esta tarea se realiza de forma directa y en un primer momento o, indirectamente, en algún momento posterior (por ejemplo, ante la existencia de una gestión externa del *canal de denuncias*). En cualquier caso, se deduce el deber de que

²⁶⁶Circular 1/2016 FGE, p. 47.

²⁶⁷El epígrafe 5.1.4. *Obligación de informar sobre riesgos e incumplimientos al órgano con la función de compliance: canal de denuncias, anonimización e investigación* desarrolla este 4º requisito del *compliance program penal* y las implicaciones del *compliance officer*, *vid. infra* pp. 299-314.

sea el órgano con la *función de compliance* quien reciba esas informaciones, sin que puedan purgarse o ser discriminadas antes de que éste las reciba.

Considero que unos procedimientos que ignoren tal extremo violarían aquello que dispone el 31 bis 5. 4º al recibir de forma parcial o sesgada las informaciones sobre riesgos o incumplimientos²⁶⁸. Por consiguiente, puede concluirse que una de las funciones del *compliance officer* es la de ser el encargado de recibir y estudiar las informaciones que se reciban sobre riesgos o incumplimientos debiendo, en todo caso, dar parte de ellas al órgano de administración como órgano que detenta las competencias indelegables en materias directamente vinculadas con el riesgo asumido en el ente (niveles, apetito del riesgo, recursos y medida de control, etc.), y que debe recibir de manera regular dichas informaciones (mediante comunicación temprana) al objeto de que pueda adoptar las decisiones que estime procedentes²⁶⁹.

Señalada esta atribución específica, del contraste de lo establecido en el artículo 31 bis 2. 2ª C.P. con aquello que expresa la Circular 1/2016 FGE y la doctrina, se logran identificar también las siguientes:

La intervención activa en la creación de modelo de prevención y la actuación posterior de gestión para lograr su correcto funcionamiento. Se trata de una atribución a la que alude expresamente la citada Circular²⁷⁰. Sobre este particular se determina que, en esa labor deberá «*asegurar su buen funcionamiento, estableciendo sistemas apropiados de auditoría, vigilancia y control para verificar, al menos, la observancia de los requisitos que establece el apartado 5 del artículo*» 31 bis C.P.

²⁶⁸Considero que el hecho de que el *compliance officer* reciba -íntegramente- las informaciones sobre riesgos o incumplimientos es el único modo de respetar el tenor literal del requisito 4º del 31 bis 5 C.P. Por esta razón, en el epígrafe 5.1.4. se desarrolla lo todo lo que conlleva esta exigencia, situando a este órgano como receptor inexcusable de las informaciones -ya sea a través de un canal de denuncias interno o externo-. Ello supone la obligatoriedad de que los procedimientos de denuncias internos que se articulen en la persona jurídica atribuyan el *compliance officer* un papel esencial desde el momento que se recibe la información y se investiga. En consecuencia, entiendo que no se respeta lo dispuesto en el Código cuando en los procedimientos implementados por el ente corporativo se sitúa al *compliance officer* como un sujeto que recibe informaciones ya filtradas o informes resultantes de unas investigaciones donde ya se han desechado denuncias o contenidos que las mismas contengan.

²⁶⁹Vid. *infra* pp. 312-313.

²⁷⁰Circular 1/2016 FGE, p.47.

Puesto que la toma de decisiones relevantes acerca de los niveles de riesgo y el contenido del propio *compliance* o el establecimiento de sistemas y controles corresponde siempre al órgano de administración²⁷¹, entiendo que esta fórmula ha de ser interpretada en el sentido de que el *compliance officer* ha de proponer medidas para que el contenido del *compliance* pueda satisfacer los requisitos del apartado 5 del 31 bis C.P. y después, durante las tareas de control y monitorización del modelo ya implementado, realizar un examen del modelo de prevención directamente orientado al cumplimiento de esos requisitos. Para ello, resulta totalmente necesario que el *compliance program penal* -cuya implementación haya aprobado definitivamente el órgano de administración- este dotado de un contenido y unos recursos que hagan posible el cumplimiento de las seis exigencias del 31 bis 5 C.P., extremo que no depende del propio *compliance officer*.

Cabe hacer un breve paréntesis para apuntar que el proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos²⁷² prevé en el apartado 2 del artículo 21 que «*el acceso a los datos contenidos en estos sistemas quedará limitado exclusivamente a quienes, incardinados o no en el seno de la entidad, desarrollen las funciones de control interno y de cumplimiento...*»; de lo que se infiere que, en caso de aprobación definitiva, existe una disposición que directamente apunta al *compliance officer* como sujeto con funciones en la materia.

Por otro lado, la Fiscalía señala la posibilidad de acudir a Circulares del ámbito del mercado de valores a los efectos de obtener criterios que puedan ayudar a precisar el contenido del órgano con la *función de compliance*²⁷³. *A priori*, no coadyuva a

²⁷¹En este sentido, el propio Código Penal cuando en la condición 1ª del 31 bis 2 señala que es el órgano de administración el que adopta y ejecuta con eficacia el modelo de organización y gestión. Igualmente, la Circular 1/2016, p. 49, cuando dice: «*No puede dejar de mencionarse que, sin perjuicio de las funciones propias del oficial de cumplimiento, siempre corresponderá al órgano de administración establecer la política de control y gestión de riesgos de la sociedad y su supervisión...*».

²⁷²Proyecto de Ley 121/000013 publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 23/11/2017, núm.13-1, p.1. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-13-1.PDF [2018, 25 enero]

²⁷³Circular 1/2016 FGE, p.48. Se refiere a la norma 5ª de las Circulares núm. 6/2009 y núm. 1/2014 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), donde se recoge detalladamente el contenido relativo a las tareas de la función de cumplimiento. La Circular núm. 6/2009 lo hace para sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades de inversión, mientras que la núm. 1/2014 lo recoge para las entidades que prestan servicios de inversión.

preestablecer unas funciones supuestamente innatas a esta figura, pero si pueden ser documentos que favorezcan la labor de concreción de tareas del *compliance officer* en cada ente corporativo²⁷⁴. Este particular no viene sino a corroborar la importancia de aquello que explícitamente contenga el propio modelo de prevención o *compliance program penal* (siempre que haya intervenido activamente en su elaboración el *compliance officer* o que, al menos, exista constancia del pleno conocimiento de tales extremos por parte de esta figura). Por supuesto, como se expuso, ello opera en confluencia con aquello que contemple el régimen contractual que establezca la relación laboral entre *el compliance officer* y la persona jurídica. El elenco de tareas que estos instrumentos jurídicos recojan, debería ser sustancialmente idéntico y, fundamentalmente, servirá para analizar la ulterior suficiencia o diligencia en el desempeño de su trabajo.

Por su parte, la doctrina está tratando de contribuir al esclarecimiento de la cuestión, aunque el resultado no parece ser el pretendido, ya que podemos encontrarnos posiciones donde se entienden atribuidas un amplísimo elenco de responsabilidades al *compliance officer* y otras que señalan de manera muy escueta algunas tareas clave.

PUYOL MONTERO²⁷⁵ subraya que la *función de compliance* engloba cinco conjuntos de actuaciones. La inicial se corresponde con la *identificación* de riesgos, considerando probabilidad e impacto de los mismos. Inmediatamente después, la labor de *prevención*, conformada por el diseño e implementación de los procedimientos de control en el seno de la persona jurídica. Tras ello, se hace necesaria la *monitorización* regular y detección sobre la efectividad de los controles y los riesgos que subyacen, manteniendo informado al órgano de administración o alta dirección. Ante la

²⁷⁴Resulta interesante el Reglamento de los órganos de la función de cumplimiento de una multinacional española como El Corte Inglés, aprobados por su Consejo de Administración en fecha 27 de septiembre de 2017. El amplísimo listado de tareas asignadas se estructura en: *competencias relativas al cumplimiento normativo, competencias relativas al código ético, competencias relativas con la gestión del canal ético y procedimiento de tramitación, competencias relacionadas con la Política de prevención de delitos y contra el fraude*. Recurso disponible en: <https://www.elcorteingles.es/recursos/informacioncorporativa/doc/portal/2018/01/30/reglamento-organos-cumplimiento.pdf> [2018, 2 marzo]

²⁷⁵PUYOL MONTERO, J.; «El “Compliance” y el estatuto de la profesión de “Compliance Officer”» en *Diario La Ley*, nº 3, febrero, 2017. Disponible en: <http://diariolaley.laley.es/home/DT0000241814/20170207/El-Compliance-y-el-estatuto-de-la-profesion-de-Compliance-Officer> [2017, 15 septiembre]

manifestación de un incumplimiento o riesgo, la *función de compliance* debe de actuar para solventar dicho incidente. El quinto y último conjunto de actuaciones de la *función de compliance* se corresponde con el asesoramiento a todo miembro del ente, ofreciendo información para que pueda desarrollarse la actividad empresarial conforme a la normativa. En este sentido, el autor estima que, más allá del desarrollo de políticas concretas sobre el cumplimiento de conductas morales, la *función de compliance* ha de gestionar todo aquello que esté directamente relacionado con los riesgos legales en que pueda incurrir la empresa.

DEL ROSAL BLASCO²⁷⁶ es taxativo cuando manifiesta que las funciones del *compliance officer* son la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del compliance program penal, lo que supone su gestión y el control del personal que se encuentre sometido a ese *compliance*. Concibe la actividad de gestión como la tarea de hacer funcionar el modelo de una manera eficiente y eficaz al objeto de que satisfaga sus fines. En este concreto ámbito funcional de la gestión, incluye la constatación y verificación de que el mapa de riesgos es el resultado de un correcto procedimiento de valoración -teniendo en cuenta la idiosincrasia del propio ente, la actividad que desarrolla y el contexto en que se sitúa-. También encierra en la labor de gestión aspectos como la constatación de que las políticas precisadas en el *compliance* se corresponden con los valores del código ético y se ajustan a los procedimientos y controles. Sobre este último particular, incide en la importancia de que los flujos de información entre los sujetos responsables de las diversas áreas sean los adecuados. Igualmente, engloba dentro de las funciones de esta figura las tareas de información y formación al personal del ente corporativo sobre existencia y contenido del compliance, así como la revisión y actualización del *compliance*. A partir de este conjunto de atribuciones, existe la obligatoriedad de que, desde las demás áreas de la persona jurídica, se le corresponda mediante aportación de información regular y detallada respecto a incidencias y posibles riesgos.

²⁷⁶DEL ROSAL BLASCO, B.; «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención», en AAVV/MORILLAS CUEVA (Dir.); *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Ed. Dykinson, Madrid, 2015, p. 121.

Considero que las funciones relativas a constatar que el mapa de riesgos ha sido adecuadamente trazado, la formación del personal de la empresa o la actualización del propio compliance program penal pueden ser desempeñadas por el propio *compliance officer*, pero del Código Penal nada se desprende para entender que, necesariamente, constituyan tareas que tenga que asumir esta figura.

Sobre este asunto, SILVA SÁNCHEZ²⁷⁷ apunta que las funciones de este órgano son las relacionadas con la supervisión del desarrollo del *compliance*, comunicando al órgano superior aquellos supuestos en que aprecie incumplimiento; por tanto, parece incidir especialmente en la cuestión de la vigilancia. Para este autor el *compliance officer* es un delegado de vigilancia que ha de gestionar el funcionamiento de un *compliance program penal*.

GÓMEZ-JARA DÍEZ²⁷⁸, recurre al estándar²⁷⁹ ISO 19600 para señalar que las facultades de este órgano se concretan, generalmente, en tener autoridad y responsabilidad para el diseño y consistencia del sistema de gestión de compliance penal, así como el acceso a: los tomadores de decisiones y a la posibilidad de contribuir a las mismas en sus fases iniciales, los niveles de la organización, todos los datos e información documentada necesarios para la función de compliance y al asesoramiento experto. Igualmente, señala como facultad de este órgano la de gozar de autoridad para actuar de manera independiente (aunque, quizás, sea más bien una condición previa sobre la que orientar la actuación y concretar tareas). Por último, expone que debe de tener la facultad de iniciar u ordenar el inicio de investigaciones corporativas ante la apreciación de un ilícito, la de promover la actualización *compliance penal* y controlar de manera independiente su funcionamiento.

²⁷⁷SILVA SÁNCHEZ, J.M.; «Deberes de vigilancia y compliance empresarial» en AAVV/ KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (Eds.); *Compliance y teoría del Derecho penal*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2013, p. 103.

²⁷⁸GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.; «Cap. VII La culpabilidad de la persona jurídica» en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit. pp. 194-195.

²⁷⁹Los estándares y procedimientos de normalización son analizados en el epígrafe 5.2. *El compliance normalizado y la tendencia privatizadora*, vid. *infra* pp. 330-354.

Por su parte, DOPICO GÓMEZ-ALLER²⁸⁰ apunta que el cometido esencial de este responsable de cumplimiento es la ejecución de deberes de supervisión y vigilancia del empresario. En esta dinámica, el administrador delega las tareas de vigilancia directa y ejecución relacionadas con el cumplimiento y prevención sobre el *compliance officer*²⁸¹. Parece que, bajo esta óptica, el deber de supervisión del administrador muta a un estado más laxo donde se pasa de un contacto más inmediato con el control de los riesgos al mero conocimiento. En esta tesitura, el administrador responde de la reacción ante la comunicación del incumplimiento o riesgo de relevancia penal por parte del órgano de con la *función de compliance*, así como las ya referidas decisiones que adopte en relación con los niveles de riesgo y el *compliance program* implementado.

Por lo tanto, el órgano que detenta la *función de compliance*, independiente del nombre que se le dé (departamento de cumplimiento, *compliance officer*, etc.), sea unipersonal o colegiado, detendrá atribuciones centradas en velar por que, en el seno de la persona jurídica, se cumplan las previsiones del *compliance program penal*. Igualmente, parece muy habitual la asignación de responsabilidades tales como monitorizar los riesgos según los parámetros acordados por el órgano de administración -labor de supervisión se efectuará con los recursos y medios con los que el propio órgano de administración ha acordado dotarle- y, entre otros deberes concretos, insistir en que, ante la evidencia de un riesgo, incumplimiento o defecto, debe de ser éste quien los reciba y notifique al órgano de administración (conforme al procedimiento acordado: adjuntando su parecer, el resultado de las investigaciones, documental, etc.) para que éste último adopte las decisiones oportunas.

Lo cierto es que existe tal diversidad de consideraciones acerca de tareas y responsabilidades que pretendidamente han de corresponderle al *compliance officer* que no resulta posible extraer unas conclusiones nítidas. Por esta razón, considero oportuno proponer un ámbito funcional de mínimos para esta figura donde, además

²⁸⁰DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.; «Posición de garante del *compliance officer* por infracción del deber de control: “una aproximación tópica”», *op. cit.* p. 174-175.

²⁸¹Por ello, tiene un relevante papel el nivel de diligencia durante el proceso de selección del órgano con la *función de compliance*, *vid. supra* pp. 143-144, pp. 166-167.

de la concreta atribución como destinatario de informaciones acerca de riesgos e incumplimientos (31 bis 5.4º)²⁸², se le sitúe como claro responsable de la correcta ejecución del *compliance program penal*. Ello implica velar por el cumplimiento de lo dispuesto en el modelo de prevención de delitos controlando y monitorizando los riesgos de relevancia penal en la persona jurídica de conformidad con las instrucciones y parámetros que ha decidido el órgano de administración, comunicando cualquier incidencia y reportando regularmente información, y proponiendo mejoras o medidas para subsanar deficiencias en los casos en que se aprecien.

Estimo que estas tareas, y cualesquiera otras, requieren de la aprobación expresa del órgano de administración. Igualmente, insisto en que deberían contemplarse en el propio *compliance program penal* y, por supuesto, también tendrían que reflejarse en el marco contractual acordado con el *compliance officer*. A través de este triple proceso de formalización se garantiza que las funciones en favor de esta figura han sido debidamente delegadas y que las partes tienen pleno conocimiento de todos sus aspectos y del principal instrumento de prevención -el *compliance program penal*-, por lo que, podría hablarse sin margen de dudas de una posición de garante del *compliance officer* respecto a las tareas encomendadas.

En este sentido, la Circular 1/2016 FGE²⁸³ sintetiza cómo el contexto operativo en que se sitúa al *compliance officer* es trascendental a la hora de señalar responsabilidades penales:

En primer lugar, debido a su clara condición de cargo con facultades de control, esto es, al ser uno de los individuos que contempla la letra a) del 31 bis 1 C.P., podría transferir la responsabilidad penal al ente corporativo en aquellos casos en que hubiera cometido un delito. Además, por dicha circunstancia, la posibilidad de atribución de

²⁸² Relacionado con esta cuestión, la Circular 1/2016 FGE, pp. 49-50, explica que la exposición al riesgo penal del *compliance officer* no resulta muy diferente a la de otros directivos. Si señala que existe un elemento distintivo que incrementa esta exposición: el conocimiento de delitos o riesgos de posible relevancia penal a través del canal de denuncias. El riesgo penal se planteará cuando con comportamiento pudiera haber impedido este tipo de hechos. Esto debería traducirse en que cuando el *compliance officer*, como sujeto encargado de controlar y monitorizar riesgos, tuviera constancia de aquellos, deberá de comunicarlo de inmediato al órgano de administración y coadyuvar, en la medida en que sus atribuciones y medios lo permitan, a neutralizarlos o impedir que puedan generar mayores perjuicios.

²⁸³ Circular 1/2016 FGE, p. 49.

responsabilidad al ente resulta más fácil que si la conducta delictiva proviniera de un mero empleado o trabajador subordinado²⁸⁴.

Además, en aquellos supuestos donde quien comete el delito es otro individuo sometido a su control (el tipo de personal señalado en la letra *b*) del 31 bis C.P.), el comportamiento omisivo del *compliance officer* que incumple gravemente sus deberes de vigilancia o control, además de hacerlo incurrir en responsabilidad criminal generadora de responsabilidad penal para el ente ex art. 31 bis 1 a), puede actuar como «correa de transmisión» de responsabilidad penal hacia la persona jurídica ex art. 31 bis 1 b) al posibilitar la conducta delictiva del empleado²⁸⁵.

En tercer lugar, el ejercicio insuficiente o la omisión de las concretas funciones de control por parte del órgano con la *función de compliance* conllevan la imposibilidad de exonerar de responsabilidad penal a la persona jurídica. Esta última apreciación de la Fiscalía General del Estado incide en uno de los asuntos que más interés suscitan, la relación entre el *compliance officer* y la exoneración de responsabilidad penal de la persona jurídica.

Merece la pena concluir este epígrafe mencionando algunos aspectos sobre la externalización de tareas concernientes al *compliance officer*.

La Fiscalía²⁸⁶ se muestra proclive a esta forma de gestión de algunas tareas - mientras subsista en el ente un órgano responsable de esta función-. Argumenta que, en grandes empresas, puede acudir a otros entes para que estos desempeñen las diversas funciones que envuelven a la *función de compliance*. Alude a una supuesta falta de lógica y de efectividad del propio *compliance* en los casos en que desde la

²⁸⁴Vid. *supra* pp. 86-88.

²⁸⁵Vid. *supra* p. 110.

²⁸⁶Circular 1/2016 FGE, p.48, contempla literalmente lo siguiente: «*Tampoco existe inconveniente alguno en que una gran compañía pueda recurrir a la contratación externa de las distintas actividades que la función de cumplimiento normativo implica. Carecería de sentido y restaría eficacia al modelo imponer a una multinacional la realización y control interno de todas las tareas que integran la función de cumplimiento normativo. Lo verdaderamente relevante a los efectos que nos ocupan es que la persona jurídica tenga un órgano responsable de la función de cumplimiento normativo, no que todas y cada una de las tareas que integran dicha función sean desempeñadas por ese órgano. Muchas de ellas incluso resultarán tanto más eficaces cuanto mayor sea su nivel de externalización, como ocurre por ejemplo con la formación de directivos y empleados o con los canales de denuncias, más utilizados y efectivos cuando son gestionados por una empresa externa, que puede garantizar mayores niveles de independencia y confidencialidad.*»

propia persona jurídica se desarrollasen todas esas tareas. Pues bien, no puedo mostrar mi adhesión completa a tal afirmación, pues entiendo que son precisamente las grandes corporaciones las que disponen de recursos y medios, para que si lo desean y tienen la firme voluntad (aspecto a valorar por el órgano juzgador) desempeñen adecuadamente cada una de las tareas que se le presuponen a la *función de compliance*. Si existen entes a los que el auxilio de terceros podría resolverles determinadas dificultades son precisamente las pequeñas y medianas empresas. Pese a ello, hay que recordar que el Código las libra del menester de tener que constituir específicamente ese órgano; por lo que la tareas de control o supervisión se efectuarán generalmente por el propio órgano de administración, pudiendo contar con el auxilio de terceros.

La Circular 1/2016 FGE plantea una correlación entre un mejor desempeño de este tipo de tareas y el grado de externalización. Aduce que, tareas como la formación a directivos o empleados o la gestión de los canales de denuncia, pueden ser más efectivas por alcanzar mayores niveles de independencia y confidencialidad. Sin embargo, entiendo que esta idea, obvia, en cierto modo, la intensa relación de dependencia de determinadas empresas auxiliares para con las multinacionales. La relación contractual de carácter mercantil entre empresas puede no distanciarse en demasía del vínculo laboral establecido con los propios miembros de la organización. Se utiliza una perspectiva, a mi juicio inexacta, en la que parece asumir de facto la falta de una necesaria independencia en el ejercicio de las funciones por parte del *compliance officer*²⁸⁷ de la corporación. Quizás, hubiese sido conveniente acentuar y pormenorizar más los criterios tendentes a garantizar una mayor imparcialidad y objetividad, tanto en los procesos de selección, como en el ulterior ejercicio de las funciones por parte del *compliance officer*.

²⁸⁷De ser así, ¿para qué el promueve el Estado cierta «institucionalización» de este órgano, a través de disposiciones en el Código Penal, en el seno de las personas jurídica? Bajo ese prisma, quizás debería promoverse decididamente que las funciones que originariamente le corresponden al Estado (relativas a supervisar y vigilar para que en el desarrollo de las actividades de la empresa no se produzcan delitos) sean ejercidas por empresas privadas ajenas a la propia empresa. Ello implicaría que, no sólo delega determinadas funciones de vigilancia a la propia empresa, sino que se privatiza casi totalmente el ejercicio de esta actividad.

En síntesis, podrían externalizarse la gestión de algunas tareas concretas, como de hecho se viene haciendo, por ejemplo, para las actividades de concienciación, de formación a todos los miembros del ente corporativo o la gestión del canal de denuncias. Pero ir más allá, incurriendo en un exceso de atribuciones a entes ajenos a la persona jurídica podría conllevar la desnaturalización del propio órgano interno que detente la *función de compliance*, lo que tendría que implicar su invalidez por no haberse implementado adecuadamente esta figura. Esto, a su vez, acarrearía la propia ineficacia del *compliance program penal* y, en todo caso, supondría la imposibilidad total de dispensa de responsabilidad criminal a la persona jurídica.

3.7. Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

El Código Penal dispone al final del apartado 2 de su artículo 31 bis que, en aquellos supuestos en que las condiciones enumeradas en este apartado únicamente pudieran ser acreditadas parcialmente, esto se valorará a los efectos de atenuación de la pena. Como se ha expuesto con anterioridad, en este apartado 2 se abordan las condiciones cuando el sujeto que delinque es alguno de los individuos contemplados en la letra *a)* del artículo 31 bis 1 C.P. Para aquellos casos en que el individuo que comete el delito sea el previsto en la letra *b)* de ese primer apartado, la atenuación se establece en el último párrafo del apartado 4 del 31 bis C.P. cuando determina: «*En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo*».

Esas previsiones recogidas en la parte final de los apartados 2 y 4 del 31 bis C.P. -relativas a la atenuación cuando la persona que delinque es un individuo con facultades de representación, decisión o control o, cuando se trata de un individuo sometido a la anterior, respectivamente-, vienen a revelar que el *doble régimen*, de caracteres más diferenciados en la exención, se torna mucho más coincidente en lo relativo a la dinámica para la atenuación de responsabilidad penal de la persona jurídica. Aunque por la naturaleza de la cuestión podría tratarse en el siguiente

epígrafe, se estima conveniente continuar profundizando en esta atenuación prevista en los artículos 31 bis 2 y 4 *in fine*.

La dinámica del contenido en ambos apartados se traduce en que, cuando nos encontremos frente a un supuesto donde el individuo que ha cometido el delito sea uno de aquellos a los que se refiere la letra *a)* del 31 bis 1 C.P., habrá de atenderse al nivel de acreditación y número en que alguna/s de las cuatro condiciones relacionadas en el apartado 2 del 31 bis C.P. se presentan. Obviamente no han de concurrir las cuatro de una manera plena, pues en ese caso se procedería a la exención de responsabilidad al ente corporativo. Por otro lado, en caso de que el delito hubiese sido cometido por una persona física sometida a los sujetos señalados en la letra *a)* del artículo 31 bis 1 C.P. (esto es, un trabajador o subordinado a los anteriores), deberá observarse la existencia de una acreditación incompleta sólo en relación con los requisitos del 31 bis 2 C.P. que, por interpretación de lo contenido en el 31 bis 4 C.P. (en particular, respecto de aquello que involucra a la propia *eficacia del compliance program penal*), se consideran aplicables a este supuesto²⁸⁸.

De cualquier manera, entiendo que no nos encontramos aquí ante una eximente incompleta de la responsabilidad penal de la persona jurídica que, como en el caso de las personas físicas, se traduzca en una atenuación de su responsabilidad. No lo es porque el modelo penal que contempla el Código para los entes corporativos no es de responsabilidad por el hecho propio, sino de heterorresponsabilidad. Por esta razón, no existiendo un injusto ni una culpabilidad propias de la persona jurídica, no puede tampoco el Código contemplar un sistema de eximentes fundamentadas en una ausencia de antijuridicidad o de culpabilidad ni, en consecuencia, un sistema de eximentes incompletas en virtud del cual la pena resulte simplemente atenuada por una antijuridicidad o una culpabilidad tan sólo disminuidas.

No encontrándonos ante eximentes incompletas, tenemos que buscar un fundamento a la atenuación de la pena prevista para estos casos, fundamento que puede conectarse con la atenuación prevista en la letra *d)* del art. 31 quater²⁸⁹. Así, en

²⁸⁸Vid. *supra* pp. 148-151.

²⁸⁹Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

primer lugar, no tendría el menor sentido atenuar la pena a la persona jurídica que no contaba con un *compliance* en el momento en el que se cometió el delito, pero que lo implementa *ad futurum* aun sin saber si lo que pone en marcha acabará siendo o no eficaz²⁹⁰, y no hacer lo propio con la persona jurídica que sí tenía ya implementado un *compliance program penal* que, sin embargo, no ha resultado eficaz. En segundo lugar, y en lo que hace al fundamento propiamente hablando, así como la exoneración plena de responsabilidad constituye una acertada medida político-criminal que incentivará la puesta en marcha de modelos organizativos por parte del empresariado, la mera atenuación también parece desde el punto de vista político-criminal acertada como forma de estimular estas iniciativas al trasladar el mensaje de que siempre es preferible contar con un programa de cumplimiento, aunque no sea plenamente eficaz, que no contar con ninguno.

Entrando ya las circunstancias atenuantes específicas, el artículo 31 quater del Código Penal señala:

«Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.*
- b) 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.*
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.*
- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.»*

Salvo la prevista en el apartado *d)*, que se encarna en la implementación postdelictual de un *compliance program penal* eficaz en el seno de la persona jurídica, el resto han sido habitualmente observadas para los casos de responsabilidad penal de la persona física. Estas circunstancias atenuantes comprenden conductas

²⁹⁰Aunque el Código exige en la letra *d)* del 31 quater que se trate de medidas eficaces, ello es algo que sólo el tiempo puede llegar a demostrar.

postdelictuales que, algunos autores, consideran que pueden comprometer un ejercicio pleno del derecho a la defensa por parte del ente²⁹¹. Asimismo, el hecho de estar encabezadas por el término «*sólo*», viene a evidenciar que se trata de un elenco cerrado de atenuantes que, como apunta DE LA CUESTA ARZAMENDI²⁹², podría generar una discriminación frente a personas físicas enjuiciadas sobre las que, por ejemplo, se aprecien unas dilaciones indebidas. No obstante, al menos en lo que a las dilaciones se refiere, ya existen resoluciones judiciales, como la SAP de Cáceres núm. 458/2015 de 23 de octubre (JUR\2015\288373) o la SAP de Pontevedra núm. 38/2017 de 30 de junio (ARP\2017\1021) que aprecian, también respecto a entes, la concurrencia de dilaciones indebidas.

Circunscribiendo el estudio a cada atenuante, corresponde, en primer lugar, escrutar la circunstancia de «*haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades*». GÓMEZ-JARA DÍEZ²⁹³ señala dos cuestiones que suscita la interpretación de esta circunstancia atenuante. La primera de ellas es el momento en que se considera que el ente corporativo tiene constancia de la existencia de un procedimiento contra éste y, la segunda, ante qué autoridades se entiende válida la confesión. En puridad, el instante en que existe una toma de conciencia sobre la existencia de un procedimiento judicial es cuando se recibe una notificación que contemple la citación en calidad de investigado y que provenga de un órgano judicial. Parece que lo procedente, como apunta GÓMEZ-JARA DÍEZ, es que la notificación se dirija a los representantes legales de

²⁹¹Vid. CARBONELL MATEU, J.C./MORALES PRATS, F.; «Responsabilidad penal de las personas jurídicas» en AAVV/ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dirs.); *Comentarios a la reforma Penal de 2010*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p.77, donde esgrimen que tales circunstancias atenuantes son merecedoras de cierto reproche desde la perspectiva de la garantía del derecho a la defensa, constitucionalmente garantizado. Por el contrario, GÓMEZ-JARA DÍEZ arguye que, al garantizarse en la ley adjetiva, el derecho de la persona jurídica a no declarar contra sí misma no existe verdadera controversia, extremo que comparto; sobre ello recuerda que la conexión entre derecho a la no auto-incriminación y la atenuante de confesión ha sido analizada en varias ocasiones por nuestro Tribunal Constitucional para concluir que dicha atenuante no atenta contra el derecho a no declarar contra uno mismo recogido en el artículo 24.2 de la Constitución (cfr. STC 25 de mayo de 1987) (en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.; «Cap. VIII la atenuación de la responsabilidad penal...» en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit. pp. 231-232).

²⁹²DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.; «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español» en AAVV / DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (DIR.) / DE LA MATA BARRANCO, N.J. (Coord.); *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2013, p. 86-88.

²⁹³GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.; «Cap. VIII la atenuación de la responsabilidad penal...» en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit. pp. 233-235.

la persona jurídica²⁹⁴. En virtud de lo expuesto, la recepción de notificaciones relacionadas con las diligencias informativas del Ministerio Fiscal permitirían una ulterior confesión acomodada a esta circunstancia.

Sobre las autoridades receptoras de la confesión, es asumible una confesión por parte de los legítimos representantes de la persona jurídica ante jueces, fiscales y autoridades policiales o administrativas. Lo que sí resulta pertinente es que durante la propia confesión se salvaguarden los derechos formales y materiales del ente, por lo que se indica la pertinencia de realizarse en sede policial o judicial, contextos que, como sabemos, cuentan con experiencia y protocolos que garantizan con mayor rigor los derechos de justiciable.

La segunda atenuante, consistente en «*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*» parece íntimamente ligada a la confesión. Sin embargo, lo trascendente en este supuesto radica en la propia calidad de las pruebas aportadas.

DOPICO GÓMEZ-ALLER²⁹⁵ apunta que cualquier confesión llevada a cabo antes de que conocer de la existencia de un procedimiento contra sí mismo, conforma una prueba nueva y decisiva, circunstancia que lleva a plantearnos si esa confesión podría suponer que, en vez de una, se considerase la existencia de dos atenuantes: la ya vista de confesión y ésta que analizamos ahora. Sobre este particular se ha pronunciado GÓMEZ-JARA DÍEZ²⁹⁶ señalando que, si existe una confesión, pero no se considera que las pruebas aportadas son lo suficientemente nuevas para esclarecer responsabilidades, entonces sólo cabe la atenuante de confesión y no la de cooperación. Sin embargo, en el momento en el que además de confesar se aporten pruebas nuevas y relevantes,

²⁹⁴Sobre esta cuestión, cabría considerar válida la comunicación donde, aunque los destinatarios fueran los representantes legales, la misiva se recogiera por algún otro miembro de la persona jurídica que, por ejemplo, pudiera encontrarse en la sede social. De aquello se deduce que uno de los propósitos autorregulatorios de los entes es asegurar la correcta recepción de comunicaciones y el adecuado flujo de información, sobre el que los representantes legales habrían de incidir.

²⁹⁵DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.; «Responsabilidad penal de las personas jurídicas» en AAVV/ ORTIZ DE URBINA GIMENA, I. (Coord.); *Memento experto Reforma Penal 2010*. Ed. Francis Lefebvre, Santiago, 2010, número marginal 292.

²⁹⁶GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.; «Cap. VIII la atenuación de la responsabilidad penal...» en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, op. cit.* pp. 236.

entonces obligatoriamente se aplican ambas atenuantes, de la misma forma que si se aportan pruebas, pero no se produce ningún elemento de auto-incriminación, sólo cabrá la colaboración, pero no la confesión.

Particularmente, considero que la apreciación conjunta de ambas circunstancias atenuantes no sólo cabe habiéndose producido sólo la confesión, sino que es necesario que a la confesión se sume la puesta a disposición de las autoridades de otros elementos probatorios que ayuden al esclarecimiento de los hechos. Es decir, que la confesión, por muy nueva y decisiva que pueda resultar en su calidad de prueba, no es suficiente para que se aprecien las dos circunstancias atenuantes, si no va acompañada de otros medios de colaboración como pudiera ser la entrega de documentación relevante, la incriminación de otros sujetos, etc.

La tercera atenuante contemplada en el artículo 31 *quáter* C.P., «haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito²⁹⁷» supone un nuevo impulso a la tendencia de acudir a mecanismos de solución de conflictos autocompositivos en el contexto jurídico-penal para superar los obstáculos y costes derivados del proceso y la ejecución de sentencia, fenómeno pronosticado por el propio ROXIN²⁹⁸. DÍAZ LÓPEZ²⁹⁹ ha abordado esta cuestión concreta analizando las posibilidades que se brindan respecto de las personas jurídicas en delitos contra el patrimonio. En todo caso, la reparación del daño causado es una circunstancia que no suscita grandes incógnitas en tanto que goza de una amplia tradición jurisprudencial. Así, resulta paradigmática la STS núm. 2/2007 de 16 de enero (RJ 2007\252) donde se expone:

«Así hemos dicho en la STS núm. 1517/2003, de 18 noviembre (RJ 2003, 9237) , que esta circunstancia, «por su fundamento político criminal se configura como una atenuante "ex post facto", que no hace derivar la disminución de responsabilidad de

²⁹⁷Dicha circunstancia, encuentra en la 5ª atenuante prevista en el artículo 21 C.P. para las personas físicas su más directo precedente: «5.ª La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.». Circunstancia similar se da entre la 4ª circunstancia del artículo 21 C.P. y la referida en el artículo 31 *quater a*) para las personas jurídicas; asimismo, en el ámbito de las personas físicas, se ha venido aceptando por analogía la colaboración con la investigación en supuestos donde la aportación es relevante, *cfr.* STS núm. 104/2011 de fecha 1 de marzo (RJ\2011\2499).

²⁹⁸ROXIN, C.; «La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones», en AAVV; *Jornadas sobre la reforma del Derecho Penal en Alemania*. Ed. CGPJ, Madrid, 1991, p. 21.

²⁹⁹Para profundizar, *vid.* DÍAZ LÓPEZ, J.A.; «Propuestas para la práctica de la mediación penal», en *Revista para el análisis del Derecho InDret 3/3011*, Barcelona, 2011, p. 33-34.

una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del Legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito». Más adelante, esta misma sentencia señala que «como se ha expresado por la jurisprudencia de esta Sala (Sentencia núm. 285/2003, de 28 de febrero [RJ 2003, 2451], entre otras), lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad»³⁰⁰.

Entre las resoluciones judiciales que aprecian la atenuante de reparación del daño en personas jurídicas se encuentra la referida con anterioridad SAP de Cáceres núm. 458/2017 de 23 de octubre (JUR 2015\288373) o la SAP de Pontevedra núm. 38/2017 de 30 de junio (ARP 2017\1021).

Por último, la circunstancia atenuante de «*haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica*» viene a significar, como indica VELASCO NÚÑEZ³⁰¹ y ya apuntábamos más arriba, la implementación en el seno de la persona jurídica de un *compliance program penal*³⁰². Para su apreciación, parece necesaria la existencia de algún tipo de pericia que, mediante un análisis *ex ante*, acredite la asunción efectiva y decidida por parte de la persona jurídica del modelo de prevención, detección y reacción frente a incumplimientos o riesgos de trascendencia penal, aunque como ya se dijo, la eficacia real es algo que sólo el tiempo podrá acreditar. La SAP de Barcelona núm. 94/2016, de

³⁰⁰En idéntico sentido la STS núm. 1643/2003, de 2 de diciembre (RJ 2003\8857) y la STS núm. 285/2003, de 28 de febrero (RJ2003\2451), entre otras.

³⁰¹VELASCO NÚÑEZ, E.; «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales» en *Diario La Ley* nº 7883, 2012.

³⁰²Sobre los requisitos que debe satisfacer el *compliance program penal* *vid. infra* pp. 261-329.

14 de diciembre (ARP 2016\1237) supone un ejemplo evidente de la aceptación de esta circunstancia atenuante³⁰³.

Para terminar, unas breves consideraciones sobre la incidencia en la responsabilidad de la persona jurídica de las circunstancias atenuantes que pudiesen concurrir en la persona física que cometió el delito. Sobre este particular, el apartado 2 del artículo 31 ter del Código establece que *«La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.»*

Como puede verse claramente, tales circunstancias no inciden en la persona jurídica ni para exonerarla de responsabilidad, ni tampoco para atenuar ésta. Del mismo modo que tampoco servirán para incrementar dicha responsabilidad aquellas circunstancias agravantes que se den o puedan apreciarse respecto a la persona física que hubiere cometido el delito.

3.8. Penología de la persona jurídica penalmente responsable

El apartado 7 del artículo 33 del C.P. recoge, en sus siete subapartados, el catálogo de penas aplicables a la persona jurídica:

«a) Multa por cuotas o proporcional.

b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.

³⁰³La resolución, que pone fin a un procedimiento seguido contra el F.C. Barcelona por delitos contra la Hacienda Pública aprecia dicha circunstancia atenuante. En el referido fallo de la sentencia se recoge, entre otros extremos, lo siguiente: *«Concorre la circunstancia atenuante de reparación del perjuicio causado del apartado c) del apartado cuarto del art. 31 bis del CP como muy cualificada, y la atenuante de establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos que en el futuro puedan cometerse del apartado d) del apartado cuarto del art. 31bis del Código penal, en relación con el art. 66 bis CP, a las siguientes penas: [...]».*

c) *Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*

d) *Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*

e) *Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.*

f) *Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.*

g) *Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.*

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio [...]

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.»

No todas estas penas son aplicables a todas las personas jurídicas. Así, según el art. 31 quinquies 2 C.P., en el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras *a)* y *g)*, limitación que no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

En el anterior catálogo no se contemplan, además, algunas penas que sí están previstas en la legislación penal especial. Así, por ejemplo, la L.O. 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, señala en su art.3.3 *b)* la «*suspensión por un plazo de entre seis meses y dos años de las actividades de importación, exportación o comercio de la categoría de bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando*», pena que puede considerarse, no obstante, una forma de suspensión de actividades, es decir, una concreción de lo que establece la letra *c)* del 33.7 C.P.

Lo primero que hay que advertir sobre tales penas es que todas las previstas para la persona jurídica tienen la consideración de graves, tal y como se recoge expresamente en el comienzo del numeral 7 de artículo 33 C.P., que se separa, así, de las reglas generales de los apartados 2, 3 y 4 del mismo artículo.

Por aplicación del art. 13.1 del Código Penal, el hecho de que todas las penas previstas para las personas jurídicas tengan la consideración de graves convierte automáticamente en graves todos aquellos delitos por los que las personas jurídicas responden penalmente, lo que podría resultar criticable desde el punto y hora en que supone la ruptura del criterio seguido por el legislador a la hora de clasificar los delitos en graves, menos graves y leves. Si, con carácter general, ese criterio tiene como razón de ser la propia lesividad del comportamiento delictivo desde la perspectiva del principio de ofensividad, en el caso de las personas jurídicas este criterio se diluiría llevando a la criticable consecuencia de que lo que para una persona física puede tener la consideración de menos grave por razón de la importancia del bien jurídico o de su grado de afectación, para una persona jurídica siempre tendría la consideración de grave. Pese a lo criticable que puede resultar, entiendo que esta previsión no es sino una prueba más de que el Código Penal se decanta por un modelo de heterorresponsabilidad que parte del presupuesto de que la persona jurídica responde, pero no delinque, pues si realmente delinquiese, la gravedad abstracta del delito y de la pena debería ser la misma, aun cuando a la hora de señalar los marcos punitivos a la pena de persona física y jurídica, el legislador pudiese tener en cuenta consideraciones de diversa índole que le llevase a no tratar exactamente igual a una y otra³⁰⁴.

No delinquiendo la persona jurídica, el legislador habría tenido en cuenta criterios distintos al grado de ofensividad del delito para calificar unos mismos hechos como graves en el caso de la persona jurídica, y menos graves en el de la persona física. Criterios que resultan bastante inciertos teniendo en cuenta los efectos que esta calificación tiene.

Que nuestro ordenamiento jurídico-penal califique como graves todas las penas previstas para las personas jurídicas no tiene repercusión en aspectos como la prescripción del delito, pues en este concreto aspecto el artículo 131 del Código Penal no establece los plazos atendiendo a la consideración de la pena como grave, menos grave o leve, sino a la duración de la pena prevista en abstracto por el legislador. Así,

³⁰⁴ Así, por ejemplo, tratándose de la pena de multa, ésta debería ser pena menos grave tanto para persona física como para persona jurídica, aunque para la persona jurídica el legislador contemplase unos plazos distintos, como contempla unas cuantías distintas en el artículo 50.4 del Código Penal: entre 2 y 400 € diarios para la persona física, que pasan a ser de 30 a 5.000 en el caso de la jurídica.

en el caso de la pena de inhabilitación, que sí es aplicable a la persona jurídica, el delito prescribe a los diez o a los quince años cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de cinco años y menos de diez, o por más de diez, respectivamente³⁰⁵.

Sí tiene incidencia la consideración como graves de todas las penas previstas para la persona jurídica en el caso de la prescripción de la pena, pues el art. 133 C.P. utiliza un sistema mixto, condicionando esa prescripción en algunos casos a la duración de la pena impuesta en sentencia firme, y haciéndola depender, en otros, de que la pena tenga carácter grave, menos grave o leve. Así, prescriben a los 15 o 20 años la inhabilitación por más de seis y menos de diez, o por más de diez, respectivamente, mientras que prescriben a los 10 años «las restantes penas grave», a los 5 «las penas menos graves» y al año «las penas leves». De este modo, tal y como expuso la Circular 1/2010 de la Fiscalía General del Estado, cabe la posibilidad de que estén afectos a términos de prescripción diferentes los delitos de las personas físicas y los de las jurídicas, opción que para la Fiscalía resulta perfectamente asumible de una perspectiva político criminal.

También tiene incidencia la previsión del art. 33.7 C.P. en la cancelación de antecedentes delictivos, pues el art. 136.3 C.P. dispone que «Las penas impuestas a las personas jurídicas [...] se cancelarán en el plazo que corresponda, de acuerdo con la regla prevista en el apartado 1 de este artículo, salvo que se hubiese acordado la disolución o la prohibición definitiva de actividades. En estos casos, se cancelarán las anotaciones transcurridos cincuenta años computados desde el día siguiente a la firmeza de la sentencia». Y ese apartado 1 del art. 136 C.P. lo que hace es establecer automáticamente en su letra e) el plazo de 10 años para las penas graves.

Al tener incidencia en la cancelación de antecedentes penales, automáticamente la tendrá también a la hora de poder apreciar la agravante de reincidencia, que resulta posible en el caso de la persona jurídica atendiendo a lo que establece el art. 66 bis del Código Penal.

³⁰⁵En el caso de la persona jurídica, la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social tendrá una duración máxima de quince años -Art. 33.7 f) del Código Penal-.

En lo que no tendrá incidencia la previsión del 33.7 del Código Penal es en lo que hace a la determinación del procedimiento penal, toda vez que el art. 14 bis de la L.E.Cr. dispone que *«Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior el conocimiento y fallo de una causa por delito dependa de la gravedad de la pena señalada a éste por la ley se atenderá en todo caso a la pena legalmente prevista para la persona física, aun cuando el procedimiento se dirija exclusivamente contra una persona jurídica»*. No obstante, del hecho de que las penas de la persona jurídica se consideren graves en cualquier caso, podrían desprenderse otro tipo de consideraciones de naturaleza procesal especialmente importantes. Así, por ejemplo, el art. 588 bis a) 5 de la L.E.Cr. establece que la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas o el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos sólo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Y que, para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho. Pues bien, cabría la posibilidad de que la gravedad del hecho se diese automáticamente por sentada en el caso de las personas jurídicas como consecuencia de la gravedad de la pena prevista que se traduce, a su vez, en gravedad del delito. Entiendo, no obstante, que se trataría de una interpretación interesada e incorrecta de lo dispuesto por la L.E.Cr., pues gravedad de la pena significará gravedad del delito en el caso de la persona jurídica, pero ello no debe traducirse necesariamente en «gravedad del hecho» a los efectos de autorizar medidas restrictivas de derechos fundamentales -que la jurisprudencia ha insistido en que deben ser salvaguardados en el caso de la persona jurídica-, condición que deberá trazarse teniendo en cuenta criterios como el bien jurídico afectado, el grado de afectación, la existencia de una organización criminal, etc.

Como refleja CRUZ BLANCA³⁰⁶, la multa parece situarse como una especie de castigo de carácter común, y que, para supuestos cualificados, el Código «se reserva» otras penas más lesivas de los derechos del ente. Ese lugar protagonista que ocupa la pena de multa se asimila al entorno existente en el ámbito de derecho comparado. BAUCELLS LLADÓS³⁰⁷ explica de forma muy acertada cómo ese protagonismo radica en las tesis del análisis económico del derecho³⁰⁸. De este modo, nuestro Código conjuga de forma alternativa, según el tipo penal, el clásico sistema de días-multa para las personas jurídicas con la multa proporcional *stricto sensu* (bajo parámetros como el beneficio obtenido, la cantidad defraudada, el perjuicio causado, etc.). Sobre la aplicación de los días-multa, el artículo 50 C.P. resultante de la reforma operada por L.O. 5/2010, de 22 de junio implantó, dentro de una extensión mínima de diez días y máxima de cinco años (Art. 50.3 C.P.), un mínimo de 30 euros y un máximo de 5.000 euros (Art. 50.4 C.P.), por lo que la cifra resultante puede ser muy considerable.

Entre las resoluciones judiciales que ya han contemplado la pena de multa a personas jurídicas, puede hacerse referencia a la STS núm. 154/2016 de 29 de febrero (RJ 2016\600), que excluye la disolución respecto a la mercantil *Transpinelo S.L.*, pero mantiene el pronunciamiento de la Audiencia respecto a la pena de una multa de 775.633.440 € (con posibilidad de fraccionamiento en ejecución de sentencia, conforme al 53.5 C.P.³⁰⁹). Asimismo, la STS núm. 583/2017 de 19 de julio (RJ 2017\4864), ratifica la condena a seis personas jurídicas imponiéndoles multas que oscilan entre los 2 y los 5 años y llegando a cuantías que van desde los 20.000 a los

³⁰⁶*Ibid.* p. 192 (nota 19).

³⁰⁷BAUCELLS LLADÓS, J.; «Las penas previstas para las personas jurídicas en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico» en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, Santiago de Compostela, 2013, p. 190. Se trata de un artículo que plantea interesantes consideraciones respecto a las penas, aspectos que, en su mayoría comparto, y, en algunos casos, trato de trasladar al lector. Sobre el particular de la influencia del análisis económico a la hora de situar a la pena de multa como la pena «por excelencia», explica que las conductas ilícitas en el seno de las corporaciones obedecen generalmente a la maximización del beneficio por lo que la imposición de sanciones de carácter económico despliega un efecto disuasorio muy eficaz.

³⁰⁸*Vid. infra* p. 219.

³⁰⁹53.5 C.P.: «Podrá ser fraccionado el pago de la multa impuesta a una persona jurídica, durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquélla o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general. Si la persona jurídica condenada no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiere señalado, el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma.»

3.650.000 €. Por poner otros ejemplos, puede citarse, asimismo, la SAP de Cáceres núm. 458/2015 de 23 de octubre (JUR 2015\288373) que condena a la entidad mercantil *Transycon S.L.*, como autora responsable de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente a una pena de multa de tres años, a razón de una cuota diaria de 5 € -5.400 €-; la SAP de Zaragoza núm. 575/2016 de 1 de diciembre (JUR 2017\6216) que condena a *Frutas Andaluz S.A.* a la pena de 80.000 € de multa por tentativa de estafa procesal, o la SAP de Pontevedra núm. 38/2017 de 30 de junio (ARP 2017\1021), que condena a la entidad *Áridos del Curro, S.L.* a la pena de 200.000 € de multa, entre otras³¹⁰.

El resto de penas contempladas en el apartado 7 del artículo 33 de nuestro Código, conocidas con la denominación de *interdictivas*³¹¹, fueron en su día objeto de mayores críticas. Los reproches se centraban, sobre todo, en la falta de certeza respecto a su idoneidad para desplegar un efecto disuasorio y el elevado riesgo de generar un daño colateral sobre la masa social de la organización³¹².

Por un lado, y dentro de este tipo de penas, podemos encontrar a las conocidas como *interdicciones genéricas*. Bajo este término se engloban aquellas penas del catálogo que tienen por objeto impedir que el ente corporativo continúe realizando la actividad o prestando el servicio que, esencialmente, venía realizando. Pueden considerarse subsumibles en este grupo las penas recogidas en las letras *b)*, *c)* y *e)* del apartado 7 del art. 33 C.P., es decir, la disolución de la persona jurídica, la suspensión de sus actividades y la prohibición de realizar en un futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Por otro lado, podemos considerar *interdicciones específicas* a las penas centradas en impedir una singular

³¹⁰*Vid. supra* p. 112, donde son señaladas algunas sentencias que condenan a personas jurídicas. Asimismo, cabe hacer remisión a las resoluciones judiciales recogidas en el epígrafe relativo a la jurisprudencia citada (*vid. supra* p. 394-395).

³¹¹BAUCELLS LLADÓS, J.; «Las penas previstas para las personas jurídicas en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico», *op. cit.* pp. 207-208.

³¹²DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 75.

actividad o ejercicio de un derecho concreto por parte de la persona jurídica. Este tipo de penas se identifican con las previstas en las letras *d)* y *f)* del aludido 33.7 C.P.³¹³.

Como apunta el propio Código (33.7 letra *b* C.P.), la disolución de la persona jurídica implica la pérdida de la personalidad jurídica del ente corporativo con carácter definitivo y la pérdida de la capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico o llevar a cabo cualquier actividad del tipo que sea. Esta pena, calificable como auténtica «pena de muerte» para la persona jurídica, ha sido ya aplicada por nuestros tribunales. Así, por ejemplo, la aludida STS núm. 154/2016 de 29 de febrero (RJ 2016\600) contempla la disolución de dos sociedades mercantiles, una limitada y otra anónima, excluyendo del pronunciamiento originario dictado por la Audiencia la disolución de una tercera sociedad condenada³¹⁴.

Otra pena de cuya aplicación que hay constancia jurisprudencial es la concerniente a la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito (33.7 letra *e* C.P.). La ya citada SAP de Cáceres núm. 458/2015 de 23 de octubre (JUR 2015\288373), además de a una multa, condenó a *Transycon S.L.*, como autora responsable de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente prohibiéndole la realización de actividades de extracción de áridos durante dos años.

También es posible traer a colación jurisprudencia relacionada con la aplicación de la «*inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años*» (33.7 letra *f* C.P.). La anteriormente aludida SAP de Pontevedra núm. 38/2017 de 30 de junio (ARP 2017\1021) condena a la entidad mercantil *Áridos del Curro S.L.* a la pena de 200.000 € de multa e Inhabilitación para obtener subvenciones o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de dos años.

³¹³Cabe recordar que la letra *d)* del artículo 33.7 C.P. contempla la clausura temporal de locales y establecimientos por tiempo no superior a cinco años; la letra *f)* comporta la inhabilitación para obtener subvenciones, ayudas públicas o gozar de incentivos fiscales por plazo no superior a quince años.

³¹⁴Dicha sociedad que finalmente no «padeció» la pena de disolución fue *Transpinelo S.L.*

La STS número 583/2017 de fecha 19 de julio (RJ 2017\4864) contempla, entre otras, la pena de «*clausura de locales y establecimientos*» prevista en el artículo 33.7 d) C.P.

Los criterios sobre individualización de la pena vienen establecidos por el artículo 66 bis del Código Penal mediante una remisión expresa al artículo anterior, aquel que contempla el papel de las agravantes y atenuantes en la aplicación de las penas para las personas físicas (art. 66 C.P.), que el legislador complementa con reglas ya específicas para los entes morales, que son aquellas en las que me voy a detener no sin antes advertir, como hace CRUZ BLANCA³¹⁵, que la remisión a las circunstancias atenuantes contenida en el artículo 66 ha de entenderse referida a las concretamente previstas para las personas jurídicas, esto es, a las contempladas en el artículo 31 *quater*³¹⁶ y no a las del art. 21 del Código Penal.

Entrando ya en aquellas reglas del artículo 66 bis C.P. que sí han sido especialmente diseñadas para las personas jurídicas, las definidas como 1ª y 2ª, pueden hacerse algunas valoraciones³¹⁷:

«1.ª En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta:

- a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.*
- b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.*
- c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.»*

El comienzo de la regla 1ª del artículo 66 bis C.P. nos dice que los criterios que contiene son aplicables para la determinación de aquellas penas que pueden imponerse a una persona jurídica a excepción de la pena de multa, respecto a la que guarda silencio. Ello no es óbice, sin embargo, para que las reglas del 66, a las que el

³¹⁵CRUZ BLANCA, M.J.; «Modificaciones en las reglas generales para la aplicación de las penas operadas por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, del Código Penal», en AAVV/MORILLAS CUEVA (Dir.); *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, 2015, p 190.

³¹⁶Vid. *supra* p.183-188.

³¹⁷CRUZ BLANCA, M.J.; «Modificaciones en las reglas generales para la aplicación de las penas operadas por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, del Código Penal» *op. cit.* p. 192.

66 bis remite expresamente, sí resulten aplicables bien que por la vía del art. 50.5 del Código Penal. Este artículo señala a los Jueces y Tribunales el marco de determinación de la pena de multa obligándoles a tener en cuenta las reglas del Capítulo II del Título III -en el que se encuentra el art. 66-, y fijándoles como criterio para individualizar el importe de las cuotas la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares -no aplicables en el caso de la persona jurídica- y demás circunstancias personales del mismo.

En aquellos casos en los que la pena de multa prevista no siga el sistema de días multa, sino el proporcional, el criterio de individualización no lo da el art. 50, sino el 52, que establece que el importe se fijará en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, los jueces y tribunales impondrán la multa dentro de los límites fijados para cada delito, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable.

Excepcionalmente, además, el art. 52.4 C.P. señala que, tratándose de personas jurídicas y de multa proporcional, cuando no sea posible calcular el beneficio obtenido o facilitado, el perjuicio causado, el valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida tales multas previstas se sustituirán por:

«a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.

c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.»

Como criterio que deberá tener también en cuenta el Juez o Tribunal a la hora de individualizar la pena de multa, debe señalarse la previsión del art. 31 ter 1 del Código, que establece que cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a persona física y jurídica la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

En cuanto a las penas contempladas en las letras *b) a g)*, el órgano juzgador goza de mayor grado de discrecionalidad³¹⁸ por lo que han de prestarse las debidas cautelas para que la imposición de las mismas se ajuste de manera proporcional a los fines de prevención especial de la pena y no se incurra en arbitrariedad. Concretamente, se atenderá su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos, a las consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores, y al puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

La segunda regla contenida en el artículo 66 bis C.P. comienza con la determinación de que la duración de las penas contempladas en las letras *c) a g)* del catálogo de penas de las personas jurídicas no podrá superar el tiempo que resultaría de aplicación para una privativa de libertad si una persona física fuese responsable de ese delito. Este apartado contiene la salvedad de que resultará aplicable sólo cuando esas penas «*se impongan con una duración limitada*», aclaración que en realidad sólo tiene interés respecto a la pena recogida en el apartado *e)* (prohibición de realizar en el futuro actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito...), que es la única pena de las que recoge esta regla segunda para la que se prevé la posibilidad de aplicar una prohibición definitiva³¹⁹.

Seguidamente, se señala que, para imponer estas penas por un periodo que supere los dos años, habrá de darse en la persona jurídica una de estas dos circunstancias:

«a) Que la persona jurídica sea reincidente.

b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.»

La previsión contenida en la letra *b)* cuestiona la solución propuesta tanto por la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2016, como por la STS núm. 154/2016 de 29 de febrero (RJ 2016\600), en el sentido de que aquellos entes que carecen de

³¹⁸SANZ GAITE, M.A.; «Ponencia» en DOPICO GÓMEZ-ALLER, D. (Dir.); *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 116.

³¹⁹ Obviamente, también tiene carácter definitivo la disolución, pero al venir prevista en la letra *b)* del 33.7, no le es aplicable la regla segunda del 66 bis del Código Penal.

actividad social legal o en los que ésta es residual al encontrarse completamente instrumentalizados para la comisión de actividades delictivas, no deben ser objeto de aplicación del régimen general de responsabilidad penal que para las personas jurídicas prevén los arts. 31 bis y siguientes del Código Penal, sino las consecuencias accesorias del art. 129 del mismo texto legal.

La STS núm. 154/2016 de 29 de febrero (RJ 2016\600), en su Fundamento Décimo Primero manifiesta que, a sociedades carentes de una actividad lícita sustancial, sin existencia y fines reales más que la comisión de hechos delictivos (por ejemplo, las conocidas como sociedades «pantalla») han de excluirse del régimen del artículo 31 bis y ss. del Código Penal. Esta fundamentación se sostiene en la imposibilidad congénita de analizar estructuras o mecanismos internos de control en este tipo de entes, pues se crean por los individuos con una finalidad delictiva. En consecuencia, se apunta a la procedencia de acudir a la vía del artículo 129 C.P. cuando nos encontremos ante este tipo de entes, aplicando las correspondientes consecuencias accesorias.

La Circular 1/2016 FGE³²⁰, por su parte, establece que *«Junto a las sociedades que operan con normalidad en el tráfico jurídico mercantil y en cuyo seno se pueden producir comportamientos delictivos, existen otras estructuras societarias cuya finalidad exclusiva o principal es precisamente la comisión de delitos. El régimen de responsabilidad de las personas jurídicas no está realmente diseñado para ellas (supervisión de los subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes...) de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta, que podrá en su caso completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales. Se entiende así que las sociedades instrumentales aunque formalmente sean personas jurídicas, materialmente carecen del suficiente desarrollo organizativo para que les sea de aplicación el art. 31 bis, especialmente tras la completa regulación de los programas de cumplimiento normativo.»*

³²⁰P. 27 y ss.

Pues bien, como señala PALMA HERRERA³²¹, tal propuesta debe descartarse al no contar con base legal. A juicio de este autor, si algo parece quedar suficientemente claro en el Código Penal es que lo que determina la aplicabilidad del régimen del art. 31 bis y siguientes no es si toda o la mayor parte de la actividad social es delictiva, o si el ente ha sido instrumentalizado o no para el delito. Lo que determina la aplicación de los presupuestos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es que el ente esté dotado de personalidad jurídica y se cumpla, además, el «hecho de conexión». Buena prueba de ello es, según el citado autor, lo que establecen las letras b) de los párrafos segundo y cuarto del art. 66 bis 2.º del Código Penal para aquellos casos en los que «*la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales*» (aquellos en los que «*la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal*»): en estos casos, no sólo no se renuncia a la imposición de una pena, sino que permite que algunas de las que contempla el art. 33.7 C.P. se impongan por encima de ciertos márgenes temporales o incluso con carácter permanente³²².

En cualquier caso, decantándonos por el régimen del art. 31 bis y siguientes, lo cierto es que va a resultar preciso delimitar cuándo la actividad legal de la persona jurídica es más o menos relevante que su actividad ilegal. Y en este sentido, quizás, el criterio que debe predominar no es el de la relevancia en abstracto (pues una actividad delictiva tiende a causar mayor impacto *per se* que una actividad legal a causa de la afectación a la sociedad y la repercusión que ésta tiene), sino que debe circunscribirse al volumen de negocio, ya que se trata de valorar si la empresa se dedica realmente a actividades legales, con independencia de que se haya podido cometer algún delito en su seno, o, en cambio, se trata de una empresa creada exclusivamente con fines delictivos (se mantiene una actividad legal mínima para dotarse de cobertura, pero la parte relevante de su negocio es la originadas por los ilícitos penales).

Continuando con el análisis de este artículo 66 bis C.P., el mismo configura un límite máximo de la pena en dos años cuando nos encontremos ante un delito que ha

³²¹PALMA HERRERA, J.M.; «Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de “compliances”», *op. cit.*, p. 42.

³²²Más ampliamente sobre esta cuestión, *ibid.* pp. 40-42.

sido cometido por un individuo de la letra *b*) del apartado 1 del art. 31 bis C.P., es decir, cuando se trate de un empleado que carezca de facultades decisorias, de representación o de control. Pero este límite sólo será aplicable cuando la responsabilidad penal del ente se derive de un «*incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga un carácter grave*». Esta previsión choca con el necesario presupuesto contenido en el hecho de conexión de la letra *b*) del apartado 1 del art. 31 bis C.P. donde se exige que los empleados subordinados hayan podido realizar el hecho delictivo por que alguno de los sujetos con poderes de representación, decisión o control hayan incumplido gravemente sus deberes de supervisión, vigilancia y control. En consecuencia, se trata de un apartado inoperativo, que evidencia un error, o al menos, cierta confusión por parte del legislador.

Finalmente, el último párrafo del artículo 66 bis C.P. recoge las dos circunstancias en las cuales, si se diese alguna de ellas, podrían imponerse con carácter permanente las penas de las letras *b*) y *e*) del art. 33.7 C.P. (disolución de la persona jurídica -que, en realidad, no se puede imponer de otra forma que no sea permanente- y prohibición de realizar en el futuro actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito), o por un plazo superior a cinco años aquellas previstas en la misma letra *e*) y letra *f*) (inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, así como para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social).

Estas dos circunstancias son que la multirreincidencia, esto es, que la persona jurídica haya sido previamente condenada por tres delitos de la misma naturaleza (regla 5ª del apartado 1 del art. 66 C.P.) o que ésta haya sido instrumentalizada para la comisión de delitos, presumiéndose que se da este supuesto cuando la actividad ilegal supera a la legal, cuestión, esta última, sobre la que ya nos hemos pronunciado más arriba en el sentido de no permitir la aplicación del régimen de consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal.

CAPÍTULO 4

CONSIDERACIONES PARA LA FUNDAMENTACIÓN Y HERRAMIENTAS DE ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA Y EL *COMPLIANCE PENAL*

4. Consideraciones para la fundamentación y herramientas de análisis de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el *compliance penal*

4.1. Planteamientos previos sobre el *compliance penal*

Cuando el ordenamiento jurídico-penal prevé la responsabilidad penal de la persona jurídica, la implementación y ejecución efectiva de un *compliance program* viene siendo el mecanismo formal para evidenciar que en el seno de la empresa se han articulado medidas tendentes a garantizar el firme cumplimiento de la legalidad, que existe en la organización unas estructuras y procedimientos dirigidos a evitar la comisión de hechos delictivos, controlando tanto los procesos productivos como a los propios trabajadores y directivos, con la finalidad de prevenir la comisión de delitos o riesgos que pudieran tener relevancia penal.

Para situar al lector, creo conviene comenzar describiendo algunos elementos clave del *compliance* para posteriormente profundizar en los conceptos que cimientan el *compliance penal*, el *accountability* y la *autorregulación regulada*.

Con esta base, nos adentraremos en diversas teorías cuya implementación propongo en el ámbito de los *compliances* pues las nociones y metodología que utilizan se han evidenciado como válidas para estudiar y predecir el comportamiento de los individuos en organizaciones. Pero no sólo esto, el conjunto de propuestas que se desarrollarán -y que tienen su origen en la Sociología y Economía contemporáneas-, al analizar con rigor las decisiones de las personas físicas teniendo en consideración el conjunto de decisiones posibles y los juegos de estrategias en contextos organizados conforman un sustento teórico perfectamente válido sobre el que erigir una responsabilidad corporativa desde el modelo de heterorresponsabilidad y el respeto a los clásicos postulados de la teoría general del delito.

Como se ha venido exponiendo -desde el plano dogmático al comienzo de la tesis doctoral, y en desde una perspectiva más centrada en el derecho positivo en el capítulo anterior-, la aplicación decidida de un *compliance* idóneo en el seno del ente

corporativo debería conllevar que éste quede exonerado de responsabilidad penal o, al menos, que la misma resulte atenuada.

Bajo el modelo de heterorresponsabilidad y su noción acerca del «hecho de conexión»³²³, los *compliance programs* conforman el elemento que muestra que no se adolece de un déficit organizativo. Por consiguiente, la implementación y ejecución eficaz de un *compliance* idóneo impide la realización del «hecho de conexión», por lo que se amputa la posibilidad de transferir la responsabilidad penal desde el individuo que cometió el delito a la persona jurídica. La última ratio para liberar de responsabilidad al ente radica en razones político-criminales y la consecuencia inmediata es que la implementación efectiva de estos modelos de prevención provoca la exoneración de responsabilidad por parte del ente.

Desde la óptica del modelo dogmático de autorresponsabilidad o culpabilidad propia de la persona jurídica puede considerarse que el *compliance* excluye el injusto o la culpabilidad del ente³²⁴. Si se sitúa en el injusto, el modelo de organización y gestión conforma la materialización de una diligente organización; si se sitúa en la culpabilidad, se considera al *compliance* como la plasmación de una voluntad o conciencia de cumplimiento normativo.

Al margen de tales consideraciones, y esto es un aspecto cuya relevancia no suele ser destacada, los *compliance programs* constituyen herramientas que protegen también a los propios directivos y trabajadores de una posible atribución de responsabilidad penal a título individual pues los modelos de organización y gestión deben recoger claramente extremos tales como las responsabilidades y funciones de los individuos, procedimientos de toma de decisiones, de ejecución de las mismas, de delegación de facultades o de diligencia debida, por lo que, sin lugar a dudas ayudan a resolver los problemas de imputación individual de los delitos que eventualmente pudieran llegar a cometerse³²⁵.

³²³Vid. *supra* pp. 63-65, pp. 86-87, entre otras.

³²⁴Vid. *supra* p. 62.

³²⁵Aunque se trata de un aspecto que será tratado más adelante, considero ilustrativo apuntar que el Código Penal requiere que los modelos de organización y gestión identifiquen las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos y que establezcan protocolos claros que concreten los procesos de adopción de decisiones y ejecución de decisiones (Art. 31 bis 5. 1º y 2º).

Por tanto, un programa de cumplimiento ha de ser detallado y preciso. Para ello, se exige que el modelo se adecúe plenamente a la realidad de la organización, contexto social, actividad empresarial y a los riesgos singulares de la misma. Sin embargo, existe cierta suspicacia sobre la posibilidad de que en algunas empresas se adopten *compliances* como una operación de mero maquillaje, sin que exista una intención real de prevenir hechos delictivos. En otros casos, se adoptan *compliances* “tipo” o meros formularios que recogen los requisitos relativos a las exigencias estructurales de las normas o estándares y que podrían ser certificables, pero que, al analizar su contenido en profundidad, se revela que no responden realmente al espíritu de estas normas y que subsiste una falta de intención de prevenir delitos.

A este respecto, y como se irá desarrollando en sucesivos epígrafes, creo que la toma en consideración de la *teoría de juegos*, el *nuevo institucionalismo de la elección racional* y la *jurimetría* a la hora del estudio previo y elaboración de estos programas de prevención de delitos pondría de manifiesto que los órganos de administración y alta dirección sí actúan con la firme convicción de prevenir delitos. Estas nociones conforman herramientas que, por su metodología analítica, toman en consideración el contexto socio-estratégico en el que se ha de implantar, las estructuras y jerarquías, el conjunto de decisiones posibles, sus riesgos, etc.

Por lo tanto, reitero que la asimilación de los postulados de estas teorías, tanto en el ámbito dogmático como metódico, resultaría extremadamente provechoso para fundamentar la responsabilidad penal de los entes corporativos y para configurar la naturaleza de los *compliances*, pues explican las motivaciones y actuaciones estratégicas de los individuos en el seno de organizaciones. Y, en consecuencia, sería pertinente tomar en consideración estas herramientas a la hora de diseñar un programa de cumplimiento normativo. Además, la implementación y ejecución eficaz de un *compliance program* que surgiese de la aplicación de estas nociones evidenciaría que no nos encontramos con un mero conjunto de protocolos o *compliance* de carácter formal, pero sobre los que no existe verdadera voluntad de cumplimiento y control - *paper compliance* -.

En cualquier caso, aun con las naturales diferencias entre unos *compliances* y otros (que derivan de la realidad, organización y riesgos de cada empresa), todos vienen incorporando una serie de instrumentos de control de la propia estructura organizativa dirigidos a fiscalizar el proceso de toma de decisiones y a delimitar las atribuciones y responsabilidades de cada uno de los miembros del organigrama empresarial, así como mecanismos dirigidos a inspeccionar la actividad del resto del personal de la empresa.

Estos mecanismos y procedimientos se complementan con medidas como la obligatoriedad de mantener al personal formado e informado respecto a todos los elementos y circunstancias relacionadas con la seguridad y legalidad de su actividad profesional (de lo que se desprende, a su vez, la necesidad de establecer unos flujos de información claros entre la dirección y los trabajadores); la evaluación periódica y estricta de los controles de seguridad; la rendición de cuentas o *accountability* acerca del funcionamiento de la empresa en materia de control del riesgo o cumplimiento de la legalidad; la obligatoriedad, por parte de los empleados, de realizar de manera periódica cursos de reciclaje o especialización, o un régimen disciplinario que cuente con un sistema de sanciones con varios niveles en función de la infracción cometida y del grado de responsabilidad del trabajador. Además, contemplan la adopción de unos canales seguros de denuncia –también conocidos como *hotlines* – para que los empleados revelen las irregularidades de las que tengan conocimiento o las propias lagunas del sistema que puedan constatar en función de su cualificación, responsabilidad y la correspondiente formación que han de recibir. Estos canales se están implementado con el apoyo de aplicaciones o programas informáticos y deben de ir acompañados de unos procedimientos internos de investigación que tengan en consideración la protección del denunciante de buena fe³²⁶.

Otra medida de control interno que se viene estableciendo en estos programas de cumplimiento es la creación de un *Departamento de Compliance* o la figura del *compliance officer*, que como se verá en el apartado dedicado a la teoría de juegos, desarrollan una función extraordinariamente importante para el Estado, pues son los

³²⁶Vid. *infra* pp. 306-310.

elementos que garantizan la *confianza*. Además, en el contexto de este diseño institucional de *check and balances*, es remarcable la procedencia de la integración de elementos de control externo: no resulta extraño contar con una auditoría externa o contratar los servicios de otra empresa que certifique la adopción de medidas de control y cumplimiento de las exigencias normativas, estándares o parámetros específicos³²⁷. Su carácter externo hace presumir que estas auditorías gozarán de mayor independencia e imparcialidad en los procedimientos de examen y evaluación, siendo, en principio, más exigentes y metódicos a la hora de realizar inspecciones o verificar el cumplimiento de la legalidad por parte de la empresa.

A los anteriores elementos vienen a sumarse otros derivados de la creciente regulación de carácter administrativo y mercantil existente –que continúa acrecentándose– en determinados sectores, normativa cuya observancia de los programas de cumplimiento y rendición de cuentas resulta totalmente obligatoria y que determina la incorporación de previsiones específicas que dependen ya del concreto sector de actividad ante el que nos encontremos. Este fenómeno es especialmente importante en ámbitos empresariales pertenecientes al contexto económico-financiero (entidades bancarias, grandes multinacionales, sociedades cotizadas³²⁸, etc.) o en sectores dedicados a actividades dedicadas al tratamiento de elementos especialmente afectos a la salud pública, dañinos o peligrosos (industria nuclear, farmacéutica, etc.). Confluyen así la potestad reguladora, de supervisión y

³²⁷En materia de *compliance*, contamos con la recentísima Norma UNE 19601 *Sistemas de gestión de compliance penal*, publicada en mayo de 2017. Se trata de un avanzado estándar nacional para prevenir delitos, reducir riesgos y promover la cultura del cumplimiento normativo. Este texto aspira a ser el estándar de prevención de delitos por excelencia. Entre muchos aspectos, cabe reseñar su estructura de Alto Nivel. Es decir, aplica un marco referencial que utiliza terminología y estructura armonizadas por lo que se posibilita su plena sincronización y alineamiento con otros sistemas que sigan esta misma estructura de Alto Nivel y estén siendo implementados en la organización, evitando duplicidades y aumentando la eficiencia en la utilización de los recursos destinados para su aplicación. Previa a la citada, se reseña la Norma UNE-ISO 19600 *Sistemas de gestión de compliance*, que contiene directrices para detectar y gestionar los riesgos de las organizaciones por posibles incumplimientos de sus obligaciones (publicada en diciembre de 2014). Igualmente, cabe apuntar la relevancia de la Norma UNE-ISO 37001 *Sistemas de gestión antisoborno. Requisitos con orientación sobre su uso*, publicada en octubre de 2016, y que especifica los requerimientos y directrices a seguir para el establecimiento, la implementación, el mantenimiento y la mejora de sistemas de gestión anticorrupción. El fenómeno de la estandarización y la certificación es abordado en el epígrafe 5.2. *El compliance normalizado y la tendencia privatizadora*, vid. *infra* pp. 330-353.

³²⁸Entre otros, podría destacarse el denominado Código de Buen Gobierno de Sociedades Cotizadas, aprobado el 18 de febrero de 2015 por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y publicado el 24 de febrero del mismo año.

tutela de los intereses generales del poder público, con los deberes de control, autorregulación y gestión de riesgos de las propias empresas convirtiendo a los *compliances* en la manifestación más clara del fenómeno que se conoce como *autorregulación regulada*.

4.2. Regulated self-regulation & accountability: germen del compliance

Asistimos desde hace un tiempo a un proceso de descentralización en la producción normativa que tiende claramente a la privatización de las normas reguladoras de numerosas actividades empresariales. Los mismos Estados, considerados de manera aislada, se han visto frecuentemente desplazados por entes supraestatales de decisión (instituciones comunitarias, FMI, OCDE, Banco mundial, etc.). En este contexto, MOREIRA NETO³²⁹ señala que la autorregulación regulada es una importantísima aportación del Derecho público para mantener el control sobre aquellos sectores empresariales dedicados a actividades o servicios que revistan especial complejidad o riesgo.

A través de este fenómeno, el poder público convalida la regulación privada o estándares como normas válidas y vigentes debido al mayor grado de conocimiento, por parte de los comités técnicos de las deficiencias, requisitos o presupuestos necesarios en los procesos productivos y de control. Pero, al mismo tiempo, el Estado no elude -o no debería eludir- sus deberes elementales de ordenar y controlar estas actividades para velar por el bien común. Y todo ello, porque en su intervención fija un conjunto de directrices, obligaciones genéricas, normas o requisitos esenciales tendentes a garantizar el interés común y la seguridad pública.

³²⁹MOREIRA NETO, D.F.; «Crisis y regulación de mercados financieros. La autorregulación regulada: ¿una respuesta posible?», en *Revista de Administración Pública*, n.º 180, 2009, p. 9 y 19.

Este cambio de paradigma es analizado de manera exhaustiva por MORCILLO MORENO³³⁰, quien explica que el proceso de transformación a favor de la desregulación y *autorregulación regulada* («*regulated self-regulation*») tiene diversas causas. El incremento del número de empresas multinacionales o la necesidad de normas que tengan vigencia en ámbitos suprarregionales requieren la adopción de nuevas formas de colaboración entre sujetos de derecho internacional y de ámbito nacional, así como la potenciación de las redes de organización de control y supervisión. Esta necesidad ha devenido en una pérdida de la clásica vigencia de la regulación pública de origen estatal en pro de un *sistema de gobernanza multinivel*. Es decir, el régimen de intervención del poder público ha mutado significativamente, pasando de una regulación pormenorizada y de un control *ex ante* de las actividades o servicios prestados por las empresas, a un nuevo «status» donde el Estado impone unas directrices y supervisa el cumplimiento y desarrollo de las mismas, pero quienes las desarrollan y articulan mecanismos regulares de vigilancia o rendición de cuentas son, o bien las propias empresas a través de órganos especializados, o bien entidades privadas independientes que auditan a las empresas y les dan el visto bueno o dotan de certificados para que puedan continuar con su actividad.

En este contexto, los *compliance programs* o modelos de organización y gestión no dejan de ser, en esencia, normas de naturaleza jurídico-privada, implementadas en las organizaciones con la finalidad de impedir riesgos y velar por el cumplimiento de la legalidad, y cuya vulneración o desatención puede traer consigo consecuencias penales para la empresa. Al fin y al cabo, aunque el *compliance* penal implementado en la empresa devenga de un sistema de cumplimiento estandarizado de ámbito nacional o internacional y haya sido certificado, nos encontramos ante elementos que provienen de organizaciones privadas o semipúblicas -con ciertas potestades públicas-, siendo también certificados por entidades privadas. En síntesis, es normativa elaborada por grupos de expertos, desarrolladas en entes alejados de los órganos de representación de la soberanía popular, pero con enorme relevancia ante instituciones de Derecho

³³⁰MORCILLO MORENO, J.; «Una crisis marcada por la globalización: Intervención, desregulación y autorregulación regulada», en AAVV/BLASCO ESTEVE (Coord.); *El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público*. Madrid, 2012, pp. 445-458.

Público. NIETO MARTÍN³³¹ puso ya de manifiesto en su día la repercusión penal del fenómeno de la autorregulación regulada del siguiente modo:

«5. Pero el terreno más propicio dentro del derecho penal para que la autorregulación germine con fuerza es el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La autorregulación unida a la noción de responsabilidad social debería convertirse en las bases del modelo europeo de responsabilidad penal de las personas jurídicas.»

En efecto, la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede conformarse como el sistema de cierre de los distintos modelos de autorregulación administrativa, que han aparecido además en los sectores – consumidores, protección de accionistas, medio ambiente, trabajadores, mercados financieros, blanqueo de capitales etc. - donde la responsabilidad colectiva tiene un mayor sentido. Es cierto, que la responsabilidad penal de las corporaciones tiene también sentido en otros terrenos como, por ejemplo, la corrupción o el fraude de subvenciones, en donde hasta ahora no existe indicación alguna por parte del derecho administrativo, pero en estos supuestos los sistemas de autorregulación ya existentes aportan la metodología necesaria para que las empresas establezcan códigos de prevención destinados a impedir la comisión de delitos en su interior o a que, de haberse cometido, sirvan para cooperar con la administración de justicia en su descubrimiento. Es más, algunas de estas medidas están ya presentes, de forma más o menos retórica, en muchos de los Códigos éticos con que cuentan ya la mayoría de las grandes empresas europeas. En estos casos, la responsabilidad de la empresa serviría para dar relevancia jurídica a los Códigos éticos, códigos de buenas prácticas etc. La necesidad de concretar en estos instrumentos los niveles preventivos necesarios para evitar determinados delitos y que además su eficacia sea controlada judicialmente en el proceso penal, borraría la sospecha de que la ética empresarial no es sino un instrumento más del marketing empresarial.»

La autorregulación regulada está envolviendo, así, las actividades empresariales (se regula de manera especialmente intensa en materia medio ambiental, industria farmacéutica, entidades financieras y aseguradoras, seguros etc.) y ámbitos internos de cumplimiento (laboral, blanqueo de capitales, anticorrupción, protección de datos, protección del consumidor, etc.) lo que tiene una evidente repercusión cuando, en el ámbito penal, nos encontramos ante una conducta típica que deviene del incumplimiento de este tipo de autorregulación. Como apunta acertadamente NIETO

³³¹NIETO MARTÍN, A.; «Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa» en *Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*. Nº 5, 2008, p. 14.

MARTÍN³³², la autorregulación regulada no es un sustituto del sistema penal, sino una forma de complementarlo mediante un principio de responsabilidad social de la empresa que afecta a todos los niveles y que evita que quepa escudarse en aspectos como la opacidad informativa de las estructuras empresariales para delegar o eludir las responsabilidades.

Mediante este método se garantiza lo que este autor denomina *nuevas formas de control social estatal*³³³: el Estado reconfigura sus reglas; no establece normas con alto nivel de concreción para que el conjunto de sujetos destinatarios las aplique tal cual, sino que aprueba una normativa penal y administrativa general con objeto de que sean las propias empresas las que concreten con detalle las obligaciones y deberes, de manera que se adapten a las particularidades o riesgos concretos que su actividad genere. Y, en cualquier caso, el Estado se reserva las funciones inherentes al ejercicio de la autoridad y tutela el proceso de autorregulación por parte de las empresas a través de la aprobación de una normativa básica que contiene instrucciones *-law enforcement authority-*, y de su labor inspectora-sancionadora. Así sucede en España cuando se recogen en el Código penal los presupuestos jurídico-penales y requisitos esenciales que han de cumplir los programas de cumplimiento³³⁴, cuando se hace referencia a normativa específica, o incluso cuando se publican circulares de la Fiscalía General del Estado.

En la medida en que los *compliances* nacen de las premisas de la autorregulación regulada, quedan reflejados en ellos muchas de las condiciones que generalmente recoge este fenómeno. Se trata de la materialización de valores vinculados a la ética corporativa mediante la aplicación de políticas que reflejen compromisos sociales de cumplimiento normativo junto con normas claras y precisas de necesario cumplimiento como, por ejemplo, las que imponen la obligación de elaborar informes periódicos de rendición de cuentas o *accountability*, que los Estados están exigiendo cada vez con mayor intensidad impulsando la noción de «*enforced*

³³²NIETO MARTÍN, A.; «Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa», *op. cit.*, pp. 9-10.

³³³*Ibid.* pp. 4-5.

³³⁴Materia específicamente desarrollada en el epígrafe 5.1. *El compliance en el Código Penal: requisitos según el 31 bis 5 C.P., la Circular 1/2016 y consideraciones para la implementación, vid. infra* pp. 261-329.

accountability » o rendición de cuentas obligatoria, que resulta esencial en la medida en que estas informaciones detallan actuaciones, revelan la idoneidad de las decisiones tomadas en la empresa, muestran las funciones y coadyuvan a la hora de fijar las responsabilidades de cada una de las personas que componen la entidad empresarial. Aspectos requeridos en el *compliance* penal como el establecimiento de procedimientos claros que reflejen y concreten los procesos de adopción de decisiones y responsabilidades en la empresa, el establecimiento de un sistema disciplinario, la implantación de órganos con funciones de vigilancia son elementos cuyo origen y esencia radica en la *accountability*. Con fundamento en aquello que apuntaron en su día FISSE y BRAITHWAITE³³⁵ los elementos ideales de este concepto pueden ser los siguientes:

I) La estrategia para definir responsabilidades penales en el seno de las organizaciones debe reflejar la cultura occidental que hace de la responsabilidad individual el pilar del control social. La conducta del individuo ha de ser la piedra angular del análisis, de la regulación y del control.

II) También ha de aceptarse, en contra de ciertos reduccionismos individualistas, que las intervenciones de las empresas en la sociedad conforman es algo más que el sumatorio de las conductas de personas naturales de su organización y que se puede considerar a las propias empresas como destinataria de reproche jurídico. Y ello al margen de debates doctrinales sobre si las empresas son realmente sujetos responsables penalmente o no -algo superado por la realidad de los acontecimientos- y si estas son responsables en virtud de un hecho propio -modelo de autorresponsabilidad- o hecho ajeno -modelo vicarial-. Lo que se analiza en la raíz del *accountability* es la pertinencia de que a la empresa se le apliquen penas, si partimos de la consideración de que es un sujeto penalmente responsable, o bien consecuencias

³³⁵ FISSE, B. y BRAITHWAITE, J.; *Corporations, Crime and Accountability*, en Cambridge, 1993. En este texto, y sobre la *accountability*, los autores recogían ya la perentoria necesidad de articular medidas que provoquen en las corporaciones la disuasión necesaria, deterrence, y las obliguen a tomar decisiones, choices, de pulcro respeto a la legalidad. Para ello, se vinculan los conceptos referidos al de liability, responsabilidad, transparencia y la necesaria conexión entre acción individual e infracción de la corporación, *corporate fault*.

accesorias u sanciones de otra naturaleza -como administrativa- para supuesto en que no se comparta la anterior noción. En cualquier caso, se conciben como posibles destinatarias de castigos. Es significativo que la empresa, considerada como una organización con procedimientos y normas compartidas entre sus miembros, se situara ya décadas atrás en el contexto anglosajón³³⁶ como entidad merecedora de algún tipo de consideración en el debate sobre el reproche penal que, pues es un elemento de influencia en la posible *acción penal* del individuo.

III) Una estrategia de atribución de deberes y responsabilidades³³⁷ en el seno de las empresas debe ser clara y maximizada. Es decir, que esas atribuciones impregnen y alcancen a todos los responsables (por supuesto según competencias y atribuciones reales), sean individuos aislados, individuos que componen sectores u áreas, de empresas asociadas o aquellos que ejercen los mecanismos internos de control. De ese modo, se configura un contexto de responsabilidad y rendición de cuentas que no afecta sólo a la alta dirección o a determinados individuos y que no deja exentas de rendición de cuentas las conductas de determinados individuos.

IV) La maximización de la responsabilidad ha de alcanzar realmente a todos los responsables, no debe de configurarse como un mero elemento teórico. Además, ha de hacerse de forma eficiente, de manera que no genere cargas excesivamente onerosas a la administración pública (como podría ser un excesivo y pormenorizado control por parte de entes administrativos). Es decir, esta intrínsecamente vinculada a la autorregulación regulada. Sobre este elemento huelga exponer la vigencia de la cuestión.

V) La maximización de la atribución de responsabilidad debe salvaguardar los derechos individuales (procedimentales y sustantivos). Es otro punto que hoy día se revela de manera muy clara vinculado a los *compliances*. Buena muestra de ello son las exigencias para la implementación de mecanismos respetuosos con la intimidad o la

³³⁶Vid. *supra* pp. 82-84.

³³⁷Sobre esta cuestión y su plasmación en el *compliance program penal*, vid. *infra* pp. 282-284.

protección de datos de carácter personal en los canales de denuncia y los procedimientos de investigación internos³³⁸.

VI) Quienes cometen las mismas faltas o delitos deben ser tratados por igual. Aunque parezca obvio la mera percepción en la organización de que existe discriminación puede hacer quebrar la construcción de la cultura de la transparencia y la rendición de cuentas. Sobre este aspecto, hoy día se hace hincapié mediante la utilización de conceptos como *tone from the top*³³⁹ para situar a los miembros de la alta dirección y administradores como sujetos obligados. Se trata de modelos de conducta para el resto de la organización, por lo que la aplicación de las políticas de accountability han ser aplicadas sobre estos de manera rigurosa.

VII) Por otro lado, la estrategia de maximizar la atribución de responsabilidades debe remediar en todo lo posible la aparición de “chivos expiatorios”³⁴⁰ pues ha resultado frecuente cuando la rendición de cuentas se ha buscado o exigido únicamente de forma individualista, sin tener en cuenta la realidad que subyace en esa empresa, el juego de poderes fácticos o influencias del contexto empresarial.

VIII) Es necesario no caer en las denominadas trampas de disuasorias. Se trata de evitar sanciones o penas tan gravosas para las empresas que esa desproporción se relacione con un riesgo que coarte injustificadamente la cultura del emprendimiento³⁴¹, la investigación o el fomento de creación de nuevas empresas.

IX) La estrategia para sancionar a los responsables tiene que reconocer que las causas que provocan que un sujeto actúe de un modo u otro en el seno de una organización son muy complejas. La maximización de su beneficio económico³⁴² es una motivación importante para muchos de los miembros de una empresa, pero también pueden serlo la reputación o propia imagen, un ascenso, cambio de sede, un

³³⁸ Vid. *supra* pp. 303-314.

³³⁹ Vid. *supra* p. 134.

³⁴⁰ Vid. *supra* pp.21-23

³⁴¹ En relación con este asunto, es relevante el concepto «*business judgment rule*», vid. *infra* p. 288-289.

³⁴² Vid. *infra* pp. 220-222.

reconocimiento no pecuniario e incluso el mero deseo de ser ciudadanos responsables. Una estrategia correcta de rendición de cuentas y política de incentivos debe atender a estas motivaciones. Este es un aspecto especialmente ligado a los siguientes epígrafes, donde me ocuparé de desarrollar conceptos tendentes a elaborar *compliances* que resultantes de un análisis de la organización más precisos y efectivos.

X) La estrategia para castigar a los responsables no debe ser demasiado limitada con respecto a quienes pueden aplicar sanciones, debe permitirse a determinados órganos internos una verdadera facultad disciplinaria³⁴³. En general, la administración de justicia será la que supervise ese trabajo, pero ello no debe ser obstáculo para que la propia empresa detente facultades tendentes a hacer cumplir la ley. En concreto, los sistemas internos disciplinarios deben tomarse en serio, como parte de un sistema que busca la aplicación eficaz³⁴⁴ de todo aquello que conlleva la rendición de cuentas y el cumplimiento normativo.

XI) El Estado (a través de sus poderes y mediante la utilización de jueces, fiscales, órganos reguladores, entes administrativos de diversa naturaleza, etc.) vigilará para que esos sistemas internos no se organicen para actuar contra la justicia misma o contra el ordenamiento jurídico. Como puede observarse, también lo anteriormente expuesto engloba cuestiones que vienen arrastrándose hasta nuestros días. Al fin y al cabo, se trata de evitar caer en la contradicción de que un *compliance* o código interno venga a limitar derechos laborales en favor de una supuesta afectación a la empresa. Por ejemplo, resultaría arbitrario limitar derechos que pertenecen al ámbito de protección jurídico-público como la libertad manifestación, expresión u otros legalmente adquiridos o reconocidos mediante la negociación colectiva con fundamento en que se infringe una norma prevista en un código de conducta interno o un procedimiento estandarizado que impida al empleado manifestar discrepancias por atentar estas contra la buena imagen corporativa.

³⁴³En relación con esta cuestión y el sistema disciplinario *vid. infra* pp. 314-323.

³⁴⁴Sobre los excesos en las previsiones sancionadoras, interesante la *profecía que se autocumple*, *vid. infra* p. 321.

XII) Una estrategia de atribución de responsabilidades tiene que estar de acuerdo con las distintas estructuras, procesos de decisión³⁴⁵ y de rendición de cuentas. Y sobre ello, las normas actuales también vienen exigiendo que los códigos internos y medidas de cumplimiento se adapten de manera eficaz a la estructura, procesos productivos, riesgos concretos y contexto social de la empresa donde se implementan.

XIII) La atribución de responsabilidades deberá ser capaz de responder de forma matizada a la posibilidad de que la misma conducta delictiva realizada en el interior de la institución se pueda realizar de modos muy diversos. Para ello, se valoran los procesos o protocolos de conformación de la voluntad, el modo de ejecución acuerdos y han de articularse medidas de control operativas, aspectos que hoy día son contemplados con mayor detalle.

XIV) Por último, la atribución de responsabilidad en empresas con sistemas organizativos complicados o grupos empresariales, donde las motivaciones son muy diversas y donde un solo modelo de acción empresarial no recoge bien la variada naturaleza de las empresas, debe de ser reevaluado y analizado en profundidad, hasta que se logre el objetivo relativo a la clarificación de responsabilidades. Y en este sentido, fruto de la evolución normativa, las normas penales actuales tienden a responder mejor ante operaciones delictivas cuyo fin es “distanciar” del punto de mira a los verdaderos beneficiados. Existen medidas que tratan de frenar las operaciones de creación de estructuras complejas u otras medidas destinadas a favorecer el ocultismo evitando que éstas beneficien aquellos que las han promovido o favorecido. Igualmente, se viene exigiendo la verificación periódica y revisión de los mecanismos de supervisión y control para que se tenga en consideración cualquier cambio en procesos o estructuras.

Formulados los aspectos más relevantes que pueden concebirse como configuradores de la rendición de cuentas, surge la cuestión acerca de cómo desplegar

³⁴⁵En el *compliance program penal*, se traduce en la «protocolización de los procesos de formación de voluntad, toma de decisiones y su ejecución en la persona jurídica», *vid. infra* pp. 282-292.

esos principios. La finalidad es delimitar responsabilidades, penales y de otra naturaleza, incidir en políticas de respeto por el cumplimiento, aumentar los sistemas de control interno, fomentar la transparencia y limitar al máximo las asimetrías informativas en la organización.

A tal fin, el fenómeno de la autorregulación regulada consagró una aplicación de modelos progresivos, compuestos por varios niveles y que quedaron ordenados de la siguiente manera: un primer nivel, compuesto por avisos y recomendaciones (ejemplo de ello sería la obligatoriedad del uso de canales de información corporativos para garantizar el modo en que discurre la información y control de conductas). Un segundo nivel, consistente en la materialización de investigaciones disciplinarias puestas en marcha con un escrupuloso respeto a la normativa de carácter público vigente (puede señalarse, como ejemplo de su traslación al ámbito actual, los procesos internos abiertos tras la presentación de una denuncia³⁴⁶ por medio del canal habilitado). En este contexto, debe cumplirse de manera escrupulosa la normativa de protección de datos, así como las instrucciones aplicables de la propia agencia de protección de datos. También formaría parte de este nivel la publicación regular de informes de rendición de cuentas y adopción de *modelos de organización y gestión*, solventes y detallados

Igualmente, se contempla la posibilidad de imponer sanciones disciplinarias³⁴⁷, como apercibimientos y sanciones leves en el ámbito laboral, sanciones por incumplimientos de normativa mercantil respecto a directivos y satisfacción de responsabilidades civiles ante conductas no delictivas por incumplimientos frente a terceros. Este tipo de medidas configurarían el tercer nivel y la intensidad o gravosidad de las mismas dependería de la infracción cometida. Finalmente, el último nivel estaría determinado por la atribución de la responsabilidad penal. Medidas privativas de derechos para los individuos y aplicación de consecuencias accesorias a entes corporativos o, como hoy día ya sucede en el ordenamiento penal español, aplicación de penas para las personas jurídicas.

³⁴⁶Sobre esta cuestión, con mayor profundidad *vid. infra* pp. 306-314.

³⁴⁷Con respecto al establecimiento de un sistema disciplinario que castigue el incumplimiento, *vid. infra* pp. 314-323.

Para la aplicación de estos niveles habría de considerarse la conducta de los miembros de la empresa respecto al cumplimiento de las exigencias impuestas por la Administración. Obligaciones tales como la elaboración de informes regulares de rendición de cuentas y políticas de transparencia, etc.

En definitiva, la autorregulación regulada propugnó un sistema piramidal que ofrece tanto medidas preventivas como punitivas, internas y externas: desde el control informal interno en la base de la pirámide, hasta la articulación y aplicación de medidas de derecho público, que podrían culminar en un proceso con atribución de responsabilidad penal. Como se ha ido haciendo referencia, y puede deducirse con claridad, este conjunto de elementos que estructuran el arquetipo de la clásica autorregulación no sólo parece gozar hoy días de plena validez, sino que se mantiene de total actualidad, pues podemos observar numerosas coincidencias con el modo en que se ha ido articulando la responsabilidad penal de las personas jurídicas y con las exigencias concretas de los *compliance programs*.

4.3. Elementos de la propuesta para la fundamentación y análisis metódico de la responsabilidad penal corporativa y los *compliances*.

4.3.1. La persona física y la acción social: la teoría de la elección racional

Como se ha ido exponiendo, no es nada nuevo que el Derecho penal se vea influido por las ciencias sociales, del mismo modo que el Derecho en general influye en ellas. Por ello, las concepciones en la doctrina penal acerca de la libertad de acción individual, la trascendencia del contexto social o su relevancia penal han ido cambiando en función de teorías filosóficas y sociales (neokantismo, funcionalismo, etc.) intentando ofrecer conceptos tendentes a dar respuesta a los problemas que plantean todos supuestos. Un esfuerzo que parece resultar estéril hasta el momento. Cómo no, esa dificultad se acentúa en los casos relativos a delitos cometidos en grandes empresas, pues los comportamientos delictivos en el seno de organizaciones complejas

suelen responder a dinámicas de intereses y estrategias mucho más difusas y complejas.

Recientemente, la corriente de aproximación económica del Derecho también ha tratado de ofrecer a la ciencia penal un sustrato teórico de carácter instrumental bajo la que englobar todo tipo de actividad delictiva. Como señalan CONGREGADO RAMÍREZ DE AGUILERA/ POMARES HERNÁNDEZ/ RAMA MATÍAS³⁴⁸, los defensores del enfoque económico del Derecho, auspiciados por los premios Nobel de economía RONALD COASE y GARY BECKER, por el juez RICHARD POSNER³⁴⁹ y por el *Journal of Law and Economics*, han creído ver en la teoría de la elección racional la fuente sobre la que construir una teoría válida para analizar y fundar la conducta con carácter general.

Como expondré, al igual que teorías precedentes, este nuevo objetivo presenta muchas lagunas, pero es pertinente que sea expuesto porque enlaza el modelo de la rendición de cuentas y una noción más refinada de los modelos de elección racional, aspectos de partida para una teorías más elaboradas y fiables de análisis del comportamiento de los individuos en contextos sociales. En este apartado se describirán cuáles son los fundamentos de esta teoría, para comprender mejor por qué todo ello ha dado lugar nuevos y reforzados modelos de la rendición de cuentas y autorregulación regulada, cuyo éxito e influencia en los ordenamientos jurídicos es el germen de la adopción generalizada de los *compliances*.

La teoría de la elección racional considera que la acción social es un producto de la suma de actuaciones de los diversos individuos. Pero cuyo sustrato respeta la consideración de la persona física como el único con plena capacidad para decidir de manera autónoma y con psique propia -postulado de la responsabilidad vicarial-. Se trata de una percepción cuya dimensión analítica intersubjetiva y social del comportamiento comparte algunas nociones con las teorías comunicativas de la acción, con aquellas de carácter ecléctico o incluso con el propio funcionalismo.

³⁴⁸CONGREGADO RAMÍREZ DE AGUILERA, E./POMARES HERNÁNDEZ, I./RAMA MATÍAS, E.; «Análisis económico del Derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente», en *Derecho y Conocimiento*. Vol. 1, 2001, pp. 331-339.

³⁴⁹POSNER, R.; «Optimal Sentences for white collar crime» en *American Criminal Law Revue*, núm. 17. 1980, p. 409 y ss.

Sin embargo, para esta teoría la conducta tiene su origen real y sustento en las decisiones que toma el individuo –por sí mismo–, en la reflexión de las consecuencias de esas decisiones y en las motivaciones u objetivos del individuo, lo que hace que, en mi opinión, se vincule o pueda vincularse inexorablemente a los fundamentos del modelo de heterorresponsabilidad penal. Bajo esta concepción, el individuo siempre tratará de maximizar su beneficio, sea lo que sea ese beneficio: ganar dinero, impedir el delito, casarse, etc. (o particularmente para los directivos: ascender en el organigrama, recibir un *bonus*, ser beneficiario de una póliza, aumentar la productividad...). Dichos matices, nada irrelevantes, son los que la diferencian de las demás corrientes.

La teoría formal de la decisión, que es el fundamento primordial de las teorías económicas y sociológicas de la elección racional, se caracteriza, pues, por los siguientes elementos centrales³⁵⁰:

Comienza con el supuesto de que una persona física tiene que tomar una decisión cualquiera y sobre la que se dan por supuestas sus preferencias, pero no entra a realizar un análisis de la naturaleza de las preferencias de los individuos (objeto de otras disciplinas) ni por qué las personas tienen preferencias por unas cosas en vez de otras (cumplir con la ley o violarla, por ejemplo). Desde la perspectiva formal que adopta esta teoría, lo relevante tan sólo es que dichas preferencias sean lógicas: no se puede preferir una cosa y no preferirla a la vez y las preferencias tienen que ser transitivas (si A es preferido a B y B es preferido a C, A es preferido a C).

En el caso de que dichas exigencias no se cumplan, resultará inverosímil saber qué es lo que la persona prefiere; no se podrán ordenar (jerarquizar) sus preferencias y la teoría de la decisión considerará que dicha persona no elige racionalmente o de una manera lógicamente consistente. Un individuo que toma decisiones racionales para realizar un comportamiento no puede preferir X en vez de Y e Y vez de X a la vez. Si viola dicha transitividad, sus elecciones serán perjudiciales para sí mismo. Pero, si se

³⁵⁰BELL, D./ RAIFFA, H./ TVERSKY, A.; *Decision making: descriptive, normative, and prescriptive interactions*. Cambridge, 1988; ELSTER, J.; *Tuercas y tornillos. Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*, Barcelona, 1990; SATZ, D./FEREJOHN, J.A.; «Rational choice and social theory», en *Journal of Philosophy*. Vol. 91, n.º 2, 1994.

da la lógica transitividad, se podrá atribuir al individuo una *función de utilidad*³⁵¹. Mediante esta *función de utilidad* se jerarquizan las preferencias de elecciones del individuo y podemos conocer cómo dichas preferencias influirán en su toma de decisiones, algo que, en principio, puede resultar extraordinariamente muy valioso a la hora de elaborar un programa de cumplimiento o modelo de organización y gestión.

Según esta teoría, para realizar el análisis de la decisión en estos términos es necesario identificar el conjunto de opciones posibles desde la perspectiva de quien toma la decisión (su *conjunto factible*) y un *conjunto de consecuencias* de cada una de las opciones, consecuencias que se puedan anticipar y ordenar según las preferencias del individuo. Se supone que, dado su conjunto factible, el individuo elegirá aquella opción que tenga, o crea que tenga, las mejores consecuencias, es decir, la que prefiera más. Y esta base formal da pie a dos interpretaciones distintas de la conducta de los individuos, una *interna* al propio individuo y otra *externa*.

Desde la interpretación «interna» de la elección racional, se considera que esta teoría describe lo que ocurre realmente en nuestra psique cuando tomamos una decisión.³⁵² La interpretación interna supone que las preferencias de los individuos deben ser lógicas y que sus creencias se deben basar en la información de que disponen. Pero el internismo supone, además, que las entidades mentales, como deseos, preferencias o creencias, están causalmente vinculadas con las decisiones de los individuos, dado que les proporcionan razones para la acción: creencias y preferencias son hechos mentales que motivan al agente y explican su acción. Si una persona elige X en vez de Y es porque cree que X satisface mejor sus preferencias. Esa creencia y ese deseo interno, subjetivo, causa su acción. En esta perspectiva interna, la teoría de la elección racional es tanto explicativa como normativa. Teniendo en consideración las creencias, preferencias individuales y su papel como razones para la

³⁵¹Consiste en la asignación de un índice a las preferencias de la persona física. De ese modo se clasifican en orden ascendente, de lo menos preferido a lo más preferido. Por ejemplo, si con un presupuesto X una persona prefiere los vehículos Renault antes que los Seat y los Seat antes que los Citroën, a la hora de comprar un coche esas preferencias influirán en su decisión. Los Citroën estarían en último lugar, en segundo lugar los Seat, y Renault en el primer puesto. Dicha jerarquización de preferencias también se da cuando un individuo que ocupa un puesto en el organigrama de una corporación tiene prioridad por ser trasladado a un centro laboral, obtener una retribución extra o hacerse con determinado puesto directivo en lugar de otro. Dichas aspiraciones provocan que el sujeto decida realizar unas conductas en lugar de otras.

³⁵² SATZ, D.; / FERENJOHN, J.A.; «Rational choice and social theory», *op. cit.*, p. 71-87.

acción, la teoría no sólo explica la conducta de los individuos –por qué toman las decisiones que toman y no otras–, sino que justifica normativamente esas decisiones en la medida en que son las mejores que puede tomar el individuo para maximizar su interés, siempre y cuando, claro está, el individuo tenga la suficiente información y no se engañe.

Por otro lado, la concepción «externa» de la teoría de la elección racional considera que a lo único que se puede apelar realmente es a la conducta externa de los individuos sin tener en cuenta su voluntad ni el fin que persiguen. Se trata de un enfoque conductista, pues lo que ocurra en el interior de cada uno de nosotros es algo desconocido, una caja negra en la que no se puede entrar. «Creencias» y «preferencias» son etiquetas que empleamos para describir la acción individual, pero no se trata de hechos mentales reales o, si lo son, no podríamos saberlo. Para explicar la acción individual no es preciso, pues, acudir a las razones del individuo para la acción. Resulta suficiente con describir su comportamiento. Si una persona elige X en vez de Y, decimos que «prefiere» X a Y. A ello es a lo que SAMUELSON denominaba preferencia revelada: el individuo revela su preferencia al decidir y actuar en consecuencia.

En la elaboración de un *compliance program*, que incorpora reglas de obligado cumplimiento que condicionan la actividad de quienes se encuentran tras la persona jurídica, es crucial atender a la motivación de los individuos para la acción. El motivo central que la teoría de la elección racional destaca para explicar la acción es el concepto de *maximización del beneficio*, maximización que puede estar limitada, por ejemplo, por la información con la que cuente la persona (si la persona que tiene que tomar una decisión carece de la información necesaria, circunstancia que suele darse en supuestos de asimetrías informativas, falta de formación específica o rendición de cuentas deficitaria, diremos que se halla en un contexto de incertidumbre).

Por otro lado, cuando se elabora un *compliance* también debería tenerse muy en cuenta que las decisiones de los individuos no se toman de forma aislada. La mayoría de las veces, las decisiones de una persona o de varias personas dependen de las decisiones de los demás: se trata de decisiones estratégicas en las que la acción y beneficio individuales depende de las acciones y beneficios de los demás.

Esta forma de concebir la acción de la persona física, en la que la conducta del individuo depende con carácter prioritario de sus preferencias y estrategias – *Individualismo Metodológico* –, pero donde también se recoge la influencia del entorno o contexto social en el que se encuentra, debiera ser la que se tome como punto de partida para elaborar unos modelos de organización y gestión eficaces. En ese contexto corporativo que puede llamarse «institución»³⁵³, se imponen limitaciones, constricciones y preferencias a través de pautas o procedimientos compartidos por los miembros de tal institución que deben añadirse al análisis del comportamiento tendente a la maximización del beneficio de cada individuo. Como se verá en el próximo apartado, la verdadera toma en consideración de la influencia del contexto social, de la «institución» es conocida como *Nuevo Institucionalismo de la Elección Racional*, donde se concibe a la organización como un conjunto de individuos -no como un ser autopoietico que se autorregula y dirige a si mismo-. Pero a su vez, no es similar a la mera suma de personas físicas pues ese ente configurado por interacciones, constricciones e influencias hacen que, en cierta manera, sea un elemento a considerar. Esta concepción, desde un plano dogmático penal, vendría a explicar la transferencia de responsabilidad por hecho ajeno (del individuo) hacia el ente corporativo, pues esas influencias y constricciones -insisto, configuradas por los individuos que son los que detentan la verdadera psique y capacidad de acción- explican sociológicamente y provocan que políticamente el ente corporativo pueda ser declarado penalmente responsable.

Volviendo a la clásica teoría de la elección racional; se trata de una corriente que ha tenido una enorme influencia en el Derecho anglosajón, sobre todo, en lo que se conoce como enfoque económico. De la mano del juez POSNER³⁵⁴, pionero en el desarrollo de este enfoque, la elección racional ha tratado de dar cuenta de los más diversos fenómenos jurídicos, desde los procesos de desarrollo de nuevas leyes, hasta

³⁵³Aunque desde el punto de vista planteado se parte de la similitud de conceptos, según la perspectiva de análisis podría distinguirse entre «institución» y «organización». Sobre esta cuestión *vid.* TENA SÁNCHEZ, J., «Estrategias de diseño institucional, cumplimiento y virtud cívica», en *Revista de Ciencia Política*. Vol. 29, n.º 1, 2009, p. 86.

³⁵⁴POSNER, R.A.; *The Economics of Justice*. Harvard, 1983.

la interpretación que de estas efectúan jueces y fiscales, pasando por la relación entre normas legales, éticas y sociales, entre otros muchos temas.

En ámbito del Derecho Penal, cierta influencia de la elección racional se ha dejado notar sobre todo en el denominado principio de los «cristales rotos» (*broken windows*). Desde este enfoque económico se considera que toda acción tiene un coste (tiempo, esfuerzo, dinero...) y un beneficio (dinero, prestigio, reputación...). Los costes de incumplir la ley se deben elevar enormemente para que los posibles beneficios de incumplirla no compensen, lo que puede ligarse con la función preventivo-especial de la pena. Así, si un joven rompe una ventana por gamberrismo y la sanción es muy suave, tendrá incentivos suficientes para romperla otra vez. Si la sanción es muy severa, no tendrá incentivos. Además, la gravedad de la sanción servirá de ejemplo a los demás de lo costoso que es violar la ley (función de prevención general de la pena). El enfoque económico traslada, pues, de forma directa, el análisis coste-beneficios³⁵⁵ de la microeconomía. Se trata de valerse de la idea del *strong deterrent effect*.

Por su propia naturaleza, el análisis de las responsabilidades, incentivos y sanciones en las empresas –que consideraremos instituciones desde un punto de vista economicista– ha parecido siempre un contexto muy adecuado para que se le aplique el enfoque económico del Derecho. Las decisiones empresariales –delictivas o no– parecen ser terreno propicio para el análisis y aplicación de los principios de la elección racional, pues la conducta de los responsables de las empresas, ya sean los mismos propietarios, administradores o mandos intermedios, parece que se atienen claramente al principio de *maximización del beneficio* que la elección racional adopta como motivo principal de la acción social. Cuando el comportamiento de aquellos que ostentan puestos de responsabilidad en el organigrama de la empresa se ajusta a la legislación vigente en cada país, su objetivo no es otro que obtener el máximo beneficio para la empresa y, en última instancia, para sí mismos. Pero cuando violan la ley, su

³⁵⁵Parece obvio que aplicar únicamente un incremento del coste de la sanción o la intensidad de la pena no es efectivo. Así parece suceder en supuestos donde los aspectos culturales o religiosos están fuertemente enraizados (p. ej.: violencia doméstica, yihadismo, etc.). Además, debe incorporarse el debido principio de proporcionalidad. El análisis coste-beneficio es muy interesante, pero hay que contar también lo que se llaman «beneficios internos» –las viejas virtudes: por ejemplo, la recompensa social por ser honrado, la recompensa personal, etc.

objetivo es el mismo: maximizar el beneficio. De ahí que la «receta» del enfoque económico consista, de nuevo, en aumentar el coste de violar la ley. ¿Pero qué ocurre con quien trabaja en la empresa y no tiene funciones directivas? En principio, en tales casos se propugna, de igual modo, el principio de los *cristales rotos*: el que la hace la paga³⁵⁶.

Esta perspectiva se encuentra vinculada al *Individualismo Metodológico*³⁵⁷, que centraba su concepción en la idea de inexistencia de acciones colectivas o corporativas. Se considera pues, que toda acción corporativa o colectiva es el resultado en última instancia de la suma de decisiones individuales.

Por tanto, la teoría de la elección racional, una teoría radicalmente individualista, permitiría analizar y dar respuestas al problema del incumplimiento normativo de motivación económica: se trataría de un caso de búsqueda individual de maximización del beneficio a costa de violar la ley. Por ello, la responsabilidad sería siempre individual, y lo mismo el castigo. Sin embargo, adolece de un elemento relevante en el proceso de toma de decisiones de las personas físicas, como es la influencia del tejido social, del ente desdibujado en que estas personas se sitúan y las limitaciones que los grupos o instituciones de los que forma parte promueven o imponen -que, en última instancia son constricciones, reglas o influencias de origen en esos individuos que componen el ente organizado-.

En la jerarquización, por parte del individuo, de sus preferencias y, por lo tanto, de sus posibles conductas, éste también tiene en cuenta de una manera estratégica los posibles beneficios de la corporación o institución al que pertenece, circunstancia que debe ser tomada muy en cuenta a la hora de configurar el contenido de unos *compliance programs* que deberán prever, de un modo integral, el conjunto de influencias o posibilidades de actuación, y que deberán articular medidas para evitar que la suma de preferencias y estrategias individuales, e influencias institucionales, se traduzca en incumplimientos normativos.

³⁵⁶LARA, N.; «Teoría de juegos, ventanas rotas y negocios rotos», en AGUIAR, F./BARRAGÁN, J./LARA, N. (Coords.); *Economía, sociedad y teoría de juegos*. Ed. McGraw-Hill, Madrid, 2008, pp. 189-205.

³⁵⁷*Vid. supra* p. 30-31.

4.3.2. El nuevo institucionalismo de la elección racional: elemento medular para la responsabilidad penal corporativa de base antrópica

El olvido del papel de las instituciones (empresas, administraciones, asociaciones, fundaciones, partidos políticos, etc.) ha sido quizás el punto débil del llamado enfoque económico del Derecho, puesto que para este solo existía la acción individual con relevancia jurídica y poco más, lo que se traduce en la limitación a la aplicación exclusiva de la responsabilidad individual en el contexto jurídico-penal. El *Nuevo Institucionalismo de la Elección Racional*³⁵⁸ ha tratado de resolver de manera rigurosa este problema sometiendo al individualismo a una importante crítica.

Fundamentalmente, se han desarrollado tres líneas institucionalistas: el institucionalismo histórico, el institucionalismo sociológico y el institucionalismo de la elección racional. Las tres comparten suficientes aspectos esenciales como para incardinarse en el *Nuevo Institucionalismo*, aunque presentan también matices que provocan, a su vez, diferencias merecedoras de una breve exposición.

Estas corrientes conciben a las instituciones como normas, procedimientos y prescripciones compartidas –formales o informales– que vinculan o influyen sobre los actores sociales, estructuran sus actividades y sus interacciones recíprocas. Pero cada línea acentúa la preponderancia de determinados elementos sobre otros. De este modo, el *Nuevo Institucionalismo de la Elección Racional* se centra en la maximización del beneficio por parte de los individuos cuando actúan en el seno de las instituciones –lo que viene a ser, en el contexto que nos corresponde, las empresas y entidades corporativas con personalidad jurídica–. En cambio, el *institucionalismo sociológico* y el *histórico* acentúan el aspecto cultural de las instituciones y cómo éste determina las preferencias de sus actores sociales. Para estas líneas histórica y sociológica, los actores sociales crean reglas y procedimientos que, al mismo tiempo, determinan a los propios actores sus funciones. Se trata de una retroalimentación, puesto que la vinculación entre acción individual e instituciones es interactiva y mutuamente constitutiva. De ese modo, la institución (normas formales e informales, leyes, protocolos, funciones y roles

³⁵⁸LÓPEZ NOVO, J.; «Neoinstitucionalismo económico y teoría sociológica», en AAVV/LAMO DE ESPINOSA/RODRÍGUEZ IBÁÑEZ (Comps.); *Problemas de teoría social contemporánea*. Ed. Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), Madrid, 1993, pp. 291-327.

en corporaciones, administraciones, etc.) influye en la conducta del individuo e incluso la provoca. Un claro ejemplo de ello son los juegos en la etapa de la niñez: los niños adoptan unas normas que los determinan y, a la vez, les hace desarrollarse como personas con capacidad para seguir normas. La corriente histórica incide, además, en que la naturaleza de estas reglas o constricciones externas deviene del pasado, por lo que la ordenación vigente hoy en día pende del curso de los acontecimientos pretéritos (*path dependency*).

Para la teoría de la elección racional, lo que hacen las instituciones es fijar ciertos límites a la conducta maximizadora de los individuos mediante normas y procedimientos compartidos por los miembros de tal institución. La ley, los reglamentos, los protocolos o los programas de cumplimiento constituyen cuerpos normativos compartidos que impiden, por ejemplo, que nadie se enriquezca abusando de su posición con respecto a otros. Es decir, lo que se denominan *instituciones* serían, para la elección racional, constricciones externas a las que están sometidas las decisiones individuales; meras limitaciones impuestas sobre las preferencias de los individuos.

En principio, el institucionalismo de la elección racional consideraba a las instituciones como meras «constricciones exógenas». Eso, y nada más, sería una ley, un reglamento u otro tipo de norma: una limitación exógena a la conducta individual. En esto se basaba, como ya se expuso, el principio de los «cristales rotos». Sin embargo, este concepto limitado de la elección racional con una visión analítica limitada en exclusiva a responsabilidades individuales no parece realmente sostenible hoy día. El *nuevo institucionalismo* que influye en la *teoría de la elección racional* hace que esta ya no conciba únicamente a las instituciones como constricciones externas de la acción, sino que asuma la relación entre instituciones y acción individual como un proceso mutuamente constitutivo y, por tanto, significativo: los individuos que componen una organización o que forman parte de un entramado social crean unas reglas del «juego» –instituciones– que influyen sobre ellos y sobre los futuros agentes sociales.

Este presupuesto, explicaría con solvencia en el ámbito jurídico-penal, la implementación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en un modelo donde

sólo el individuo tiene capacidad para realizar una conducta delictiva (en un sistema de corte vicarial, en definitiva), pero donde existen constricciones, influencias y regulaciones interna que influyen cuando éste es miembro de una organización. Y ello, vendría a fundamentar la propia existencia de los *compliance programs*: la conducta penalmente relevante es la que deviene de la decisión de la persona física, pero en la medida en que ésta siempre toma en consideración el contexto social, es decir, la persona jurídica en la que se inserta, atribuir a ésta consecuencias negativas derivadas de su forma de proceder condicionará su propia toma de decisiones (delictivas). Al mismo tiempo, al suponer constricciones a las que se someten las decisiones individuales, los *compliances* o modelos de organización y gestión resultan absolutamente necesarios para limitar o encauzar la capacidad de decisión del sujeto individual haciéndole desistir del comportamiento delictivo y fomentar conductas de cumplimiento normativo.

Es decir, estos presupuestos teóricos que se están abordando, explican los *compliances* y coadyuvan de manera trascendental a la hora elaborarlos y hacerlos más eficaces. Pero, al mismo tiempo, por tratarse de teorías explicativas de la conducta de las personas físicas en entornos organizados que detentan una validez y solidez acreditadas, explican y pueden cimentar una visión antrópica de la responsabilidad penal corporativa. Modelo en el cual, y desde el punto de vista estrictamente Penal, el individuo continúa detentando la exclusividad de la psique y verdadera capacidad de realizar una conducta delictiva, pero donde el ente corporativo puede responder penalmente por razón su propia configuración a raíz de unas constricciones, limitaciones y procedimientos generados y evidenciados en la organización - dimanantes de los individuos, pues, insisto, el ente carece de verdadera sustantividad propias-.

Si fruto del análisis de dichas constricciones (que se materializan en los *compliance programs*) se evidencia su inexistencia desde un punto de vista material o la ineficacia de las mismas a la hora de prevenir decisiones o comportamientos estratégicos que puedan derivar en incumplimientos o riesgos de relevancia penal, se evidencia la existencia de un déficit organizativo; este extremo que implica la

posibilidad de que pueda darse el «hecho de conexión»³⁵⁹, lo que por razones político-criminales motiva que deba transferirse la responsabilidad penal a la persona jurídica³⁶⁰. En cambio, si se aprecia la configuración de unas constricciones, limitaciones o procedimientos tendentes y motivadores para que en el seno de la persona jurídica no acaezcan este tipo de ilícitos se paraliza la estimación del «hecho de conexión» (no hay defecto en las contricciones) y no puede transferirse responsabilidad al ente pues no se da el requerido déficit organizativo.

El *institucionalismo de la elección racional* no se limita a introducir el contexto social en la decisión individual, sino que ofrece también un análisis de conjunto acerca de la estructura de las propias instituciones (de las normas). Y lo hace, además, sin quebrar el edificio de las ciencias sociales en múltiples frentes irreconciliables (económico, político, sociológico, jurídico, histórico, filosófico). Ello es posible gracias a OSTRUM, brillante politóloga, ganadora del Nobel de Economía en 2009, que configura una teoría que reúne el análisis institucional, la teoría de la elección racional y la teoría de juegos. OSTRUM³⁶¹, destaca los siguientes elementos universales presentes en toda institución:

–*Participantes (individuales o corporativos)*

–*Posiciones que pueden ocupar los participantes*

–*Resultados potenciales que pueden obtener los participantes*

–*Conjunto de acciones permisibles, así como la función que vincula acciones y resultados*

–*Control de las acciones y los resultados por parte de los individuos según dicha función.*

–*Información disponible sobre acciones y resultados*

–*Costes y beneficios de acciones y resultados*

³⁵⁹Vid. *supra* pp. 63-65, entre otras.

³⁶⁰Vid. *supra* pp. 86-87.

³⁶¹OSTROM, E.; *Understanding Institutional Diversity*. Princeton, 2005, p. 32.

En efecto, toda relación social institucional se construye con esos elementos, a partir de los cuales se pueden deducir las reglas, procedimientos y prescripciones a las que denominaremos «instituciones». Por ello, estos elementos deben ser la base para tener en cuenta a la hora de configurar un programa de cumplimiento normativo.

En relación con los participantes individuales y las instituciones como entes colectivos, cabe destacar que el nuevo institucionalismo acepta la existencia de actores corporativos, pero ello no significa que deba atribuírseles capacidad de acción penal. No aceptar la existencia de las organizaciones como participantes corporativos supondría caer en lo que se conoce como *falacia de la composición*: si no se acepta la existencia, influencias y relevancia de esta tipología de sujetos colectivos, se considerará, por ejemplo, que la fuerza que detenta un batallón no es nada más que la resultante de la suma de la fuerza de los individuos que lo componen, pero esto es falso.

Con respecto a las posiciones que pueden ocupar los participantes, los resultados, sus acciones y los controles existentes, debe apuntarse que, en el caso de instituciones complejas, como son las grandes empresas, es imprescindible conocer y tener clara la posición o cargo que se ostenta, así como las funciones o responsabilidades asumidas. Ello conlleva tener en cuenta el organigrama de la empresa y la normativa aplicable, pues la responsabilidad a la hora de tomar decisiones depende precisamente del lugar que se ocupa en el mismo. Las acciones que se pueden realizar vendrán limitadas por esa posición, así como los resultados que se pueden obtener dada la posición que se ocupa, y esto habrá de recogerse con total claridad en el programa de cumplimiento, aspectos que, como se expondrá en el siguiente capítulo, la normativa penal aplicable está contemplando, lo que evidencia la conexión y validez analítica de estas tesis.

Para el control de las acciones y resultados, es imprescindible tener un conocimiento detallado del conjunto de acciones posibles de cada individuo, los resultados de esas acciones, y los que se conozcan respecto a empresas de estructura y riesgos similares. Por esta razón, la clarificación de funciones y responsabilidades en organigramas y la articulación de mecanismos que determinen los flujos de

información en la institución son esenciales para obtener conclusiones acerca de quiénes tenían un mayor dominio del hecho, capacidad de control y dirección, poder de influencia, etc., en la actividad de la empresa.

La pregunta sobre quién dispone de la información tiene que ver con lo que hemos llamado aquí asimetría informativa. Pues bien, el enfoque económico del Derecho prestó especial atención al problema de las asimetrías informativas. La teoría de la elección racional ortodoxa partía del supuesto irreal de que los costes de información eran nulos y que, por tanto, todos los individuos tenían la misma información, una idea que traía su razón de ser en una noción de mercado perfectamente competitivo en el que todos los agentes saben lo mismo. Sin embargo, la realidad nada tiene que ver con esto. Como se expondrá en el epígrafe siguiente, los desarrollos de la teoría de juegos han evidenciado la importancia de la asimetría informativa en las decisiones humanas. En concreto, el desarrollo del conocido *juego del principal y el agente* ayuda a entender las dificultades para atribuir responsabilidades a los sujetos en el seno de una institución. Puede adelantarse que, en el *juego principal-agente* se estudia la relación estratégica existente entre un actor social (un «jugador»), al que se denomina el principal, que es quien delega cierta responsabilidad en otro, el agente. Si el principal posee información que el agente desconoce (que genera lo que conoceríamos en Derecho penal como error de tipo o error de prohibición, según el caso), éste puede estar cometiendo una acción delictiva sin saberlo. Cuando estas situaciones culminan en una sentencia condenatoria, hablaríamos de los casos, bien conocidos y ya referidos «chivos expiatorios». Pero también pueden darse supuestos (de hecho, se dan) en los que quien tiene información privilegiada sea el agente, que la emplea para actuar en beneficio propio perjudicando al principal que ha confiado en su trabajo. Pues bien, en todos los casos procesos de toma de decisiones, de delegación de atribuciones o competencias, en supuestos de desarrollo de funciones especializadas o en aquellos de ejercicio de deberes de control -que vienen a coincidir con aquellos elementos que ha de detallar un *compliance*-, existen o pueden existir, problemas de información estratégica que se puede ser metódicamente analizados por medio de un juego entre un principal y un agente.

Por último, los costes y beneficios de acciones y resultados suponen otro elemento trascendental para tener en cuenta. Mientras que en la teoría de la elección racional y el enfoque económico ortodoxo del Derecho se ponía todo el énfasis en el análisis coste-beneficio de cumplir/transgredir la ley, el nuevo institucionalismo (según la línea de OSTROM, que centra la propuesta de este apartado) no lo desatiende, pero no le da el papel primordial que tenía. Los costes y beneficios de los comportamientos de los individuos y de los resultados de los mismos están muy relacionados con las motivaciones de las personas para abordar una acción –en nuestro caso, buscar el máximo beneficio empresarial a través de medios legítimos o ilegítimos–. Con todo, la idea de beneficio es compleja y, como sabemos, no siempre está relacionada con la idea de beneficio económico, sino que existen otras motivaciones personales (envidias, mínimo esfuerzo o implicación, dejadez en la realización de controles, ascensos sin repercusión salarial, movilidad funcional, etc.) que pueden suponer aspectos fundamentales para entender la conducta de los individuos, predecirla y «redirigirla» a través del desarrollo normativo previsto en los *compliance programs*.

Estos elementos propios de toda institución o instrumento normativo de control no responden a la idea de un sistema autoorganizado y autorreferencial (como se propugna en el modelo puro de autorresponsabilidad penal), sino todo lo contrario. Son los propios individuos los que crean el sistema o institución determinada, y son ellos también los que pueden causar su destrucción. La organización en la que se encuentra el individuo influye, por supuesto, pero lo hace en la medida en que son los propios individuos quienes constituyen normas, procedimientos y prescripciones compartidas –formales o informales– que les vinculan; quienes estructuran sus actividades y sus interacciones recíprocas. Se trata de un factor que necesariamente debe tenerse en cuenta, y esa consideración en el ámbito penal se materializa en el modo de normativizar las obligaciones, responsabilidades y procedimientos a través de los *compliances*, así como la forma de hacerlos cumplir. Por ejemplo, constituye un papel primordial de los miembros directivos aprobar formalmente la adopción del sistema de cumplimiento y dotar de recursos necesarios a la *función de compliance* para asegurar su implementación efectiva, pero también resulta indispensable liderar todas las medidas tendentes al cumplimiento normativo y control de riesgos entre el

resto de individuos de la corporación *-tone from the top*³⁶²-. La importancia de las personas físicas que ejercen la alta dirección o la administración de la empresa se hace patente.

4.3.3. La teoría de juegos y tesis economicistas: postulados explicativos y herramientas de análisis pragmático

«Las prácticas que conducen a la formación del orden espontáneo tienen mucho en común con las reglas observadas al jugar un juego [...] Un juego constituye en realidad un claro ejemplo de un proceso en el cual la obediencia a reglas comunes por elementos que persiguen fines diferentes y aún propósitos contradictorios dan como resultado un orden global» (FRIEDRICH HAYEK, *The Fatal Conceit*, Chicago, 1988).

Con estas palabras, HAYEK transmitió a los juristas que realmente el Derecho no se constituye, al menos no sólo, como resultado de la acción de los poderes públicos, sino que se apunta la posibilidad de que el Derecho sea una producción espontánea. Para ello es preciso mostrar que los componentes esenciales del Derecho pueden surgir sólo de la interacción de ciudadanos. Como paradigma de esta máxima, puede reflejarse el ejemplo propuesto por MACKAY³⁶³: *«Si los contratos fuesen ejecutados de modo infalible, no suscitarían ningún problema legal. Pero no lo son, y caer en la tentación de hacer algo a regañadientes es precisamente lo que plantea el problema jurídico. Si una parte ya recibió una prestación y está comprometida a dar la contraprestación sólo más adelante, resulta tentador no respetar el compromiso adquirido. Uno podría decir que se trata de un incumplimiento “estratégico”, engañando a la buena fe de la contraparte. El riesgo de un comportamiento estratégico en la ejecución de un contrato, la tentación de engañar a la buena fe de la contraparte, para el jurista significa que existe un problema de enforcement, es decir de aplicación del contrato. La cuestión que se plantea es si respetar en estas circunstancias el*

³⁶²Vid. *supra* p. 134.

³⁶³MACKAY, E.; «La Teoría de los Juegos se apodera del Derecho», en *Droit et Société*, 1991.

contrato puede asegurarse sin recurrir a una autoridad pública, que detenta el monopolio de la coacción».

La teoría de juegos se ha venido integrando en el ámbito de las ciencias sociales y jurídicas desde finales de los años 70. En un primer momento se ocupó de estudiar el modo en que surge un «orden espontáneo» entre las personas, para analizar de inmediato cómo los individuos se unen para articular medios de cooperación, aunque ostenten la posibilidad de abusar unos de otros. «Sin sociedad no hay derecho» o «allí donde la gente vive en sociedad, habrá Derecho». El propio Hobbes manifestaba su preocupación por las elevadísimas posibilidades de que se desencadenasen guerras entre los ciudadanos en caso de no existir una ordenación, una autoridad. Pero hasta en las guerras surgen regulaciones o modelos de comportamiento de los individuos, como son las convenciones internacionales.

Esta concepción explica cómo los individuos, a través de su comportamiento racional y con sustento en las interacciones con otros, se dotan de regulación. Estas situaciones originan normas de coordinación o convenciones que culminan en organizaciones políticas, mercantiles, civiles y, en última instancia, en el Pacto Social que puede materializarse en una Constitución. Es más, esta teoría es incluso apropiada para realizar un análisis del poder como potestad coercitiva reservada al Estado y de cómo surgen el resto de entidades e instituciones, pudiendo también ayudar a dilucidar cómo el Estado ha ido creciendo en estructura y desarrollando normas en los regímenes democráticos y sociales contemporáneos. En un primer momento, antes de la aparición de la teoría de juegos, las interacciones humanas, las posibilidades de actuación y los resultados ante la cooperación (la confianza, el abuso o la explotación entre individuos), fue analizado con detenimiento por muchos autores (Maquiavelo, Montesquieu, Hume, Locke o Adam Smith). Estos pensadores estudiaron los comportamientos de manera estrictamente ética, política o jurídica, sin embargo, sólo cuando se ha configurado la teoría de juegos ha sido posible comprender profundamente la configuración de las instituciones. Como artículo primigenio que abordaba la teoría de juegos en el derecho puede citarse a ULLMANN-MARGALIT³⁶⁴; con

³⁶⁴ULLMANN-MARGALIT, E.; *The Emergence of Norms*, 1977.

posterioridad sobresale AXELROD³⁶⁵, pero fue ELSTER³⁶⁶ quien destacó en su estudio sobre cómo surge el orden espontáneo, a lo que denominó “el programa de Hayek”. En puridad, se trata de una importantísima reflexión para el mundo del Derecho. Este autor defiende y argumenta que las fuentes del Derecho no surgen *ex novo* por el legislador, sino que realmente devienen de otros fenómenos más remotos, pero también menos arbitrarios. Es decir, la teoría de juegos ayuda a clarificar cómo las instituciones surgen y trabajan para dar respuesta a las paradojas de las relaciones entre sujetos que interactúan.

Pero no sólo esa es la virtualidad de la teoría de juegos. También cumple un papel destacado como medio de análisis del comportamiento de los individuos³⁶⁷. Así, viene siendo utilizada para estudiar las conductas del consumidor con relación a productos y servicios; para determinar posibles errores humanos o técnicos en materia aeroespacial; para estudiar los probables movimientos del oponente en el ámbito de los enfrentamientos bélicos o diplomáticos, etc. Los resultados y conclusiones que se extraen de estos estudios se evidencian extraordinariamente acertados para comprender, desde una perspectiva analítica y estratégica, aquello que sucede o puede suceder.

Se trata, por tanto, de la utilización de una metodología experimental que ayuda a entender, e incluso predecir, qué conductas pueden realizar aquellos que componen las instituciones o cuál es la probabilidad de actuar de una u otra manera. Pues bien, a través de esta teoría podemos conocer la causa y analizar los resultados de las tensiones o alianzas entre agentes que intervienen en el seno de una persona jurídica, pudiendo prevenir cómo actuarían a partir de un conjunto de elementos como pueden ser las responsabilidades que detenta en dentro del organigrama, los riesgos inherentes a su puesto, los controles establecidos, el sistema disciplinario, la formación

³⁶⁵AXELROD, R.; *The Evolution of Cooperation*, 1984.

³⁶⁶ELSTER, J.; *The cement of society: a study of social order*, 1989.

³⁶⁷Un ejemplo reciente de la importancia actual de la teoría de juegos en el ámbito de las ciencias sociales, pueden destacarse a los Premios Nobel de Economía 2013 (EUGENE F. FAMA, LARS PETER HANSEN Y ROBERT J. SHILLER). Sus respectivas obras recogen exhaustivas propuestas y teorías que se ocupan del análisis el comportamiento económico de los individuos.

recibida y los incentivos o perspectivas de maximización de beneficios que se abren como consecuencia de las estrategias de cooperación con otros agentes.

Un ejemplo sencillo de juego, cuya exposición permite comprender con mayor facilidad la dinámica de esta teoría, es el conocido como *Dilema del Prisionero*. Este juego se explica del siguiente modo: dos presos que no pueden comunicarse entre sí deben decidir si confiesan o no su delito. Si ambos confiesan, la pena queda reducida a un año para ambos por colaborar con la justicia; pero si uno confiesa y el otro no, éste se libra de la cárcel y el peso de la ley cae sobre quien confiesa, que va tres años a la cárcel al asumir toda la culpa. Ahora bien, existen pruebas suficientes para condenar un par de años a los dos presos si ninguno de ellos confiesa. La matriz del juego es la siguiente:

	Confesar	No confesar
Confesar	1 año, 1 año	3 años, 0 años
No confesar	0 años, 3 años	2 años, 2 años

Salta a la vista que lo que más interesa a los presos es quedar libres, por lo que optarán por no confesar. Esa es la decisión más racional desde el punto de vista individual, pues se trata de una estrategia dominante: haga lo que haga el oponente, no confesar es la mejor respuesta de cada jugador. Sin embargo, al elegir ambos «no confesar» salen peor parados que si hubieran elegido «confesar», lo cual demuestra que el equilibrio de Nash puede tener consecuencias estratégicas perversas; en este caso la racionalidad individual conduce a un resultado colectivo irracional. La forma general del juego es la siguiente:

	Confesar	No confesar
Confesar	A, a	B, c
No confesar	C, b	D, d

Orden de preferencias del Jugador de fila: $C > A > D > B$

Orden de preferencias del Jugador de columna: $c > a > d > b$

El éxito del juego ha sido tal que se ha aplicado a los campos más diversos, desde las Matemáticas, la Biología, la Economía o la Sociología hasta la Ciencia Política o la Psicología. En el terreno de las ciencias sociales, el dilema del prisionero se ha identificado con el denominado problema de la acción colectiva o problema del gorrón (*free rider*): en el marco de las organizaciones, como son las empresas, los trabajadores menos eficientes o menos concienciados sobre la importancia de cumplir con los procedimientos mantienen su estímulo para seguir sin aumentar su productividad, incumpliendo las normas (pues les supone cierto esfuerzo) y a su vez fomentan que aquellos que cumplen con rigor sus funciones dejen de creer en la empresa, en sus normas o sus valores.

Pues bien, el dilema del prisionero nos proporciona, efectivamente, una sencilla formalización del problema expuesto y al que se enfrenta la regulación jurídico-penal por parte del Estado frente a las empresas que, dados sus intereses, actúan de forma estratégica, esto es, adoptan un *compliance* si les beneficia: como se ha visto, al Estado podría interesarle promover la autorregulación, dado que el control desde fuera de las corporaciones sería extremadamente complejo y costoso. Por otra, frente a esa estrategia, el Estado podría preferir una interpretación jurídico-penal tradicional y no considerar los programas de cumplimiento, aunque las empresas los tengan y cumplan con ellos.

Frente a estas dos estrategias, las corporaciones pueden responder, a su vez, de dos formas: cumpliendo con su propia autorregulación o no cumpliendo. El resultado de cruzar estas cuatro estrategias (las dos del Estado y las dos de la empresa) se recoge en la siguiente matriz:

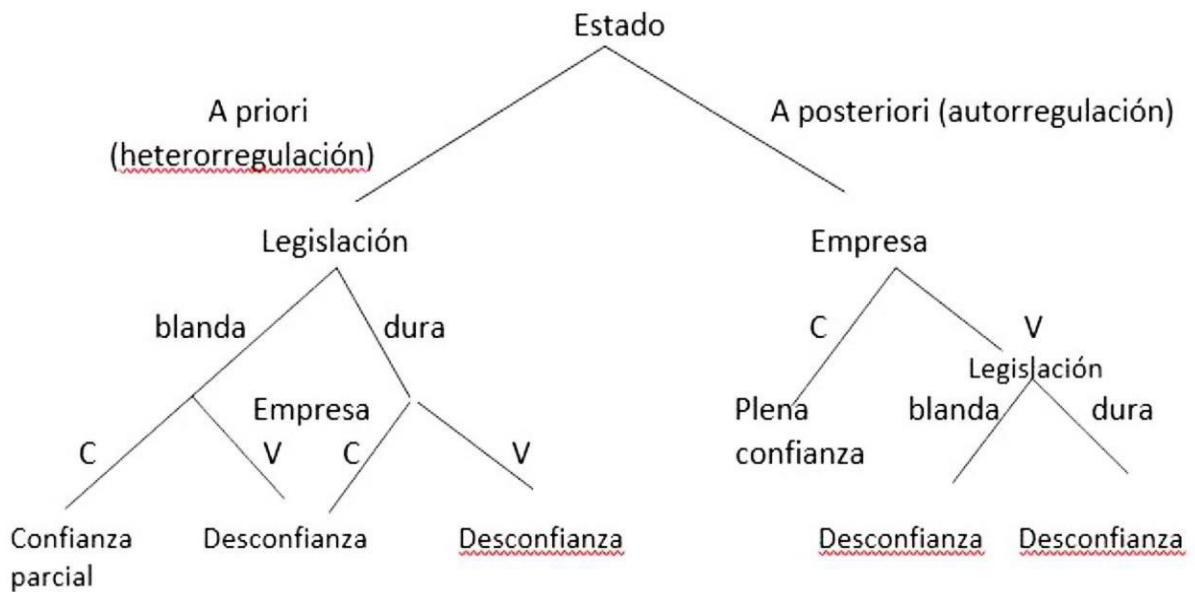
ESTADO

EMPRESA	Promover autorregulación	Heterorregulación
Cumplir <i>compliance</i>	3, 3	0, 4
No cumplirlo	4, 0	<u>2,2</u>

Juego de la autorregulación y el *compliance program*: dilema del prisionero

Dados los intereses de la empresa, lo que menos le beneficia es desarrollar medidas de *compliance* frente a un Estado que no vaya a tomarlas en consideración: no gana nada (de ahí el 0 en su resultado). Se vería en una situación como la del prisionero que confiesa cuando el otro prisionero no lo hace. No hay cooperación, y los programas de cumplimiento normativo necesitan la cooperación, la confianza, entre corporaciones y gobierno. Pero, a su vez, al Estado no le interesa promover la autorregulación si no confía en las empresas, dado que estas pueden verse tentadas a beneficiarse de unos *compliances* estratégicos (no efectivos), que en realidad no cumplirán, para salir beneficiadas por una legislación laxa y tolerante. El resultado final de esta interacción es que el Estado prefiere, por su lado, la heterorregulación, y la empresa, por el suyo, no cumplir con una autorregulación que tenía un carácter estratégico nada más. El *compliance program* fracasa: el resultado que se obtiene, (2,2), es peor que el que habrían tenido de haber confiado mutuamente, es decir, (3,3).

¿Cómo pueden salir Estado y las empresas u otras personas jurídicas de este círculo vicioso que les perjudica? El Estado tendría que emplear recursos costosos para vigilar a las empresas y éstas no se beneficiarían penalmente de la autorregulación. ¿Cómo se puede superar esta situación? Generando confianza, para lo cual, como se observará, el papel de la legislación –en este caso la relativa a la normativa penal en materia de *compliances* – es fundamental a la hora de encauzar a las empresas. Ese papel puede ser duro o blando *a priori* o *a posteriori*, tal y como se ve en el siguiente juego:



Desarrollo confianza entre Estado y persona jurídica: Juego extendido legislación- autorregulación efectiva

En este gráfico se representa la relación entre el Estado y la empresa como un sencillo juego en forma extendida. Pues bien, el Estado parte en este juego de dos opciones: desarrollar *a priori* una legislación dura o blanda o desarrollarla *a posteriori*, esto es, una vez que vea cómo responden las personas jurídicas.

En el primer caso el Estado parte de la desconfianza hacia la autorregulación de las empresas y en el segundo de la confianza. Sin embargo, en ambos casos la desconfianza es el resultado más general. La confianza es muy vulnerable, lo que implica que el resultado del dilema del prisionero expuesto más arriba era bastante sólido, aunque no es definitivo, pues la confianza es posible.

Efectivamente, si analizamos el juego en forma extendida por el lado izquierdo, puede verse que el Estado legisla a priori para «atar» a las empresas o resto de entes corporativos, antes incluso de que estas desarrollen sus autorregulaciones –lo que sería la implementación concreta y efectiva de los *compliance programs*–. Ahora bien, esa legislación puede ser blanda o dura, esto es, los castigos a quienes violan las

exigencias esenciales en materia de *compliance* pueden ser muy rigurosos o laxos, cosa que las empresas saben y, por lo tanto, actúan en consecuencia. Los entes corporativos pueden violar e incumplir las exigencias previstas respecto a los *compliances* (su propia autorregulación) (V), o no violarla (C) ante leyes duras o blandas. Si son duras, las empresas tienen un gran incentivo para cumplir y si son blandas tienen un gran incentivo para violar sus propias reglas, lo que genera desconfianza por parte del Estado, pues es consciente de que las empresas sólo cumplen por el temor a la ley, que es violada si es blanda. Por eso, las autoridades deben preferir siempre una legislación dura en estos casos, pues la confianza no existe. Sólo cuando la legislación es blanda y las empresas cumplen, tenemos el primer atisbo de que la confianza puede surgir, aunque sea de forma parcial (parcial porque el Estado no tiene la seguridad absoluta de que la empresa crea en la autorregulación firmemente, dado que hay una legislación que, aunque blanda, es *a priori*). Ahora bien, en este caso el Estado puede mantener la legislación menos estricta y rigurosa dado que la empresa ha desarrollado y cumplido su programa de autorregulación.

Por otra parte, si se analiza el esquema por el lado derecho, vemos que el Estado inicia el juego confiando en las personas jurídicas y, sólo después, si violan esa confianza, legisla para establecer las penas correspondientes. Si la empresa honra esa confianza, tendremos el único caso de confianza plena entre las dos partes. La empresa puede considerar autorregularse incluso sin el temor a la ley, sea blanda o dura. Sin embargo, si las empresas abusan de esa confianza el Estado deberá legislar para corregir esos abusos. De nuevo puede desarrollar leyes blandas, con lo que no corrige nada, o leyes duras, que corrigen los vacíos o defectos de las autorregulaciones, pero al precio, de nuevo, de la desconfianza.

Como puede observarse, la relación estratégica entre Estado y entes corporativos es muy compleja, mucho más de lo que estos simples ejemplos demuestran. Pero estos sencillos juegos de estrategia muestran de forma intuitiva que ese bien público que es la confianza es tan precario que, en la mayoría de las ocasiones, va a resultar extremadamente difícil de conseguir. Un juego similar puede surgir considerando el seno de los entes corporativos y teniendo por jugadores a los directivos, mandos intermedios y empleados. En puridad, la conclusión tendría que ser

que la confianza resulta una condición compleja y para lograrla se han de articular medidas de control y vigilancia que la provoquen.

Dado que la confianza es en esta relación un bien tan precario, una forma de invertir en confianza, que se desprende de la relación estratégica entre el Estado y las empresas, es la introducción de un elemento interno de vigilancia. Así, aunque el juego de más arriba y el dilema del prisionero muestran que la relación entre ambos «jugadores» (Estado-empresas) es, en general de desconfianza, se puede mejorar incorporando la figura del *compliance officer* o un departamento de *compliance* de carácter colegiado (que detente la *función de compliance* gozando de autonomía, independencia y recursos para desempeñar sus tareas). ¿Cómo afectaría esto a la relación entre jugadores? La relación estratégica sin *compliance officer* implica, o bien que el Estado confía en que la empresa se autorregulará, o bien que no confía.

En el dilema del prisionero la desconfianza es la estrategia dominante, lo que conduce a un resultado negativo por ambas partes. En tal caso, el órgano con la *función de compliance* o *compliance officer* permite adoptar lo que se denomina en la literatura una *solución externa al dilema*. Externa, no porque ese sujeto o departamento especializado en cumplimiento normativo no pertenezca al ente, sino porque el dilema sólo se resuelve con la presencia de ese tercer elemento, pues los jugadores por sí solos –Estado y personas jurídicas– no son capaces de salir del dilema, ya sea porque las personas jurídicas no cumplen, ya porque el Estado se ve obligado (con los costes y recursos añadidos que todo ello implica) a promulgar una legislación dura. En otras palabras, el órgano con la *función de compliance* o *compliance officer* vigila y controla para que en las personas jurídicas se cumpla y no se produzca el dilema del prisionero.

En lo que se refiere al juego en forma de árbol, la existencia de la figura con la *función de compliance* (*compliance officer*, *departamento de compliance*, etc.) implicaría un aumento de la confianza como resultado de la propia interacción, lo que explica el hecho de que se trate de elementos necesarios en cualquier programa de cumplimiento: al verse «obligadas» las personas jurídicas a cumplir con sus propias normas (con su autorregulación), el Estado reduce las posibilidades estratégicas de que las empresas hagan como que cumplen -sin que realmente cumplan-.

La teoría de juegos no sólo es interesante en la materia que nos ocupa como teoría explicativa de la incorporación de la figura del *compliance officer*³⁶⁸, la creación de un *departamento de compliance* en el seno de cualquier ente corporativo o como respaldo teórico para dar respuesta a los interrogantes dogmáticos que presenta la propia responsabilidad penal corporativa y el *compliance penal*. Como ya se apuntó, constituye también un instrumento de análisis del comportamiento de los individuos con el que se pueden llegar a predecir matemáticamente las decisiones. Por ello, resulta de gran interés su aplicación práctica pues coadyuva a analizar el conjunto de decisiones posibles de los individuos de una empresa a partir de los datos obtenidos del organigrama existente (según competencias fijadas, ya sean particulares o departamentales), de los flujos de información establecidos y de los precedentes existentes relativos a casos que se hayan producido en empresas de similar actividad, zona geográfica, estructura, etc. Ese conjunto de datos puede incorporarse al juego en orden a determinar las posibles decisiones de esos individuos en la organización.

La incorporación se produciría, además, del mismo modo que se produce en otras disciplinas (la económica, sociológica, diplomática, militar o aeroespacial), a través de la traducción a variables numéricas sobre soportes de tratamiento informático, tras lo cual, mediante operaciones de simulación, podría obtenerse un *mapa predictivo de posibles decisiones ilícitas* que completaría el mapa de riesgos tradicional que debe elaborarse en cualquier *compliance penal*³⁶⁹. Con esto, no se está haciendo referencia a las herramientas informáticas que suelen utilizarse en las empresas como apoyo a las tareas del estudio del riesgo o labores de monitorización, control o supervisión, sino que se está apuntando a un proceso informático previo a la propia elaboración del *compliance*, cuyos resultados puedan ser utilizados en la elaboración del propio modelo de organización y gestión. Una vez confeccionado el *compliance program penal*, éste se implementaría con el subsiguiente apoyo de las aplicaciones informáticas que se estimen pertinentes, siendo sometido a seguimiento o revisión conforme a las pautas y circunstancias previstas en el sistema de gestión de cumplimiento.

³⁶⁸Vid. *supra* pp. 152-158.

³⁶⁹ Vid. *infra* pp. 261-282

Se trata, en definitiva, de avanzar en los procesos elaboración de los *compliances*, introduciendo como elemento relevante en este contexto jurídico-penal una suerte de análisis jurimétrico de los riesgos con relevancia criminal –podría hablarse de *compliances jurimétricos*– que permitiría adoptar medidas más eficaces en orden a prevenir futuros comportamientos delictivos.

Actualmente, están surgiendo en el mercado numerosísimos softwares o herramientas informáticas para el análisis de riesgos. Cabe mencionar que las entidades aseguradoras, por su lógico interés en el estudio de los posibles riesgos y sus consecuencias, han tenido un papel capital en la investigación y desarrollo de este tipo de proyectos, destinando cuantiosos fondos y personal técnico muy cualificado. Estos programas suelen comercializarse con denominaciones como *risk analytics*, *risk metrics*, *predictive analytics*, *big data analytics* o *prescriptive analytics* y son utilizados en el ámbito de la gestión financiera y empresarial. Pues bien, muchos de estos fundan sus algoritmos en modelos matemáticos y fórmulas que traducen a un ámbito más tangible los postulados de la teoría de juegos, el nuevo institucionalismo de la elección racional o demás nociones que se ocupan, desde una perspectiva, del análisis economicista de la conducta humana en entornos corporativos.

Por todo ello, considero muy oportuno que, desde la ciencia jurídico-penal se reconozcan e incorporen los postulados de las teorías expuestas a lo largo de estas páginas pues, por un lado, conforman un sólido y actualizado soporte dogmático para la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde el modelo vicarial y, por otro, aportan herramientas muy útiles, tanto para el análisis del comportamiento humano desde una perspectiva estratégica en el seno de los entes corporativos, como para la elaboración del propio *compliance penal*.

4.4. Prontuario de un *modelo antrópico de responsabilidad penal corporativa* y digresión *-la inteligencia artificial y el big data-*.

A lo largo de las páginas precedentes se han ido desarrollando conceptos y teorías provenientes de otras ciencias para proponer su inclusión en el acervo dogmático de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Igualmente, se ha defendido la conveniencia de asumir las herramientas analíticas que utilizan estas teorías para su utilización en el *compliance penal*. Se trata de defender el alto valor heurístico de estas propuestas para una construcción de la responsabilidad corporativa, lógica y honesta, que se adecúe a la propia realidad socio-jurídica que presenta el ente corporativo sin perder de vista a la persona física como elemento nuclear del estudio. De todo lo anterior, pueden extraerse las siguientes ideas:

Los postulados del *nuevo institucionalismo de la elección racional*, las teorías *economicistas* y la *teoría de juegos* configuran un arquetipo sólido, de acreditada validez, sobre el que erigir la fundamentación dogmática de la responsabilidad penal de la persona jurídica. *El nuevo institucionalismo de la elección racional* concibe el comportamiento del individuo como base del análisis. Sin embargo, también toma en consideración elementos de la institución u organización en que éste se sitúa³⁷⁰. Entiende que las personas físicas dirigen sus actos de manera plenamente consciente y voluntaria, pero reciben influencias del propio ente corporativo a través de las reglas y constricciones que se implementan. A pesar de ello, esta circunstancia no impide percibir que, en última instancia son los propios individuos que conforman el ente aquellos que, en virtud de su genuina autonomía, crean y constituyen las normas, procedimientos y prescripciones que, a través de la estructura del ente se aplican a todos.

Esta concepción resulta totalmente concomitante y coherente con los postulados del *modelo de heterorresponsabilidad penal de las personas jurídicas*³⁷¹, donde toda responsabilidad penal de la persona jurídica tiene como presupuesto sustancial el comportamiento humano dominado por su propia psique. En esta

³⁷⁰Vid. *supra* p. 227-230.

³⁷¹Vid. *supra* pp. 53-57.

tesitura, el ente responde penalmente en virtud de la influencia o constricción (en sentido negativo, entendida como influencia inclinada al incumplimiento), pero no se concibe a la persona jurídica como un ser *autopoiético*, capaz de dirigirse y organizarse a sí mismo de manera totalmente independiente y autónoma.

Por otro lado, este *nuevo institucionalismo* no sólo incorpora al ente corporativo como elemento de estudio, sino que analiza la propia estructura del ente y cómo interactúan los individuos en ese contexto. Toma en consideración aspectos tan relevantes como la posición que el individuo ocupa, sus responsabilidades, los flujos informativos, sus acciones posibles, los costes y beneficios de las mismas³⁷², etc. Elementos estos, de evidente trascendencia a la hora de comprender y examinar la responsabilidad penal.

Las *teorías economicistas* y la *teoría de juegos* se preocupan principalmente de las dinámicas de actuación y la interacción de carácter estratégico entre participantes que actúan dirigidos por sus propios intereses. En concreto, la *teoría de juegos* ayuda a esclarecer por qué los individuos crean organizaciones, colaboran entre sí o se imponen procedimientos y controles³⁷³, siendo la finalidad última establecer mecanismos de cooperación que les garanticen beneficios. Como se ha venido apuntando páginas atrás, esta teoría viene acompañada de un desarrollo metodológico que se ocupa del análisis de los procesos de toma de decisiones teniendo en consideración materias tan importantes como las propias asimetrías informativas, *el cumplimiento estratégico*, *el enforcement* o las consecuencias para los participantes cuando cumplen o violan las normas.

Estas nociones resultan plenamente alineables y compatibles con las exigencias de un modelo más avanzado de heterorresponsabilidad, pues explican el comportamiento humano teniendo en cuenta aspectos trascendentales como las correlaciones y elementos tácticos con respecto a otros individuos o grupos de individuos, así como la propia influencia de las organizaciones, pero respetando la clásica concepción del Derecho Penal acerca de la consideración del individuo como

³⁷²Vid. *supra* p. 229-232.

³⁷³Vid. *supra* p. 234-238.

“titular” de la conducta delictiva. La atribución por trasferencia de una responsabilidad penal desde el modelo de heterorresponsabilidad³⁷⁴ se explica y justifica al conformar éste un contexto de influencias y constricciones donde los propios individuos toman decisiones y adoptan tácticas desde una perspectiva estratégico-relacional.

Dicho de otra manera, las teorías planteadas, explican el fenómeno de los *compliances* y la aplicación de los métodos que incorporan los hacen más eficaces. Sin embargo, no sólo tienen esa utilidad más visible. Al ser teorías que analizan y explican tanto los procesos decisorios y estratégicos de los individuos en las personas jurídicas como la propia naturaleza de tales entes, considero que deberían ser utilizadas para erigir un *modelo antrópico de responsabilidad corporativa*. En esta noción, se respetan los clásicos postulados de la línea de heterorresponsabilidad, siendo el individuo quien realiza el injusto cuyas consecuencias se transfieren a la persona jurídica -pero ésta no tiene capacidad de acción ni de culpabilidad penal-.

En este caso, la persona jurídica es declarada penalmente responsable si, ante la realización de una conducta delictiva de una persona física, se demuestra que no se implementaron constricciones, limitaciones o procedimientos (evidenciados a través de los *compliances*) o que no fueron lo debidamente eficaces para prevenir conductas estratégicas o decisiones tendentes a la materialización de incumplimientos o riesgos penales (como la realizada por el individuo que delinquiró). Bajo ese supuesto se apreciaría un déficit organizativo nos lleva irremediabilmente al «hecho de conexión» que, si se dan los presupuestos exigidos, motiva que deba transferirse la responsabilidad penal a la persona jurídica. Por el contrario, si puede observarse que se han implementado en la organización unas constricciones o procedimientos dirigidos a impedir el acaecimiento de ilícitos penales se paraliza la estimación del «hecho de conexión» (pues no se da el necesario *defecto organizativo*) y, en consecuencia, no puede operar la trasmisión de responsabilidad penal a la persona jurídica.

³⁷⁴O, incluso desde interesantes posiciones donde la explicación de la responsabilidad penal corporativa se circunscribe a la mera imposición de una pena, paradigma de éstas, *vid.* DEL MORAL GARCÍA, A. *op. cit.* p. 80 (sobre aquella, *vid. supra* p. 69).

Se trata, en definitiva, de una configuración de la responsabilidad corporativa donde se considera el papel del ente corporativo como ente merecedor de reproche penal, pero sin atribuirle unas inexistentes facultades antropomórficas. Por tanto, creo firmemente que los elementos teóricos desarrollados en estas páginas cimientan un modelo de responsabilidad corporativa, que podría definirse como *modelo antrópico de responsabilidad penal corporativa*, en el que verdaderamente se contempla la propia ontología de lo que acontece en los entes corporativos.

A modo de síntesis del planteamiento, considero que puede ser útil reflejar de manera gráfica la lógica de la propuesta de este modelo y contrastarlo con el modelo cuyos fundamentos sociológicos se encuentran más alejados de los planteamientos propuestos, el modelo de autorresponsabilidad, cuyos postulados se expusieron en el capítulo 2. Se advierte que, parece inevitable realizar esta operación sin incurrir en un reduccionismo rayano en la simpleza, no obstante, merece la pena tal representación:

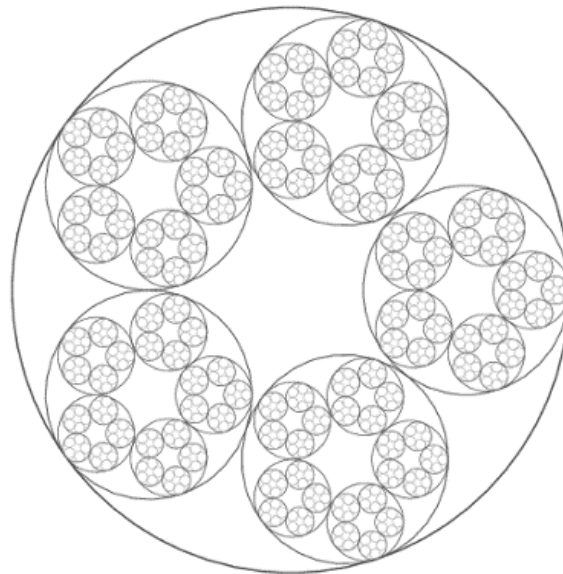


Figura 1: Modelo de autorresponsabilidad penal corporativa

Esta figura representa al ente autopoiético que se autodirige basado en los postulados funcionalistas, el sistema social autorreferenciado. Se trata del ente corporativo que, según el modelo de autorresponsabilidad penal, detenta una «verdadera» capacidad para realizar un injusto y actuar de manera culpable. Lo que

se observa es el ente que se autorrefiere -los individuos que lo componen carecen de relevancia, no aparecen en la representación, pues no influyen en absoluto a la hora de analizar el injusto o la culpabilidad. El ente responde por configurar una propia realidad que comete un delito.

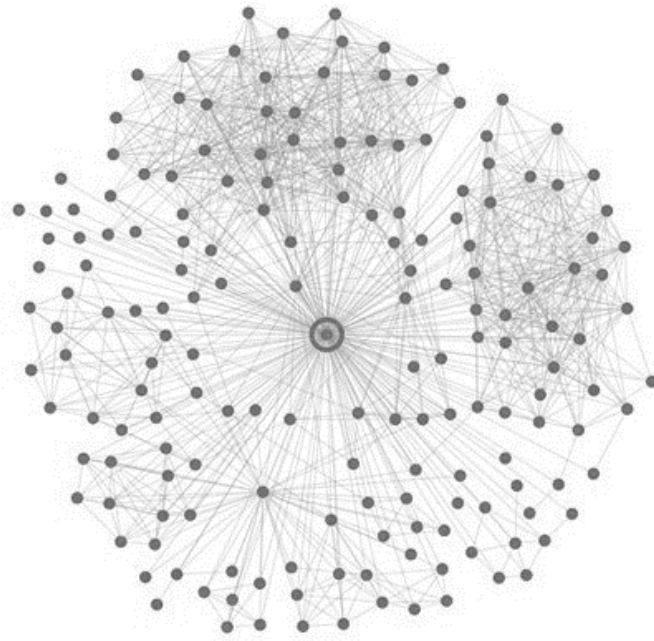


Figura 2: Modelo antrópico de responsabilidad penal corporativa

En esta representación el ente no es una verdadera entidad propia, independiente y con capacidad para autodirigirse, sino que se configura por los puntos (que son los individuos de la organización) y las constricciones, limitaciones y procedimientos del ente (representadas por líneas) que, en puridad, son decididas y configuradas por los propios individuos. La persona jurídica no tiene capacidad de cometer un injusto o de culpabilidad y se le atribuye la responsabilidad por transferencia, previo análisis de las constricciones. Se concibe al ente como posible destinatario de la responsabilidad penal por la «visibilidad» que detenta en virtud de las constricciones y los propios individuos que las originan e implementan. Si, a raíz de una conducta delictiva de un individuo, se aprecia la inexistencia de unas constricciones y procedimientos tendentes a impedir delitos, se está observando un déficit

organizativo, aspecto implícito en el «hecho de conexión», que puede derivar en la transmisión de responsabilidad penal a la persona jurídica

Por otro lado, las teorías desarrolladas se apoyan en unas metodologías de análisis pragmático de contrastada validez en otros campos de extensa tradición científica. Por tanto, la aplicación de estas, junto con la *jurimetría*, puede constituir unas herramientas muy útiles, tanto para el estudio de la propia naturaleza de la responsabilidad de la persona jurídica, del *compliance penal* o del propio *compliance officer*, como para la predicción y prevención de posibles conductas delictivas en el proceso de elaboración de los modelos de organización y gestión a través de la modelización del conjunto de conductas posibles, estrategias y riesgos penalmente relevantes. El *compliance penal* resultante de aplicar las nociones que traen consigo estas teorías y sus métodos de estudio podría denominarse *compliance jurimétrico* o *modelo de organización y gestión de base jurimétrico-estratégica*.

La aplicación de estas herramientas podría coadyuvar, no solo a predecir y prevenir efectivamente riesgos penales, sino que, además, aportan información trascendental para optimizar el diseño del propio *compliance*, lo que muestra que en el ente corporativo existe la voluntad sincera de adoptar un *compliance penal* individualizado y eficaz, que se adecúe a la realidad organizativa de la empresa y tenga en cuenta sus particularidades y elementos diferenciadores (flujos de información, posición de los miembros en el organigrama, conjunto de decisiones posibles, etc.). La consideración de estos elementos, las situaciones concretas y las posibilidades estratégicas de los miembros de la organización situaría al *compliance penal* resultante en consonancia con los criterios apuntados por la Fiscalía³⁷⁵ para superar el conocido como *juicio de idoneidad* del *compliance*:

«Los programas deben ser claros, precisos y eficaces y, desde luego, redactados por escrito. No basta la existencia de un programa, por completo que sea, sino que deberá acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito que se ha cometido, debiendo realizarse a tal fin un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y la infracción. Por ello, los modelos de organización y gestión deben estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos.»

³⁷⁵Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por ley orgánica 1/2015.

No es infrecuente en la práctica de otros países que, para reducir costes y evitar que el programa se aleje de los estándares de la industria de los compliance, las compañías se limiten a copiar los programas elaborados por otras, incluso pertenecientes a sectores industriales o comerciales diferentes. Esta práctica suscita serias reservas sobre la propia idoneidad del modelo adoptado y el verdadero compromiso de la empresa en la prevención de conductas delictivas.»

En este momento, y al margen de los elementos medulares de las propuestas ya desarrolladas, procede efectuar una digresión hacia otro ámbito más vanguardista que, paradójicamente, hará que retornemos a este punto donde se incide en la procedencia de que el Derecho Penal incorpore en su configuración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas los postulados y métodos analíticos de las teorías propuestas:

Actualmente, venimos asistiendo a lo que parece ser un auge de la utilización de programas y herramientas informáticas de análisis de riesgos, costes y beneficios en los procesos de toma de decisiones empresariales (*risk analytics, risk metrics, predictive analytics, big data analytics o prescriptive analytics, etc.*)³⁷⁶. Estos softwares se nutren de un gran volumen de datos de muy diversas características, lo que se conoce como *big data*. Como es sabido, una adecuada utilización del *big data* y la analítica de datos permiten extraer estadísticas y probabilidades muy preciadas para la toma de decisiones.

Por otro lado, la *inteligencia artificial*, está permitiendo que las máquinas y sus potentes procesadores utilicen cantidades ingentes de datos e información para tomar decisiones, resolver problemas e, incluso, aprender³⁷⁷ a través de los denominados

³⁷⁶Vid. *supra* p. 243.

³⁷⁷Uno de los ejemplos más palpables de esta tendencia es el caso del programa *AlphaGo Zero*: la revista *Nature* publicó el 19 de octubre de 2017, el artículo «Mastering the game of Go without human knowledge» donde se explica que el programa *AlphaGo Zero* ha aprendido en unos días y de manera autodidacta a jugar a un tradicional juego chino, el juego del go. El programa, conociendo únicamente las *reglas del juego*, ha asimilado la dinámica del juego mediante la realización continuada de la técnica ensayo y error. Este extremo ha sido posible mediante el almacenamiento de grandes datos y un procesador potente, permitiéndole aprender en tan sólo tres días las *estrategias de inicios y finales* que se han ido perfeccionado por los jugadores (personas físicas) durante siglos. Disponible en: <https://www.nature.com/nature/journal/v550/n7676/full/nature24270.html> [2017, 24 octubre]

Sobre esta misma cuestión y los retos que plantea, resulta interesante y sugestiva las manifestaciones vertidas por MICHAEL SCHRAGE, investigador del Centro para Negocios Digitales de la Escuela de Negocios Sloan del Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT, EE. UU.), en una entrevista publicada

algoritmos maestros³⁷⁸. Esta tipología de algoritmos hace que la máquina pueda ir asimilando cualquier tipología de conocimiento cuando antes era necesaria la programación concreta del ser humano. La conjugación del *big data* y la *inteligencia artificial* dan lugar a unos programas que facilitan enormemente los trabajos de predicción y prevención de riesgos o incumplimientos. Además, se posibilita que ante la percepción de un nuevo riesgo o fallo del control se propongan o desplieguen de manera automática controles complementarios. Por lo tanto, no resulta descabellado considerar la posible existencia de un “robot” que desempeñe el puesto de *adjunto al compliance officer*, prestando una labor de apoyo muy eficaz al *compliance officer* en el desempeño de la *función de compliance*, es decir, en las funciones de supervisión, vigilancia y control.

Realmente, son cada vez más numerosos los softwares dedicados analizar y valorar riesgos que están acudiendo a algoritmos y modelos de matemática aplicada que, en última instancia devienen de las teorías que he venido exponiendo en las páginas precedentes. Estos programas hacen uso de una ingente cantidad de datos³⁷⁹,

en la edición digital de la revista *Harvard Business Review*, que tiene por título «Cuatro modelos para tomar decisiones con la inteligencia artificial». Disponible en:

<https://www.hbr.es/tecnolog/475/cuatro-modelos-para-tomar-decisiones-con-inteligencia-artificial>
[2017, 15 septiembre]

³⁷⁸Por otro lado, la utilización de estos algoritmos para labores predictivas de riesgos, procesos de toma de decisiones, etc. está provocando que surjan numerosos interrogantes éticos y jurídicos en relación con la inteligencia artificial. Un claro ejemplo de ello son los dilemas que se plantean con los conocidos como “vehículos sin conductor”; ¿qué criterios han de fundamentar que el vehículo frene, prosiga su marcha o se desvíe? La vida del conductor, la de terceros que previsiblemente resultarían afectados... Para que el “vehículo sin conductor” o la máquina con inteligencia artificial adopte una decisión en el marco de la función para la que fue concebida, debe de haber sido programada mediante la inclusión de datos y algoritmos que determinan los criterios sobre los que adoptar la decisión. ¿Quién decide que parámetros han de tenerse en consideración? ¿Cuáles son los propios parámetros y qué orden de prelación se establece? Todos estos elementos tienen una evidente relevancia ética, pero también penal por lo que no considero desacertado establecer a medio plazo una autoridad pública de certificación de algoritmos e inteligencia artificial a objeto de analizar si atienden a una metodología jurídicamente válida y armonizable con la legislación penal y principios constitucionales. En principio, este sometimiento a validación podría ser obligatorio, al menos, cuando tales algoritmos vayan a destinarse a determinadas actividades especialmente sensibles o que tengan una clara vinculación con bienes jurídicos como la vida o la integridad física. En esta línea parece que está actuando el Gobierno de España con la creación de un “comité de sabios” para analizar los dilemas éticos y legales que presentan los algoritmos en aspectos como la IA. Disponible en:

https://retina.elpais.com/retina/2017/11/14/tendencias/1510687003_298819.html [2017, 30 noviembre]

³⁷⁹El altísimo valor de este fenómeno es puesto de manifiesto en el Informe de la consultora Deloitte titulado *Top 10 de innovaciones para el cuidado de la salud: alcanzando más con menos* (p.17):

«En el último año, varios estudios han analizado los datos de los teléfonos inteligentes y el uso de los medios sociales para estudiar diversos problemas de salud, incluyendo la predicción de síntomas de depresión y para aprender acerca de la experiencia del paciente y la epidemiología conductual de los

realizan millones de operaciones matemáticas teniendo en consideración el conjunto de decisiones posibles, todas sus consecuencias y el elenco de estrategias a adoptar; sus resultados arrojan información muy preciada, por ejemplo, cuál es la decisión que conlleva más peligro, cuál es la más conservadora, la más costosa, etc³⁸⁰. Al fin y al cabo, puede considerarse que se trata de la traslación al lenguaje informático de modelos matemáticos y metodología que traen consigo las propias *teorías economicistas*, la *teoría de juegos* o el *nuevo institucionalismo de la elección racional*. Es decir, desde la informática también viene asumiendo la validez y utilidad de las referidas teorías a la hora de analizar y predecir conductas de los individuos en organizaciones.

Sin embargo, esta vinculación entra ambos ámbitos no se contempla desde el plano jurídico-penal. La utilización de la *big data* o la *inteligencia artificial* carece de un

trastornos del sueño. Investigadores de la Universidad de Arizona han combinado los mensajes de Twitter con los datos de la calidad del aire y datos de hospital en un modelo que predice las tendencias de la sala de emergencias (SE) para el asma, mejor que los modelos existentes de vigilancia de las enfermedades. El equipo combinó las palabras claves de Twitter, los datos de calidad del aire de la Agencia de Protección Ambiental (APA) y los datos del servicio de urgencias de un hospital de Dallas y se encontró una correlación entre los tweets sobre el asma, los cambios en la calidad del aire, y las visitas a urgencias relacionadas con el asma. 25 millones de estadounidenses tienen asma y cada año, hay dos millones de visitas a urgencias relacionadas con el asma, en los Estados Unidos. Un desafío permanente para los hospitales es la predicción de la cantidad de personas con enfermedades crónicas que asistirá a la sala de urgencias en un día determinado. Este modelo utiliza datos para ayudar a hacer esas predicciones y puede anticipar las visitas a urgencias con un 70 por ciento de precisión». Disponible en: <https://www2.deloitte.com/us/top-health-care-innovations> [2018, 31 enero].

³⁸⁰Algunos sectores minoritarios se han pronunciado en contra de la utilización de estos programas para la predicción y detección de riesgos cuando intervienen personas físicas, por considerar que pueden seguir criterios predeterministas cargados de prejuicios. Sin embargo, nada más lejos de la realidad. Estas herramientas no son instrumentos que señalan culpables una vez se ha cometido el delito o el incumplimiento, sino que barajan posibles situaciones de riesgo o incumplimiento con carácter previo sobre la base de estadísticas para coadyuvar a controlarlos. Se trata no sólo de implementar mecanismos de control eficaces, sino eficientes, por lo que la distribución de los recursos o medios de control -que siempre son limitados- han de seguir estos criterios lógicos basados en modelos que realmente responden a las realidades sociales. En puridad, el ser humano siempre ha seguido este tipo de procesos y operaciones de manera más o menos intuitiva o deductiva. Por ejemplo, se sitúan más efectivos de control policial cuando hay eventos multitudinarios o se instalan más medidas de control y vigilancia en lugares estratégicos como aeropuertos, y todo ello porque hay más probabilidad o riesgo de atentado, o de que el daño causado, cuando éste se produzca, sea más intenso (*vid. infra* pp. 264-276). O, por ejemplo, los chalecos salvavidas son situados en lugares cercanos a masas de agua. En todo caso, siempre se deben tomar precauciones en los procesos de programación para restringir y prohibir la inclusión de parámetros que atenten contra principios constitucionales o que corrijan aspectos como el “impacto dispar” que es término utilizado en la ética y resto de ciencias sociales para señalar el efecto diferenciado (y perjudicial en muchos casos) que provoca un algoritmo sobre los distintos individuos al tratar por igual a personas con características diferentes (del mismo modo que debe tratarse de evitar prejuicios, tampoco han de ser consideradas de manera idéntica a personas con funciones, cualificaciones y capacidades muy distinta). En definitiva, debe avanzarse en este sentido, pero tomando las debidas precauciones para “controlar” los algoritmos, contemplando y regulando todos aquellos aspectos o interrogantes que puedan surgir desde un punto de vista ético y legal.

nexo lógico y directo con el Derecho Penal, lo que puede generar inconvenientes a la hora de su consideración desde una perspectiva técnico-legal o de su utilización para basar o explicar la fundamentación jurídica de la atribución de responsabilidades. A este respecto, una decidida asimilación por el Derecho Penal de las propuestas que he venido desarrollando permitiría el establecimiento de ese nexo y, a su vez, establecería las bases para solventar las dificultades o retos que plantean y plantearán el uso de estas nuevas herramientas informáticas.

Expresado de otro modo, un algoritmo se puede entender como el procesado de unos *inputs* o datos de entrada para obtener determinados datos de salida o bien para una toma de decisión, que habitualmente se implementa mediante *programación informática*. Y, en los casos de decisiones sobre el riesgo es usual que el algoritmo sea la traducción informática de modelos matemáticos. La utilización en esos programas o softwares sobre modelos y fórmulas que procedan de las *teorías economicistas* y *teoría de juegos* y que tengan en consideración los aspectos estratégicos son, o pueden ser considerados, la más clara materialización de las teorías y planteamientos que se han ido exponiendo. Por lo tanto, evidenciar esta conexión desde el Derecho Penal, cuando éste ya tenga asumidas tales teorías como elementos que cimientan y explican válidamente la responsabilidad corporativa, puede coadyuvar a solventar numerosos interrogantes que pueden ir surgiendo de manera tangencial a raíz de uso de programas y tecnologías de predicción o control de riesgos penales.

Realmente, trato de promover una supresión de la habitual distancia entre el plano jurídico-penal y las herramientas informáticas basadas en modelos matemáticos y algoritmos, pero a través de un elemento en común, ambos se basan o pueden basarse en la validez de las teorías explicativas de la conducta que he presentado. Por un lado, el Derecho Penal las utilizará para erigir, desde una acreditada base sociológica, una concepción contemporánea de la responsabilidad corporativa basada en el modelo de heterorresponsabilidad, por otro lado, las herramientas informáticas utilizan la metodología y modelos matemáticos que incorporan esas teorías para elaborar análisis, predicciones y ayudar en la toma de decisiones.

La plasmación de este *nexo lógico de raíz sociojurídica* entre el *big data*, la *inteligencia artificial* y las metodologías de las *teorías economicistas* o de la *teoría de juegos* puede ser mucho más importante de lo que en un primer momento puede parecer. A través de este nexo, el Derecho Penal estaría dedicando un espacio al *big data*, la *inteligencia artificial* o sus algoritmos como elementos de apoyo para el *compliance penal* y la delimitación de la responsabilidad penal del ente corporativo, considerándolos como la plasmación más evidente de los métodos contemplados en las teorías cuya incorporación he venido proponiendo. Desde esta dinámica, por ejemplo, los tribunales podrían analizar y evaluar con un mayor respaldo dogmático si los modelos o algoritmos en que se basan los softwares que han utilizado una u otra entidad para elaborar modelos de prevención eran los pertinentes, si contenían algoritmos ilícitos o carecían de fundamento lógico, etc. Sin lugar a duda, estos softwares o «máquinas inteligentes» son elementos que, con el transcurso de los años y los rápidos avances en la materia, jugarán un papel cada vez más determinante a la hora de extraer conclusiones sobre los posibles comportamientos y decisiones efectuadas en el seno de los entes corporativos³⁸¹.

En relación con lo expuesto, tampoco resultaría extraño que vayan apareciendo referencias a estos aspectos en los fundamentos jurídicos de venideras resoluciones judiciales. Y, todo ello, creo, viene a conformar otro sólido argumento sobre la procedencia de que, desde el ámbito jurídico-penal, se asuman los planteamientos y propuestas que he venido exponiendo para asumir un *modelo antrópico de responsabilidad penal corporativa*.

³⁸¹Al margen de las consideraciones recogidas y que están directamente relacionadas con la responsabilidad penal corporativa, puede ser de interés para el lector reseñar la cuestión de los denominados *smart contracts*. Se trata del establecimiento de una relación contractual que contempla entre el clausulado acordado que, ante una determinada situación, se aplique automáticamente determinada previsión. La peculiaridad radica en que dicha ejecución pende de un *algoritmo* que se ejecuta ante la verificación de que concurre determinada circunstancia. Los retos que plantean estos *smart contracts* esta relacionados con su plasmación en un contrato y el modo de «traducirlos» al lenguaje informático, de modo que se garantice que el espíritu y contenido de la cláusula. Para introducirse en las implicaciones de esta cuestión vid.: G. Pascual, M.; «Si quieres ser jurista, aprende a programar» en *Diario el País, Sec.: El País Economía / Retina*, 28 de enero de 2018. Disponible en: https://retina.elpais.com/retina/2018/01/26/tendencias/1516984111_539811.html [2018, 28 enero].

CAPÍTULO 5

RESPONSABILIDAD PENAL CORPORATIVA Y MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN EN EL CÓDIGO PENAL

5. Los modelos de organización y gestión o *compliance programs*

Explicadas las propuestas sobre la fundamentación analítica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los aspectos metodológicos que resultarían útiles para entender y abordar los procesos de elaboración de los *compliances*, es el momento profundizar en cómo los concibe nuestro derecho positivo, exponer sus requisitos y desarrollarlos -teniendo en cuenta lo que contempla el propio Código Penal, la Circular 1/2016 FGE y el influjo de las referidas propuestas-, para posteriormente analizar el influjo de la normalización y los estándares sobre *compliance* a objeto de una serie de valoraciones críticas al respecto.

En primer lugar, es oportuno recordar la naturaleza con la que nuestro ordenamiento jurídico considera a estos modelos de organización y gestión (que es la terminología con la que el Código Penal designa al *compliance program penal*). Como se expuso, según se estime que nuestro Código acoge un modelo de responsabilidad penal corporativa u otro, la naturaleza del *compliance* variará al pender directamente de dicha premisa. Por tanto, si partimos de la hipótesis de que nuestro Código adopta modelo de responsabilidad por hecho propio de la persona jurídica basado en la idea de la empresa como ente autopoiético³⁸², la consideración del *compliance* puede excluir el injusto o la culpabilidad. Estimando que excluye del injusto, se conceptualiza al *compliance* como la materialización de una diligente y precisa organización empresarial. Según este criterio, la carga de la prueba sobre el mismo recaerá sobre la acusación. Por otro lado, situando al *compliance* como elemento que excluye de la culpabilidad, se concibe como la evidencia de que la empresa -como ser autónomo- fomenta la cultura del cumplimiento normativo. En este caso, al igual que sucede con las causas de inimputabilidad en las personas físicas, la carga probatoria recaerá en la defensa.

³⁸²Sobre la fundamentación, *vid. supra* pp. 29-53, entre otras. Respecto una síntesis del contraste de dicha base dogmática con la propuesta contenida en esta obra sobre un *modelo antrópico de responsabilidad penal corporativa*, *vid. supra* pp. 244-248.

En cambio, si se admite -como parece deducirse con mayor claridad atendiendo a la literalidad del Código- que nuestro ordenamiento jurídico asume el modelo de heterorresponsabilidad o responsabilidad penal del ente corporativo por hecho de la persona física³⁸³, el *compliance program penal* configura el factor elemental que imposibilita la apreciación del «hecho de conexión³⁸⁴». Es el exponente de que, en la persona jurídica existe una organización adecuada y eficaz, donde se contemplan un conjunto de constricciones y procedimientos tendentes a impedir incumplimientos y riesgos de trascendencia penal. Al conformar la concepción de déficit organizativo la base del «hecho de conexión» y no poder apreciarse tal déficit -en virtud del *compliance* eficazmente implementado-, no puede operar la transferencia de responsabilidad penal hacia la persona jurídica. Bajo esta noción, se categoriza al *compliance* como un elemento exonerador de responsabilidad y la carga de la prueba sobre la circunstancia desorganizativa en el ente corporativo recae sobre la acusación.

La Fiscalía parece concebir al *compliance*³⁸⁵, como una excusa absolutoria de modo asimilable a una causa de exclusión personal de la punibilidad. Se trata de una categorización un tanto inusual³⁸⁶ pues, como ya se apuntó, siguiendo estrictamente la lógica de estas causas tendría que asumirse que el ente realiza un hecho típico, antijurídico y culpable -caracteres no alineables con el modelo de heterorresponsabilidad que oficialmente propugna a través de su Circular 1/2016 FGE-. Desde esta óptica, la defensa ha de soportar el peso de probar la implementación eficaz de un *compliance program*.

Por el contrario, puede decirse que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo³⁸⁷, aunque desde la aparente línea del modelo de autorresponsabilidad

³⁸³Vid. *supra* pp. 53-57.

³⁸⁴En un aspecto más dogmático *vid. supra* pp. 63-65. Con relación al doble sistema de atribución de responsabilidad penal al ente corporativo (letras *a* y *b* del apartado 1 del art. 31 bis C.P.) y cada conjunto de elementos que necesariamente han de concurrir para poder atribuir la responsabilidad penal al ente corporativo, «hecho de conexión», *vid. supra* pp. 86-87.

³⁸⁵Vid. *supra* pp. 66-67.

³⁸⁶ Como se expuso en su momento, esta postura de la Fiscalía fue criticada en la célebre sentencia del Tribunal Supremo núm. 154/2016, de fecha 29 de febrero (RJ 2016\600).

³⁸⁷Vid. *supra* pp. 67-68.

vienen insistiendo en que, al margen de cualquier discrepancia interpretativa, la acusación detenta necesariamente la carga probatoria³⁸⁸.

Dejando atrás las consideraciones acerca de la categorización del *compliance*, propias de un plano más teórico, considero que es posible efectuar una aproximación hacia un concepto común de *compliance program penal*, de carácter técnico, que sea aséptico y englobe la idea de las exigencias recogidas en el Código Penal. De este modo, el *compliance program penal* puede considerarse como el conjunto de normas, procedimientos y mecanismos de control tendentes a garantizar el firme cumplimiento de la legalidad en el seno de la organización, regulando y supervisando aspectos como los procesos productivos, la gestión diaria empresarial y las conductas de los individuos que componen la organización, pero cuyo objetivo directo e inmediato es prevenir, detectar y reaccionar ante la comisión de delitos o el acaecimiento de riesgos e incumplimientos de posible trascendencia penal. Por otro lado, no puede obviarse que es el resultado de un fenómeno cuyo germen radica en las nociones de origen anglosajón de *accountability* y *regulated self-regulation*³⁸⁹.

Los elementos que nuestro Código Penal exige a un *compliance* o modelo de organización y gestión para poder dispensar de responsabilidad penal al ente corporativo que efectivamente lo ha implantado se concretan en el artículo 31 bis 5 C.P. Estos requisitos para el *compliance* tendrán que concurrir siempre, pues cristalizan el concepto de *compliance program* desde el punto de vista de nuestro Derecho Penal positivo. Asimismo, dependiendo de la condición jerárquica y facultades de la persona física que ha cometido efectivamente el delito, habrá de exigirse la concurrencia de las circunstancias contempladas en el apartado 2 del artículo 31 bis del Código Penal³⁹⁰ cuando la persona física que ha delinquido es un representante legal, un sujeto autorizado a tomar decisiones o aquel que detenta facultades de control (sujetos de la letra *a* del apartado 1 del art. 31 bis C.P.). En cambio, cuando la persona física que

³⁸⁸Este particular es abordado por la STS núm. 154/2016 de 29 de febrero (RJ 2016\600), en su Fundamento de Derecho Octavo. En este mismo sentido e independientemente de la categorización que se efectúe respecto al *compliance program penal*, es taxativa la STS núm. 221/2016 de 16 de marzo (RJ 2016\824), particularmente en el Fundamento de Derecho Quinto, *vid. supra* p. 73.

³⁸⁹Para profundizar en estos conceptos y su relación con el *compliance*, *vid. supra* pp. 208-218.

³⁹⁰*Vid. supra* pp. 133-146.

comete el delito es una persona física sometida a las anteriores (sujetos de la letra *b* del apartado 1 del art. 31 bis C.P.), se exigirá lo previsto en el apartado 4³⁹¹ del mismo artículo del Código Penal.

En todo caso, considero importante subrayar de nuevo que, desde el punto de vista del Derecho Penal *sensu stricto*, son las exigencias previstas en los seis ordinales del apartado 5 del 31 bis C.P., junto con las del 31 bis 2 y 4, las que han de respetarse con pulcritud. Son estos requisitos y no otros provenientes de otras fuentes de naturaleza cuestionable, como, por ejemplo, aquellos contemplados en los conocidos como *estándares de compliance* (sobre los que volveremos más adelante³⁹²), los que deben tenerse en consideración para valorar si el ente corporativo merece ser exonerado de responsabilidad penal. Por consiguiente, ciñéndonos al *compliance program penal*, el art. 31 bis 5 C.P. determina lo siguiente:

«5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.ª Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.ª Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.ª Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.ª Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.ª Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.ª Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.»

³⁹¹*Vid. supra* pp. 146-151.

³⁹²*Vid. infra* pp. 330-353.

Parte de la doctrina³⁹³ entiende que este apartado 5 concreta en demasía las exigencias y, por tanto, incurre en una especie de reglamentación impropia³⁹⁴ del Código. En cualquier caso, tal y como manifiesta DEL ROSAL BLASCO³⁹⁵, se trata «una verdadera “hoja de ruta” para el diseño e implementación del programa de prevención». En los próximos epígrafes se explicarán pormenorizadamente cada uno de estos requisitos, qué conllevan y cuáles son los criterios apuntados por la Circular 1/2016 FGE. Además, se ofrecerán consideraciones para dar respuesta a tales exigencias, algunas de las cuales tienen su fundamentación en las propuestas vertidas en el capítulo precedente -aspecto que explica que esta parte de la obra sobre las especificidades del *compliance* se haya situado tras la exposición del origen del *compliance* y el desarrollo de las propuestas para la fundamentación analítica de la responsabilidad penal corporativa y los *compliances*-.

Obviamente, como se ha venido señalando, los seis requisitos que deben de concurrir para considerar válido el *compliance program penal* y que van a ser objeto de un pormenorizado análisis en ulteriores epígrafes, han de converger con los presupuestos específicos de exoneración requeridos, que variarán dependiendo si la persona física que haya delinquirido³⁹⁶ sea un representante legal, un autorizado a tomar decisiones o aquel que detenta facultades de control o, en cambio, sea un individuo cometido a los anteriores.

³⁹³Vid. DEL MORAL GARCÍA, A.; «A vueltas con los programas de cumplimiento y su trascendencia penal» en *Revista de jurisprudencia*, octubre, 2017, p.5, donde afirma: «El legislador con un tono un tanto reglamentista se preocupa de detallar los contenidos mínimos de esos modelos de organización y gestión».

³⁹⁴ Por otro lado, considero que existen argumentos para estimar que este apartado resulta lacónico y que está relacionado con lo manifestado líneas atrás. Si el Código no precisa suficientemente determinadas exigencias y para la materia concreta, por cualquier razón (naturaleza o sector, actividad empresarial, etc.) no existen normas otras normas de Derecho Público, como por ejemplo, disposiciones o reglamentos administrativos que coadyuven a especificar el precepto, es tentador y previsible acudir a otros elementos como los estándares u otras normas que provengan de entes de naturaleza privada o semipúblicos con ciertas potestades públicas (pero cuyos intervinientes se encuentran alejados de quienes detentan la legitimación que dimana de la representación popular), en ese caso, estamos impregnando a este apartado 5 del artículo 31 bis de cierto halo privatizador. Al fin y al cabo, se está hablando de unos requisitos íntimamente vinculados con la atribución de una responsabilidad de naturaleza penal, por lo que no sería desafortunado defender la preferencia de que tales exigencias sean ampliamente desarrolladas por medio de una ley orgánica aprobada por el Congreso, marcando una más intensa diferenciación con respecto a los ámbitos de las normas estandarizadas.

³⁹⁵DEL ROSAL BLASCO, B.; «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención», *op. cit.* p. 112.

³⁹⁶Como se ha indicado anteriormente, son analizados detalladamente en el epígrafe 3.5. *Exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica: el doble régimen de exención-*, *vid. supra* pp. 130-151.

5.1. El *compliance* en el Código Penal: requisitos según el 31 bis 5 C.P., la *Circular 1/2016* y consideraciones para la implementación

5.1.1. *Identificación de actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos: el mapa de riesgos, matrices y teoría de juegos*

Nuestro Código comienza la enumeración de elementos que ha de contener el *compliance penal* con la previsión relativa a la obligación, por parte de la empresa, de determinar cuál es el elenco de posibles actuaciones, operaciones o escenarios en cuyo contexto podrían cometerse o desarrollarse actividades delictivas que hayan de resultar impedidas.

Esta tarea consiste en señalar y distinguir aquellos riesgos con relevancia penal que sean susceptibles de producirse en la organización, con la finalidad de planificar acciones de control o desplegar mecanismos preventivos, de detección o reacción tendentes a evitar la comisión de hechos delictivos. A efectos procedimentales y expositivos, lo anterior puede fragmentarse en las siguientes fases: identificación de riesgos penales, análisis y evaluación de los mismos. En esta última fase, entraría en juego la identificación y análisis de los controles preexistentes y, en su caso, aquellos previstos por desplegar frente a esos riesgos penales; con ello se obtiene una evaluación acerca de la eficacia y eficiencia de los controles, lo que coadyuva a definir el modo en que la empresa responde o respondería si se diera algún tipo de contingencia con relevancia penal.

Para la operación inicial de identificación de riesgos a prevenir o tratar de impedir, debe partirse de la idea de que los delitos a prevenir y por los que la empresa puede responder penalmente son *numerus clausus*³⁹⁷. En consecuencia, los riesgos a reconocer han de estar totalmente vinculados a los tipos penales para los que nuestro Código Penal prevé esa responsabilidad penal para la persona jurídica. Considero importante este aspecto pues, en otro caso, si tuviera que elaborarse un modelo de

³⁹⁷Vid. *supra* pp. 111-115.

organización y gestión donde se identificasen riesgos totalmente ajenos a este tipo de delitos y de cualquier otra naturaleza, nos situaríamos ante una labor que no sólo excedería del ámbito del *compliance program* penal, sino que el producto resultante adolecería de la necesaria función preventiva que debe desplegar un modelo de prevención de delitos explícito pues el componente penal quedaría totalmente desdibujado por los demás ámbitos regulatorios³⁹⁸.

Dentro del elenco de ilícitos penales por los que el ente corporativo puede responder existirán algunos tipos que estén manifiestamente ligados a la idiosincrasia o actividad de la empresa concreta y, en cambio, habrá otros sobre los que apenas pueda sospecharse la existencia de la más liviana conexión. Además, puede describirse que existe un tercer estrato, conformado por aquellos riesgos asociados a delitos que pueden ser cometidos en el desarrollo de cualquier actuación empresarial (hacienda pública, blanqueo o, incluso, ciertas estafas), conocidos como delitos transversales³⁹⁹.

Para señalar y relacionar el elenco de riesgos con relevancia penal que pueden ser cometidos en la corporación se puede utilizar el apoyo de softwares, sin embargo, no deja de ser recomendable compaginar este tipo de herramientas con otros métodos más usuales -y que se prestan a un estudio más profundo por parte del experto- como es la utilización de tablas o documentos provistos de columnas, para que puedan catalogarse con detalle las actividades del ente corporativo susceptibles de tener consecuencias penales, indicar los individuos directamente implicados en esas actividades, aquellos que tienen cierto papel o los que directamente asumen la

³⁹⁸Se trata de distinguir una idea de *compliance* o *corporate compliance* en sentido amplio -y un tanto ambigua- que pretende abarcar el cumplimiento general de varios tipos de nichos normativos del ámbito empresarial, pero también buenas prácticas que materialicen principios de gobernanza y gestión de la actividad empresarial ajustada a unos altos estándares éticos, de la concepción de *compliance* de ámbito estrictamente jurídico-penal. Esta última, es únicamente la que se encuentra irremediamente fundida con el régimen jurídico de la responsabilidad penal corporativa; bajo esta noción el *compliance program penal* tiene por finalidad inmediata prevenir que los individuos que interactúan en el seno de una persona jurídica puedan cometer delitos o materializar riesgos de relevancia penal o, en su defecto, detectarlos y reaccionar ante ellos. Lógicamente, que una organización adopte procedimientos estandarizados que promuevan de una manera general y multidisciplinar el cumplimiento normativo aleja la posibilidad de acaecimiento de riesgos penales, pero se trata de dos ámbitos diferentes pues el Derecho Penal, en virtud del principio de intervención mínima, ha de centrarse en una esfera más concreta y reducida, por lo que no debe usarse como herramienta para promover una mejora de las prácticas o usos empresariales.

³⁹⁹PALMA HERRERA, J.M.; «Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de “compliances”» en *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, op. cit. p. 53.

responsabilidad en el control del mismo -también llamados «propietarios del riesgo». En esta relación de supuestos de hechos con riesgo debería de adjuntarse un profundo estudio de la jurisprudencia, casos similares (de empresas del sector, de entes con parecida idiosincrasia o ilícitos materializados por la misma unidad de negocio -por ejemplo, departamento de contabilidad, de residuos, etc.-) que concluyeron en sede judicial o fueron investigados para posteriormente poder configurar controles que haya tenido en consideración todas las circunstancias que se hayan recogido en este apartado.

Ahora bien, el modo en que se afronta la identificación de los riesgos, su análisis, evaluación y subsiguiente articulación de controles ha de ser diferente en función del tipo de delito ante el que nos podríamos encontrar: la precisión e intensidad en la estimación del riesgo y el despliegue de controles debe variar según los riesgos provengan de un estrato u otro de delitos, de tal modo que los controles desplegados sean proporcionales a las probabilidades de que acontezcan y a la gravedad de las consecuencias⁴⁰⁰.

De ese modo, tanto en el proceso de arranque inicial de identificación de riesgos, en las operaciones dimanantes, así como en el estudio y aplicación de controles⁴⁰¹ de mitigación, debe tomarse en consideración de una manera especial y prioritaria aquellos riesgos que, desde una perspectiva *ex ante* a una probable comisión delictiva, se encuentren muy vinculados a la empresa. En consecuencia, para estos casos los esfuerzos dedicados al proceso analíticos y al despliegue de mecanismo de control habrán de ser mucho más intensos.

⁴⁰⁰SIEBER, U.; «Programas de compliance en el Derecho Penal de la empresa una nueva concepción para controlar la delincuencia económica», en AAVV/ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (Dirs.); *El derecho penal económico en la era compliance*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 71, señala cómo debido al amplísimo elenco de sectores, diversidad de objetivos y ámbitos de protección existentes en el complejo contexto empresarial actual, el contenido de un programa de cumplimiento de un tipo de empresa puede resultar distinto por completo al de otra entidad mercantil que pertenezca a un sector situado en las antípodas de la primera.

⁴⁰¹Esta cuestión se encuentra íntimamente vinculada con la exigencia primera de exoneración prevista en el artículo 31 bis 2 C.P.: «*el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*». Sin embargo, para facilitar una exposición más clara que permita asimilar la lógica relación riesgo-control en el mapa de riesgos, se ha considerado pertinente abordar en este epígrafe los aspectos relativos al tratamiento de los controles.

Por el contrario, para aquellos riesgos vinculados con delitos que estén abiertamente alejados de la actividad y características del ente corporativo, será pertinente dar un tratamiento menos profundo, incorporar previsiones genéricas y limitar las labores de pronóstico de esa tipología de riesgos dentro de un margen razonable, ajustado a la distancia existente entre la persona jurídica y esos riesgos. Ello nunca implicará que puedan ser omitidas este tipo de contingencias a lo largo del proceso de determinación de los riesgos, pues resulta necesario tener en cuenta cualquier riesgo potencial de relevancia penal, máxime cuando la plasmación de riesgos y la adopción de controles de prevención de carácter universal (como puedan ser prohibiciones de carácter genérico) no acarreen esfuerzos considerables.

Sobre esta cuestión, la Fiscalía, por medio de la *Circular 1/2016 Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por ley orgánica 1/2015*, al tratar la necesidad de que la persona jurídica identifique y gestione adecuadamente los riesgos, se manifiesta del modo siguiente:

«La persona jurídica deberá establecer, aplicar y mantener procedimientos eficaces de gestión del riesgo que permitan identificar, gestionar, controlar y comunicar los riesgos reales y potenciales derivados de sus actividades de acuerdo con el nivel de riesgo global aprobado por la alta dirección de las entidades, y con los niveles de riesgo específico establecidos. Para ello el análisis identificará y evaluará el riesgo por tipos de clientes, países o áreas geográficas, productos, servicios, operaciones, etc., tomando en consideración variables como el propósito de la relación de negocio, su duración o el volumen de las operaciones.»

Por lo tanto, los riesgos han de ser considerados por niveles teniendo en cuenta el grado de probabilidad e intensidad de los mismos en función de la actividad o actividades, a lo que hay que añadir otra serie de factores correspondientes tanto al núcleo empresarial como al contexto socioeconómico, y a los que también ha de prestarse atención a la hora de evaluar los riesgos. Esto conlleva que el análisis de riesgos y la implementación de recursos dirigidos a controlarlos se deba hacer siempre bajo el criterio de la proporcionalidad. Además, el hecho de que la Circular señale que los niveles de riesgo permitidos se ajusten a lo establecido por la alta dirección⁴⁰²,

⁴⁰²Quizás hubiera sido más adecuado que, en este apartado, la Circular hubiera apuntado claramente al órgano de administración como aquel que adopta las decisiones en materia de aprobación de los diversos

supone que, a la postre, será la dirección de la organización la que acabe determinando, a través de la aprobación de las decisiones correspondientes el *apetito del riesgo* de la empresa.

Para la operación consistente en el análisis de riesgos -así como para ulteriores operaciones, como pueden ser la evaluación de los mismos, de los controles preexistentes y, en su caso, para los nuevos que hubieran de implantarse-, es apropiada la utilización de matrices o coordenadas cartesianas ya que facilitan la comprensión de los riesgos y traducen la realidad de las contingencias en datos, posibilitando un tratamiento más óptimo. Mediante el análisis se desarrolla un proceso de conocimiento de los riesgos que ya han sido identificados, se examina la intensidad o grado de impacto de las consecuencias del riesgo sobre la empresa si éste realizase mediante la comisión de un delito, y las expectativas o probabilidades de que tenga lugar.

Como se ha apuntado, la clásica matriz probabilidad / impacto conforma un instrumento analítico que facilita la comprensión respecto al alcance del riesgo existente en un momento concreto, pues revela los posibles riesgos y la intensidad o efectos de los mismos lo que ayuda al establecimiento de prioridades y a desarrollar mecanismos proporcionados de control en la organización. Mientras que la *probabilidad* revela las posibilidades existentes de que la contingencia tenga lugar, el *impacto* señala la intensidad del efecto perjudicial si el riesgo tuviera lugar.

Por tanto, acudiendo a este recurso puede obtenerse una primera visión del mapa de riesgos existentes ante el hecho de que la empresa inicie y/o desarrolle su actividad productiva (los denominados *riesgos penales inherentes*). Esto proporcionará un esbozo de aquellos riesgos más triviales, los más certeros, sus posibilidades de ocurrencia y permitirá que posteriormente puedan imbricarse en la realidad de la

niveles de riesgo. La redacción puede dar lugar a equívocos (por parte de las personas jurídicas, intencionados o no) sobre qué órgano determina el riesgo, ya que mientras que el órgano de administración suele ser aquel con las funciones decisorias esenciales, a la alta dirección se la vincula con decisiones de carácter operativo. Además, la alta dirección suele corresponderse con cargos de gerencia, dirección general u operativa, etc., que siempre se sitúan en posiciones jerárquicamente inferiores al órgano de administración. Afortunadamente, en el epígrafe 5.4 dedicado específicamente al oficial de cumplimiento, si señala al órgano de administración como *propietario y gestor* del riesgo cuando dice: «*siempre corresponderá al órgano de administración establecer la política de control y gestión de riesgos de la sociedad y su supervisión, que en las sociedades cotizadas tiene la condición de facultad indelegable*».

persona jurídica los mecanismos de control y mitigación de riesgos adecuados. A continuación, se representan dos ejemplos de matrices de riesgos inherentes diferenciadas según el número de escalas o magnitudes:

IMPACTO	ALTO	M	A	A
	MEDIO	B	M	A
	BAJO	B	B	M
		BAJA	MEDIA	ALTA

PROBABILIDAD

Modelo de matriz de riesgo inherente (Riesgo inherente = Impacto X Probabilidad), donde B es riesgo inherente bajo, M riesgo inherente medio y A riesgo inherente alto.

IMPACTO	INTOLERABLE	M	M	A	A	A
	IMPORTANTE	B	M	M	A	A
	MODERADO	B	B	M	M	A
	BAJO	B	B	B	M	A
	TRIVIAL	B	B	B	B	M
		TRIVIAL	BAJA	MODERADA	IMPORTANTE	INTOLERABLE

PROBABILIDAD

Modelo de matriz de riesgo inherente extensa (Riesgo inherente = Impacto X Probabilidad) de empresa X, donde B es riesgo inherente bajo, M riesgo inherente medio y A riesgo inherente alto. Puede apreciarse que se cuentan con más elementos que ayudan a graduar con mayor precisión la probabilidad de que acaezca el riesgo y/o el impacto que generaría al acaecer.

Igualmente, la nomenclatura puede ser sustituida por números o porcentajes en aras de tratar obtener referencias más precisas y los parámetros trasladados de eje:

PROBABILIDAD	INTOLERABLE (0,90)	0,05	0,09	0,18	0,36	0,72
	IMPORTANTE (0,70)	0,04	0,07	0,14	0,28	0,56
	MODERADA (0,50)	0,03	0,05	0,10	0,20	0,40
	BAJA (0,30)	0,02	0,03	0,06	0,12	0,24
	TRIVIAL (0,10)	0,01	0,01	0,02	0,04	0,08
		TRIVIAL (0,05)	BAJO (0,10)	MODERADO (0,20)	IMPORTANTE (0,40)	INTOLERABLE (0,8)

IMPACTO

Modelo de matriz de riesgo inherente extensa (Riesgo inherente = Probabilidad X Impacto), donde se establecen rangos entre las cifras. Desde 0,01 hasta 0,04 puede establecerse como riesgo inherente bajo o trivial, a partir de 0,04 hasta 0,12 puede considerarse como riesgo inherente medio o moderado y, a partir de 0,12 debe ser considerado como riesgo inherente alto o importante.

Como puede observarse, durante el estudio del riesgo, resulta pertinente y bastante factible trabajar con nomenclaturas como *trivial, bajo, moderado, importante, tolerable* (o aquellas que se quieran establecer según el mayor o menor minuciosidad que se desee). La conclusión acerca de utilizar uno u otro término deviene del juicio de los elementos concurrentes elaborado por el analista. Este método de graduación según calificativos es menos complejo que recurrir a términos numéricos como porcentajes, decimales, etc. pues en muchos casos traducir a cifras riesgos relacionados con delitos como el cohecho o el tráfico ilegal de órganos se torna en una compleja tarea. En cambio, para otros tipos más íntimamente relacionados con

variables numéricas puede ser el método más cómodo y apropiado⁴⁰³. En todo caso, cuanto mayor sea en número de calificativos o de elementos numéricos, mayor será el nivel de precisión, sin embargo, la previa labor de asignación del calificativo o de la valoración entrañará, en la mayoría de los casos, una mayor complejidad.

Una muestra sencilla de lo expuesto podría ser la siguiente: se desea analizar el riesgo de que se desarrolle en el seno de la persona jurídica un comportamiento encuadrable en el tipo de cohecho. La empresa concreta se dedica a la promoción inmobiliaria. En este caso, el analista del riesgo tendrá que extraer los niveles de probabilidad de acaezca el riesgo y el impacto que podría generar. A tal fin, deberá examinar todos datos e información que recabe -obtenida directamente, a través de cuestionarios, entrevistas, fichas, etc.- y demás elementos de juicio señalados a la hora de identificar el riesgo⁴⁰⁴ (por ejemplo: el tipo de actividades desarrolladas por los miembros de la empresa, sector en que opera, número y formación de los sujetos que detentan algún rol trascendente, relaciones personales existentes con funcionarios públicos, actividades de promoción o patrocinio, jurisprudencia relacionada, penas previstas, daños reputacionales, etc.). Además, ya que *a priori* se trata de analizar un riesgo altamente vinculado al tipo de actividad que realiza el ente, el examen habrá de ser mucho más profundo.

Pues bien, como consecuencia del estudio, podría concluirse que la probabilidad de que pueda desarrollarse una conducta ajustada al tipo de cohecho en esta empresa es *alta* y calificar el impacto de posible generación como *medio*. La consecuencia de ello es considerar que el análisis realizado nos revela que el riesgo de cohecho es *alto* (lo que provocará, como se verá más adelante, la necesidad de implementar unos mecanismos de control más rigurosos que estén orientados a

⁴⁰³Ejemplos de ello pueden ser los relacionados con los tipos de blanqueo, medioambiente, contrabando, fraudes, etc. En caso de prevención del blanqueo, aspectos como las cuantías de los ingresos o número de trasferencias en un período pueden plasmarse en porcentajes o cifras que reflejen el riesgo existente. Igual sucede cuando una corporación trabaja con sustancias o elementos medibles. Por ejemplo, tiene grandes depósitos de gases contaminantes, el nivel de presión o de los mismos indica el riesgo, mayor o menor, de que estos estallen. Ejemplo similar podría darse con los niveles registrados de una sustancia altamente tóxica que se encuentra en una masa líquida almacenada cerca de un cauce fluvial. Cuando una empresa vierte de manera legal y autorizada gases o residuos contaminantes, muchas cuestiones como niveles de toxicidad, densidad, etc. también pueden traducirse fácilmente en términos numéricos a la hora de valorar el riesgo.

⁴⁰⁴*Vid. supra* pp. 261-265.

reducir este riesgo). El resultado del análisis del riesgo de cohecho (identificado mediante la letra C), puede reflejarse en una matriz del modo siguiente:

IMPACTO	ALTO	M	A	A
	MEDIO	B	M	A (C)
	BAJO	B	B	M
		BAJA	MEDIA	ALTA

PROBABILIDAD

Debido a que se trata de una operación que ha de realizarse con todos aquellos riesgos potenciales⁴⁰⁵ directamente asociados con el *numerus clausus* de delitos para los que se prevé la responsabilidad penal corporativa⁴⁰⁶, existirá un número relevante de riesgos que podrían considerarse claramente alejados de la singular actividad que desempeña el ente corporativo. Bajo la hipótesis planteada de una empresa promotora inmobiliaria, podría ser el caso relativo al riesgo de comisión de un delito de incitación a la discriminación de un determinado grupo étnico. En ese supuesto, tras el estudio - lógicamente, menos exigente- de las circunstancias apuntadas, podría concluirse que la probabilidad de que ocurra es *baja* y calificarse como *medio* el impacto generable; lo que permitiría calificar a este tipo de riesgo como *bajo*.

La representación de este extremo mediante el uso de una matriz (donde este tipo de riesgo se identifica con la letra D) podría, además, realizarse juntamente con el riesgo de cohecho, cuyo resultado sería el siguiente:

⁴⁰⁵Vid. *supra* pp. 269.

⁴⁰⁶Vid. *supra* pp. 114-118.

IMPACTO	ALTO	M	A	A
	MEDIO	B (D)	M	A (C)
	BAJO	B	B	M
		BAJA	MEDIA	ALTA

PROBABILIDAD

Una vez asimilada la relevancia del riesgo, correspondería evaluarlo para establecer el tratamiento concreto a la posible contingencia, lo que implica la toma de decisiones por parte de la dirección de la organización respecto al diseño y aplicación de los controles en función de la efectividad de los mismos y del grado de riesgo que esta desee asumir⁴⁰⁷. Lo fundamental es que en la organización se acuerde -y ejecute- el despliegue de mecanismos de mitigación de riesgos de manera eficaz y proporcional, teniendo en cuenta parámetros como los anteriormente referidos, intensidad o grado de impacto de las consecuencias del riesgo o probabilidades de que tenga lugar. De este modo, se dejan patentes la dedicación y precisión en el estudio del riesgo y la firme voluntad de efectuar una labor preventiva.

El desarrollo de cualquier actividad empresarial conlleva intrínsecamente la posibilidad de que puedan acaecer contingencias y la existencia de riesgos, pues el riesgo cero es una entelequia. Con esta realidad, la persona jurídica ha de decidir y asumir el umbral que permite respecto al grado de asunción de la posibilidad de que pueda acaecer cada riesgo, es lo que se conoce como *apetito del riesgo*. Ahora bien, ¿cómo se decide o asume, bajo el principio de tolerancia cero frente a ilícitos penales, el nivel de riesgo posible respetando las exigencias de nuestro Código? No existe una respuesta precisa pues los riesgos son muy diversos y varían según las circunstancias y

⁴⁰⁷ Esta cuestión se haya también muy conectada al segundo requisito de los *compliances*, el relativo a los procesos de formación de la voluntad de la persona jurídica. La vinculación entre el estudio del riesgo, la toma de decisiones sobre el mismo o sus controles y los propios controles a aplicar en los procesos de toma de decisiones hacen que en cierto momento tengan que analizarse de modo global para armonizar el sistema y dotarle de una lógica común que atienda, desde la misma perspectiva, las exigencias relacionada con el control del riesgo, la rendición de cuentas y los mecanismos de *check and balances*.

características a las que ya he hecho referencia (por ejemplo: estructura de la empresa, actividad, localización, etc.). En el ente corporativo se han de tratar los riesgos que han sido identificados de manera que exista un nivel de *seguridad razonable* y una armonización con los estándares existentes por lo que, como ya se ha expuesto, tienen que implantarse controles cuya intensidad y rigor se adapten de una manera proporcionada a las posibilidades de que el riesgo o incumplimiento finalmente tengan lugar y al impacto que ello pueda generar.

A tal fin, podemos volver a acudir al uso de matrices. En este proceso cobra especial importancia el concepto de *riesgo residual*. El *riesgo neto o residual* se diferencia del *riesgo inherente o bruto* en que sobre el riesgo inicialmente identificado ya han sido considerados los elementos de mitigación del riesgo. Puede definirse como el nivel de riesgo existente una vez han sido desplegados los procedimientos y mecanismos control diseñados al efecto. Para ello tenemos que tener en cuenta la efectividad del control o controles -para cuya evaluación también pueden utilizarse matrices- y el resultado tras la implementación del control sobre el riesgo inherente⁴⁰⁸. Tras lo cual, la alta dirección decide acerca de nivel de *apetito del riesgo*, debiendo establecer un nivel de tolerancia proporcionado y adecuado al concepto de seguridad razonable.

Esto debe traducirse en evitar aquellas situaciones donde podamos situarnos en un nivel de riesgo residual alto o moderado, manteniendo para estos casos un nivel de tolerancia cero. En este punto, cabe recordar que, una cuestión es aplicar el criterio de tolerancia cero frente a ilícitos (algo que indiscutiblemente ha de imperar en la gestión diaria de cualquier ente) y otra distinta es el nivel aceptación mayor o menor sobre las posibilidades inciertas y remotas de que pudiera acaecer alguna contingencia con relevancia penal (toda actividad productiva o empresarial conlleva algún riesgo, aunque sea mínimo). Igualmente, debe tenderse a expandir los mecanismos y normas de control con la finalidad de aumentar los niveles de riesgo inexistentes o muy bajos

⁴⁰⁸Partiendo de que el *riesgo residual* es aquel que existente tras la articulación de controles, pues antes de ello lo que se tenemos es el riesgo inherente, debe indicarse que este examen puede realizarse considerando los *controles preexistentes*, es decir, aquellos que la empresa habitualmente viene aplicando con carácter previo a la realización del *compliance penal*. O, en cambio, puede realizarse con carácter posterior, una vez se han considerado los controles que ha traído consigo la implementación del *compliance penal*.

y permitirse únicamente respecto a contingencias de muy improbable producción o carentes de relevancia penal. Las matrices resultantes pueden corresponderse con las siguientes:

RIESGO INHERENTE	ALTO	M	A	A
	MEDIO	B	M	A
	BAJO	B	B	M
		FUERTE	LIMITADO	DÉBIL
EFFECTIVIDAD DEL CONTROL				

Modelo de matriz de riesgo residual (Riesgo residual o neto = Riesgo inherente o bruto X Efectividad del control), donde B es riesgo residual bajo, M riesgo residual medio y A riesgo residual alto.

RIESGO INHERENTE	INTOLERABLE	M	M	A	A	A
	IMPORTANTE	B	M	M	A	A
	MODERADO	B	B	M	M	A
	BAJO	B	B	B	M	A
	TRIVIAL	B	B	B	B	M
		AUTOMATIZADO / MUY PRECISO	FUERTE	MODERADO	LIMITADO	DÉBIL
EFFECTIVIDAD DEL CONTROL						

*Paradigma de apetito del riesgo
o nivel de tolerancia
aceptado en la empresa*

Modelo de matriz extendida de riesgo residual (Riesgo residual o neto = Riesgo inherente o bruto X Efectividad del control), donde B es riesgo residual bajo, M riesgo residual medio y A riesgo residual alto.

En el rectángulo grisáceo, se determina un ejemplo sobre el grado de tolerancia frente a posibles riesgos establecido por la empresa. Puesto que se indican los posibles riesgos una vez considerados la efectividad de los controles implementados, la empresa evidencia que actúa con un riesgo residual muy bajo, por lo que se deduce que su nivel de prevención es alto. Si quisiera extender su ámbito de actuación podría aumentar el nivel de efectividad de los controles, lo que conlleva incrementar el número de las posiciones de riesgo residual bajo en la matriz; lo que demuestra que en el ente corporativo se actúa para intensificar los medios de prevención cuando se aprecia cierta aproximación al riesgo y le permite desarrollar su actividad con un mayor control sobre el mismo. Esta dinámica puede repetirse a medida que disminuyan los riesgos inherentes o aumenten los controles.

Puesto que el presente apartado se centra en los riesgos de relevancia penal para la empresa en cuyo contexto pueden cometerse y que han de ser prevenidos (31 bis 5. 1º C.P.), considero que, después de centrarme en la identificación de riesgos, el posterior análisis y evaluación, es necesario contemplar una breve referencia a la tipología de controles pues, como se ha anticipado, son importantes en orden a valorar el riesgo residual.

Los controles aplicados frente a las posibilidades de riesgo pueden ser de prevención, detección o reacción. Como cabe deducir, los dos últimos se despliegan con posterioridad a la manifestación efectiva del riesgo o de una aproximación cierta e inminente al mismo. Existen muy diversas y amplias clasificación sobre los controles, por lo que tan sólo apuntaré la más relevantes. El establecimiento de un canal de denuncia o *hotline* que permita comunicar de una manera rápida riesgos de incumplimientos o irregularidades y que proteja realmente al denunciante de buena fe conforma un mecanismo de control de riesgos eficaz. Otra medida de control que despliega, o puede desplegar, un verdadero efecto preventivo es la adopción y aplicación de un código de conducta que concrete medidas disciplinarias. Ambos

mecanismos de control serán objeto de especial atención y se desarrollarán en epígrafes posteriores al encontrarse expresamente previstos en nuestro código como elementos exigidos a todo modelo de prevención (apartados 4º y 5º del artículo 31 bis 5)⁴⁰⁹.

Por otro lado, existen controles organizativos o de procesos, conformados por mecanismos de *check and balances* que han sido diseñados en el organigrama. Ejemplos de ello pueden ser los procesos que concretan la necesidad de que las decisiones se aprueben y confirmen por órganos diferentes o el sistema de doble o triple firma o visto bueno. Los controles de índole formativa son aquellos que aglutinan actividades tales como sesiones periódicas dirigidas a la formación y sensibilización, ciclos formativos sistemáticos o aquellos de carácter extraordinario originados por algún cambio, instrucción especial para tareas de mayor exposición al riesgo, etc. Por otro lado, están los controles configurados a través de normas o códigos de conducta, las circulares internas diarias, etc.

Merecen ser destacados algunos indicadores como los KPIs (*key performance indicators* o *indicadores clave de rendimiento*), que permiten controlar la funcionalidad de uno o varios controles y dotan información muy importante en orden al rendimiento de los mecanismos de prevención o los KRIs (*key risk indicators* o *indicadores clave de riesgo*) que son métricas que facilitan una labor de seguimiento más estricto de aquellos riesgos que merecen especial atención (por el peligro potencial que conllevan). Suelen reflejarse mediante porcentajes e indican el grado de cumplimiento de unos objetivos preestablecidos (elaborados sobre la base de unas variables medibles que sean específicas y relevantes). Ambos indicadores, KPI y KRI, son utilizados habitualmente en la monitorización de riesgos. A través de la monitorización, se recibe información continua tanto de los niveles de riesgo como del rendimiento de los controles. Esto permite implementar nuevos controles o flexibilizar otros, adoptar medidas de remediación para hacer frente a incidentes que derivan en

⁴⁰⁹Vid. *infra* pp. 299-314 y pp. 314-323, respectivamente.

riesgo y desplegar un seguimiento sobre su efectividad, supervisar de modo permanente el funcionamiento de los mecanismos de prevención, etc.

Esto último nos lleva a incidir en la exigencia de que los riesgos que concurren y los mecanismos de control sean revisados de manera regular. Aspecto que cobra vital relevancia cuando la empresa incorpore un nuevo proceso productivo o servicio, realice algún cambio organizativo o se produzca cualquier otro tipo de alteración en su seno o contexto. Al igual que sucede con el canal de denuncias o el sistema disciplinario, la verificación periódica y especial ante alguna alteración significativa, es otro presupuesto que el Código Penal exige expresamente al *compliance* penal (apartado 6º del artículo 31 bis 5) por lo que será tratado en el epígrafe correspondiente⁴¹⁰.

Fruto de estas operaciones, podrá obtenerse un mapa completo de riesgos penales que identifica, analiza y evalúa los riesgos y que, además, evalúa los mecanismos de control y mitigación de riesgos desplegados -estudio que atiende, bajo criterios de proporcionalidad, a la intensidad y la probabilidad de ocurrencia de los riesgos-. Además, estas informaciones están sometidas, entre otros aspectos, a monitorización continua y revisiones regulares. La efectiva realización de todo aquello viene a significar que la persona jurídica está realizando un tratamiento de riesgos eficaz, extremo que debería satisfacer las exigencias que contiene la *Circular 1/2016 Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por ley orgánica 1/2015* de la Fiscalía General del Estado, cuando se refiriere al deber de la persona jurídica de aplicar y mantener procedimientos eficaces de gestión del riesgo que permitan identificar, gestionar, controlar y comunicar los riesgos potenciales y reales.

Por otra parte, en el capítulo anterior desarrollé una serie de propuestas relativas a la fundamentación teórica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y los *compliances*. Igualmente, defendí la incorporación a este contexto de las herramientas analíticas utilizadas por estas teorías. Llegados a este punto, creo pertinente insistir en la utilidad de la teoría de juegos, sustentada sobre las bases de

⁴¹⁰Vid. *infra* pp. 323-329.

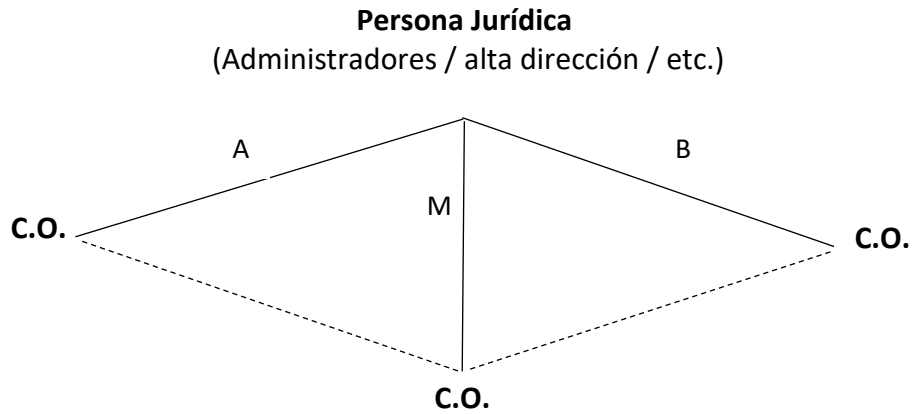
nuevo institucionalismo de la elección racional, como planteamiento para realizar unos análisis que pueda resultar útiles en el área del *compliance*, en este caso, en aquello que respecta a la comprensión y explicación de los posibles riesgos en un contexto estratégico -donde destaca la figura del órgano con la *función de compliance* o *compliance officer*-.

En consecuencia, considero que injertar en estos procesos de identificación, análisis, valoración y evaluación de los riesgos los elementos de estudio utilizados en la teoría de juegos es algo posible y recomendable. En principio, el modo más sencillo de realizar esta integración es ensamblar al clásico sistema de matrices expuesto en este apartado la metodología sobre las matrices que es utilizada en la teoría de juegos, tal y como se planteaba en el capítulo anterior. A continuación, se tratará un ejemplo de ello que refleja dos aspectos que están presentes en aquello que se ha venido exponiendo. Por un lado, el problema del riesgo tal y como se ha ido abordando y representado en las matrices y, por otro, la cuestión de las asimetrías informativas.

Las matrices de riesgo por si solas resultan de gran utilidad, para entender cuál es la situación de partida sobre riesgos y controles a la que nos enfrentamos a la hora de estudiarlos en las tareas de elaboración de un *compliance* o cualquier otra situación durante el desarrollo de la actividad empresarial. Sin embargo, no hacen referencia a interrogantes que devienen de aspectos estratégicos como puede ser el problema de la asimetría informativa. La matriz tradicional ofrece un panorama *estático* de cuáles son las opciones (por eso se habla de riesgo, término técnico de una probabilidad dada), pero no nos dice qué estrategias pueden adoptarse según las peculiaridades o ánimos que se persigan en la empresa. A eso nos ayuda la teoría de juegos, que presenta el riesgo y, además, las estrategias.

Siguiendo una representación gradual para facilitar la comprensión, considero interesante aislar en primer lugar la relación entre la cúpula de la empresa (entendiéndola como administradores o alta dirección que conocen con rigor la realidad de la empresa), a la que denomino persona jurídica y el órgano que detenta la *función de compliance* o *compliance officer* (al que me referiré con su acrónimo C.O.) con respecto a su labor de proponer mecanismos de control más o menos rigurosos

según el riesgo que éste aprecia por la información que se le facilita. Se puede observar claramente el problema de la asimetría informativa: la empresa (E) sabe qué riesgo está dispuesta a asumir, información que podría ocultarle o no facilitarle al CO. La empresa (en este caso administrador y/o alta dirección) tiene pleno conocimiento acerca de si quiere asumir un riesgo alto (A), medio (M) o bajo (B).



La representación del juego se realiza sobre la base de los parámetros utilizados en las matrices. El nivel de riesgo se simboliza con las siguientes letras: B es riesgo bajo, M riesgo medio y A riesgo alto.

Sin embargo, es posible que el órgano que detenta la *función de compliance o compliance officer (C.O.)* carezca o pueda carecer de esa información (porque a la cúpula de la empresa, por las razones que fuesen, no le interesa facilitar esa información al C.O. o, al menos, no se le facilita toda.

Por tanto, desconoce a qué se enfrenta realmente, lo que se representa mediante la línea de puntos: el C.O. puede hallarse en una de tres situaciones posibles, ante una empresa dispuesta asumir grandes posibilidades de riesgos, ante una que solo los asuma probabilidades de riesgos medias o en otra, muy diligente con un apetito del riesgo bajo, que solo acepte posibilidades de riesgo bajo o triviales.

De dicha situación surgen una serie de interrogantes: ¿cómo sabe el C.O. para qué empresa está trabajando realmente? ¿Le ocultan información? ¿Lo utilizan como

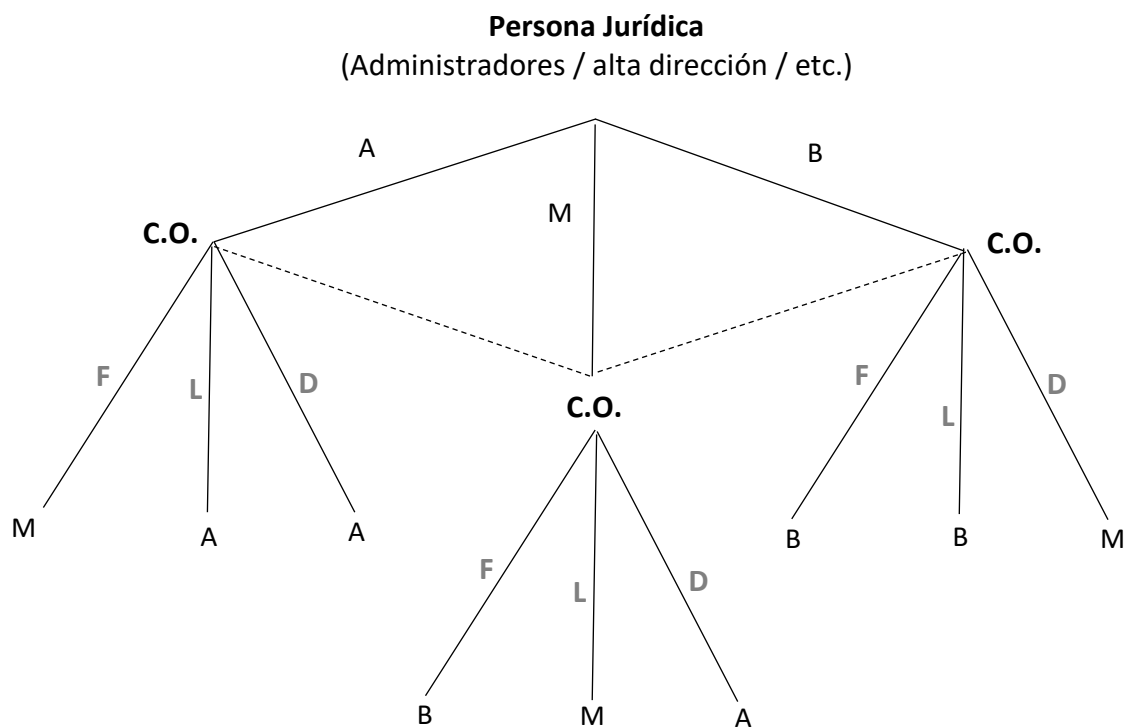
parte de una operación para dar apariencia de legalidad y que existe mecanismos de control?

Esa es la asimetría informativa y esa es la primera información que debería obtener el órgano con la *función de compliance* o C.O. para proponer las medidas y controles que han de desplegarse.

Si se atiende solo la tradicional matriz de riesgo, lo más lógico sería establecer siempre un control fuerte, pues el resultado siempre sería un riesgo inherente bajo. De ese modo el C.O. nunca se arriesgaría a que se materializase un riesgo. Pero establecer controles fuertes en empresas o en determinados departamentos o áreas en los cuales los miembros cumplen estrictamente con los procedimientos y controlan de manera efectiva los riesgos, es decir, en ámbitos donde las posibilidades de riesgo inherente son bajas o triviales podrá resultar una conducta muy criticable e incluso contraproducente, que denota falta de la necesaria confianza y dañina para la propia actividad de la persona jurídica.

Esta circunstancia puede deducirse mediante el siguiente ejemplo: establecer más controles sobre el personal que actúa con honestidad y cumple rigurosamente las exigencias puede suponer un exceso de carga burocrática que les desincentive de cara a incrementar su productividad o proponer nuevos proyectos. Si se implementan ciertas medidas de supervisión cuando estas resultan innecesarias, lo que puede lograrse es precisamente un aumento de la desconfianza y la percepción de la norma como algo absurdo que viene a entorpecer la actividad empresarial.

La realidad estratégica que ha sido expuesta puede ser representada a través del siguiente juego:



La efectividad del control articulado se indica con las siguientes: D es control débil, L limitado y F fuerte.

En este tipo de circunstancias, la teoría de juegos nos enseña que parte de la cuestión para resolver el problema del riesgo es saber contra quién se juega y tener información fiel acerca de la empresa y su propensión al riesgo (a través de medias de control y rendición de cuentas por parte de directivos y empleados).

Para ello, una información importante para el órgano con la *función de compliance* o C.O. desde el punto de vista de la teoría de juegos y la elección racional, es saber qué beneficio se obtendría en la empresa (por determinado administrador o empleado) asumiendo riesgos altos. Si el beneficio es muy alto y, en consecuencia, el incentivo de delinquir es alto también, el control tendrá que ser fortísimo, sobre todo si las penas no son duras. En definitiva, esto evidencia que la teoría de juegos permite entender y analizar mejor el papel estratégico del C.O. en particular y de los *compliance programs* en general. Mediante su uso podemos asimilar y explicar que los *compliance*

officers no se enfrentan únicamente a posibilidades de riesgos exógenas o reflejadas en las matrices, sino a contingencias que existen a raíz de la relación estratégica con respecto a otros actores, es decir, los administradores, directivos y resto de personal que la componen, se trata de riesgos sociales que se desenvuelven en un contexto institucional, donde interactúan los individuos con arreglo a unos principios y normas impuestas desde fuera y desde dentro, como es la persona jurídica.

Por último, para profundizar en la efectividad de los controles, en su rigurosidad y para tratar de corregir imperfecciones como son las propias asimetrías informativas, creo oportuno subrayar la conveniencia de que, estudiados rigurosamente los riesgos y extraídas las conclusiones oportunas, los entres corporativos se doten del apoyo de software, plantillas y aplicaciones informáticas⁴¹¹ que tengan en consideración dichas conclusiones a la hora de ser programados. Estos softwares son útiles en las operaciones de examen y control de riesgos, siendo en muchos casos herramientas indispensables por la naturaleza de la empresa o las características de su/s actividad/es (por ejemplo, en materia de prevención del blanqueo en entidades bancarias donde se efectúan miles de operaciones financieras al mes tienen un papel trascendental los sistemas automáticos de exigencia de justificación o alerta temprana según cuantía o recurrencia). De hecho, existen en el mercado numerosos productos de alto nivel de eficacia y precisión que pueden ser implementados para todos aquellos ámbitos operativos donde las variables o indicadores de riesgo y otros datos puedan incorporarse con facilidad a este tipo de herramientas electrónicas.

Algunos softwares examinan riesgos y despliegan controles sobre la base de datos expuestos en tablas. Estas tablas suelen indicar aspectos como objetivos, riesgos, controles y recomendaciones, etc., así mismo, por medio de elementos visuales como

⁴¹¹La Circular 1/2016 FGE subraya la relevancia de este elemento para personas jurídicas de cierto tamaño o complejidad, pp. 43-44, cuando dispone: «*La persona jurídica deberá establecer, aplicar y mantener procedimientos eficaces de gestión del riesgo que permitan identificar, gestionar, controlar y comunicar los riesgos reales y potenciales derivados de sus actividades de acuerdo con el nivel de riesgo global aprobado por la alta dirección de las entidades, y con los niveles de riesgo específico establecidos. Para ello el análisis identificará y evaluará el riesgo por tipos de clientes, países o áreas geográficas, productos, servicios, operaciones, etc., tomando en consideración variables como el propósito de la relación de negocio, su duración o el volumen de las operaciones.*

En las empresas de cierto tamaño, es importante la existencia de aplicaciones informáticas que controlen con la máxima exhaustividad los procesos internos de negocio de la empresa. En general, pues depende del tamaño de la empresa, ningún programa de compliance puede considerarse efectivo si la aplicación central de la compañía no es mínimamente robusta y ha sido debidamente auditada.»

puntos verdes o rojos, o señales de alerta se advierte al usuario del estado actual del riesgo al momento de la consulta. La utilidad de estos productos es evidente a la hora de examinar el riesgo existente respecto a operaciones relacionadas con algunos delitos como pueden ser el contrabando, la facturación fraudulenta, el blanqueo, el incumplimiento de obligaciones tributarias, fraude a S.S., etc.

Sin embargo, estas herramientas no parecen resultar adecuadas cuando se trata de examinar coyunturas vinculadas a delitos de otra naturaleza (por ejemplo: tráfico ilegal de órganos, tráfico de drogas, incitación al odio, etc.) por lo que es pertinente acudir a otra tipología de recursos materiales para estudiar y prevenirlos. En este punto creo necesario remarcar que, para el desarrollo de estas fases, siempre debe contarse con la efectiva labor técnica de personal cualificado en las materias específicas vinculadas a los riesgos penales que estén asociados a la empresa, pero sobre todo han de intervenir ineludiblemente expertos en el ámbito jurídico-penal. Por tanto, considero que, en aras de obtener un mapa de riesgos fiable, es necesario incidir en la importancia de conjugar el uso de herramientas de naturaleza tecnológica como elemento de apoyo con la trascendental labor analítica y “artesanal” de expertos en Derecho Penal⁴¹², pues estos no sólo utilizarán para el estudio y tratamiento de riesgos sus conocimientos sobre los tipos penales, la responsabilidad penal de la persona jurídica o la jurisprudencia existente respecto a empresas de similar actividad o naturaleza (aspectos extraordinariamente importantes), sino que, además, podrán penetrar en el estudio del riesgo utilizando su valoración personal acerca de las conjeturas, sensaciones o percepciones obtenidas de actuaciones como pueden ser las visitas realizadas a la empresa, el estudio del organigrama y los protocolos existentes

⁴¹²GONZÁLEZ, J.A.; SCHEMMEL, A.; BLUMENBERG, A.; «La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento», en AAVV/ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (Dir.s.); *El derecho penal económico en la era compliance*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 160. Estos autores destacan las cinco funciones más trascendentales del experto en derecho penal en el ámbito del compliance. El análisis de riesgos es una de las ocupaciones desglosadas, a esta le acompañan la función genérica de asesoramiento u orientación, la participación en la investigación de las denuncias internas, el diseño de atribuciones, la traducción del *compliance* en una herramienta de defensa que evidencie la su propia eficacia y la reacción ante la apreciación de un riesgo de relevancia penal o conducta delictiva en el seno de la organización. En este punto, debe insistirse en que la relevancia del papel del penalista deviene de la propia naturaleza del *compliance program penal* y su total asociación con la responsabilidad penal corporativa. Como ya se ha dicho, el objetivo del *compliance* ha de ser prevenir, detectar y reaccionar ante la comisión de delitos o el acaecimiento de riesgos e incumplimientos de posible trascendencia penal, por lo que un conocimiento profundo de esta materia resulta esencial.

hasta el momento, las entrevistas con trabajadores y personal directivo de la empresa, etc.

5.1.2. Protocolización de los procesos de formación de voluntad, toma de decisiones y su ejecución en la persona jurídica: procedimientos, estructuras de control y buen gobierno corporativo

El art. 31 bis 5 C.P. exige como segundo requisito de todo modelo de organización y gestión la obligación para la persona jurídica de implantar protocolos o procedimientos que precisen el modo en que esta conforma su voluntad, adopta decisiones y las ejecuta. En puridad, se trata de determinar con precisión el órgano u órganos de la empresa que detentan facultades de decisión y ejecución y concretar las fases que componen estos actos de clara relevancia jurídica.

Para ello se hace necesario desarrollar un escrupuloso organigrama, donde se relacionen a todos los individuos que intervienen o desempeñan funciones no triviales en los ámbitos decisorios o ejecutivos, prestando especial atención a aquellos individuos que detentan normativamente las facultades de representación, decisión y control. Sobre este último elemento, el control, es llamativo el hecho de que en este apartado del Código centrado en los procedimientos de formación de voluntad del ente corporativo o para la adopción y ejecución de acuerdos no se prevea la necesidad de plasmar en ellos medidas concretas para el control de estos procesos. Como describe PALMA HERRERA⁴¹³, este defecto obedece a la transcripción parcial que, del Decreto legislativo italiano 231/2001, efectuó en el año 2015 nuestro legislador. Mientras que en la norma italiana esta previsión se circunscribía a algunos casos determinados⁴¹⁴.

⁴¹³PALMA HERRERA, J.M.; «Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de “compliances”» en *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, op. cit. p. 56.

⁴¹⁴ El Decreto legislativo italiano 231/2001, considera que los mecanismos de control de la formación de la voluntad de la persona jurídica son un presupuesto para la exoneración de responsabilidad administrativa (pues la referida norma trata la responsabilidad en el ámbito administrativo y no penal) cuando el delito se haya cometido por sujetos que detentan cargos de administradores o «asimilados» a los previstos en nuestro art. 31 bis 1ª) -pues en ese caso si tiene lógica esta previsión-, omitiendo este elemento cuando la conducta delictiva se realiza por subordinados. Nuestro Código lo introduce como un requisito para todo *compliance program*, exigible con carácter general; resultando indiferente el cargo del individuo que realizó el comportamiento delictivo.

Por tanto, las referidas medidas de control en la formación de la voluntad del ente, tendría que estar previstas en este apartado. Sin embargo, esta exigencia no se deduce directamente de este apartado 5 del art. 31 bis, sino que se ha de conjugar con lo expuesto en el apartado 2, condición 1ª del propio art. 31 bis.

Por otro lado, la necesidad de precisar las atribuciones y responsabilidades de las personas físicas que se sitúan en puestos con facultades decisorias o ejecutivas no excluye de la pertinencia de relacionar y detallar funciones de todos los individuos de una corporación, por grande y expandida que esté, pues los medios técnicos existentes hoy día lo posibilitan.

Una vez que se realice esta tarea centrada en los roles y estatus de los individuos que componen, al menos, los eslabones implicados en la toma de decisiones y su ejecución en la organización, ha de preestablecerse con nitidez cada una de las fases y subfases (si estas existieran) que configuran los procesos de formación de voluntad, adopción de decisiones y ejecución de las mismas. Esto conlleva precisar todo el *iter* procedimental desde que surge una idea o propuesta hasta que se ejecuta. Debe de quedar constancia de todo el cauce, así como los intervinientes y documentos, desde la primera aparición en el orden del día en un órgano para su toma en consideración (siendo indiferente si es éste el que puede adoptar la decisión definitiva al respecto o se trata de un órgano proponente con facultades consultivas, no vinculantes, etc.) hasta el órgano que ordena materializar la decisión (por ejemplo: efectuar un abono, trasladar un residuo, etc.).

En esta tarea, es útil conocer el tratamiento de los procesos recogidos en los estándares generales y procedimientos específicos utilizados en el sector, así como la utilización, como elementos de apoyo, de flujogramas y otros instrumentos gráficos de representación gráfica de procesos (por ejemplo: diagrama de bloques, mapa de procesos, diagrama de flujo de procesos, etc.) pues permiten convertir los detalles y aspectos minuciosos de los procedimientos operativos en un retrato más simple y claro. Para conocer y mejorar los procesos que han de ser pormenorizadamente contemplados, es pertinente realizar una serie actuaciones consistentes en la observación de su desarrollo, la experimentación con el mismo mediante

intervenciones aleatorias, sorpresivas o de incógnito, la realización de cuestionarios sobre las fortalezas y debilidades del proceso a directivos, trabajadores y socios de negocio, etc.

Por consiguiente, la conjugación de un organigrama claro con la plasmación pormenorizada de todas las fases que componen la formación de voluntad, la adopción de decisiones y la ejecución de las mismas deberá de satisfacer la exigencia que a este respecto recoge nuestro Código. Esta demanda puede ser considerada como un mecanismo de control de incuestionable importancia encuadrable entre los tipos existentes de control de procesos.

Por otro lado, la Fiscalía, en la reiteradamente aludida Circular 1/2016, hace expresa referencia a este requisito cuando dice:

«El requisito segundo del apartado 5 se refiere a los protocolos y procedimientos de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción y de ejecución de decisiones. Tales procedimientos deben garantizar altos estándares éticos, de manera singular en la contratación y promoción de directivos y en el nombramiento de los miembros de los órganos de administración. Además de la obligación de atender a los criterios de idoneidad fijados por la normativa sectorial y, en defecto de tales criterios, la persona jurídica debe tener muy en consideración la trayectoria profesional del aspirante y rechazar a quienes, por sus antecedentes carezcan de la idoneidad exigible.»

Se trata de un planteamiento indudablemente plausible, pero pienso que genera dificultades interpretativas. El grueso de la cuestión podría radicar en la alusión genérica a los “altos estándares éticos”, y es que la relación lo ético⁴¹⁵ y lo jurídico, además de los clásicos problemas sobre la debida separación⁴¹⁶ entre Derecho y moral,

⁴¹⁵Es habitual la confusión terminológica entre ética y moral (en la parece incurrir la propia Circular 1/2016 y numerosos textos que se ocupan de las buenas prácticas, rendición de cuentas, etc.). Conviene aclarar que, *grosso modo*, la Ética es la disciplina que se ocupa de estudiar la moral y el deber ser desde un ámbito teórico mientras que la moral se desarrolla en el nivel práctico, tomando en cuenta la conducta del individuo en cuestión y que suele detentar una importante base social.

⁴¹⁶Se acepta, con pacífica unanimidad, la debida diferenciación entre Derecho y moral (por ejemplo, ante una infidelidad no se aplica una sanción de carácter legal por infringir la moral cristiana). No obstante, y sobre la base la misma -pues la identidad entre ambos es propia de regímenes autoritarios y dictatoriales-, existen posiciones doctrinales que propugnan su tajante diferenciación y otras que mantienen la influencia y vinculación entre ambos. Entre tales corrientes se puede citar al positivismo jurídico, encabezado por Hart, que señala la ausencia de necesaria conexión entre Derecho y moral. La base de la norma jurídica es su vigencia y validez por lo que el Derecho puede ser justo o injusto pero no depende de un contenido moral. DWORKIN o FERRAJOLI, en cambio, destacan la influencia de la moral en el

dota de cierta ambigüedad algunas pautas apuntadas por Fiscalía General del Estado. Con la finalidad de favorecer la concreción de estas manifestaciones y tratar de soslayar al menos parcialmente esta problemática puede resultar útil apuntar algunos de aquellos componentes de las estructuras organizativas, criterios de selección y de actuación asociados al diseño institucional de *check and balances* y al *buen gobierno corporativo*. A continuación, describiré casi esquemáticamente estas consideraciones -se trata de unos aspectos que han dado lugar a ríos de tinta y cuyo desarrollo resulta muy interesante, pero sobre el que no estimo procedente extenderme-, pues el objetivo es únicamente recoger someramente algunas indicaciones.

En este planteamiento, comenzaré con aquello que, en principio resulta menos controvertido y más fácil de concretar, como son algunas exigencias de mínimos para la designación de personal directivo. Continuaré con algunas consideraciones sobre las estructuras de control y supervisión en la empresa que parecen resultar pacíficas, pues gozan de un respaldo casi unánime en el ámbito del personal especializado en el *compliance*. Y, por último, abordaré algunos aspectos más difusos, como son los relativos a las estructuras para el control y supervisión de la gestión en la organización y algunas directrices generales relacionadas con el *buen gobierno corporativo* y la *responsabilidad social*. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio del debido cumplimiento de las exigencias normativas previstas en la regulación sectorial o que resulte específicamente aplicable por la naturaleza, sector o actividad de la empresa en cuestión.

En lo que se refiere a la selección del personal con facultades de dirección y ejecución, parece innegable que ha de estar regida por criterios de buena reputación, aptitud e integridad y así lo recoge la Circular. Por tanto, resulta elemental que estas personas, al margen de la adecuada cualificación y experiencia profesional, carezcan de antecedentes penales no cancelados. Por otro lado, en aras de armonizar las

Derecho. Parte de sus argumentos se dedican a explicar la necesaria argumentación moral para dotar de un contenido «justo» a las leyes. Para profundizar: DEL RÍO, M.; «La tesis de la separación del derecho y la moral y su impacto en la formación ética de los abogados. Hacia la innovación social en el derecho» en *Revista Iberoamericana para la Investigación y el Desarrollo Educativo*, núm. 11, 2015. Y, particularmente, sobre las muy relevantes y «divergentes» posturas de HERBERT HART y RONALD DWORKIN: POSNER, R.; *The problematics of moral and legal theory*, Ed. Harvard University Press, Harvard, 1999, p. 92-98.

exigencias con el principio de reinserción puede exigirse que, al menos, detenten una reciente trayectoria profesional intachable y carezcan de historial relacionado con ilícitos vinculados a la ocupación para la que van a ser designados. Esta exigencia ha de conjugarse con la necesidad de que *ab initio* el desempeño de su función no los sitúe de manera habitual en situaciones de conflicto de intereses o que por sus recorridos profesionales resulte poco recomendable el ejercicio de la función por los vínculos previamente establecidos. En síntesis, han aplicarse unos parámetros de mínimos que sean exigentes en estos procesos de diligencia debida relativos a la selección los miembros de la organización, particularmente del personal directivo⁴¹⁷ y, por supuesto, de aquellos que vayan a detentar facultades de específicas de supervisión y control⁴¹⁸.

Designado el personal directivo, debemos analizar sus procesos de toma de decisiones, pero también los controles articulados para con ellas. Esta exigencia no debe circunscribirse a la mera labor de plasmar el procedimiento de toma de decisiones, sino que tiene que implicar la incorporación de un engranaje de control al objeto de prevenir e impedir los riesgos. Por esta razón, subrayaré aquellos elementos fundamentales de una estructura de control que, en principio, comulgan con las exigencias generalmente aceptadas sobre el control del riesgo en la organización y, en consecuencia, cabe considerarlas que se encuentran acordes con los “altos estándares éticos” a los que hace referencia la Circular.

⁴¹⁷A modo de paradigma, señalar el marco regulatorio financiero -donde abundan las directrices, recomendaciones y normas sobre numerosos aspectos de la actividad-. La EBA (European Banking Authority) y ESMA (European Securities and Markets Authority) publicaron en 26 de septiembre de 2017 unas directrices sobre la evaluación de la idoneidad de miembros del órgano de dirección y titulares de funciones principales (Ref.: EBA/GL/2017/ESMA71-99-598), como aquellos con funciones de control interno (en el marco de las directivas europeas MiFID II y CRD IV). En este texto, que aplicable por las autoridades supervisoras desde el 30 de junio de 2018, se expone la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad en los criterios de selección en relación con el modelo de negocio y el perfil de los individuos, para ello ha de atenderse a criterios como el tamaño de la entidad, la forma jurídica, el tipo de clientes, el apetito del riesgo y estrategias sobre el mismo, la naturaleza y complejidad de los productos, etc. Igualmente, se apuntan parámetros de evaluación de idoneidad, donde se valoran competencias y experiencia o aspectos como reputación, integridad y dedicación suficiente al trabajo concreto asignado. Por otro lado, el texto remarca la necesidad de asignar los recursos necesarios para formar a estos directivos y fomentar la diversidad. Por último, puede apuntarse que estos organismos también han publicado numerosas recomendaciones en materia de riesgos (riesgos de crédito, liquidez o mercado, prevención de blanqueo, etc.).

⁴¹⁸Respecto al órgano con la *función de compliance*, es decir, aquel previsto en la condición 2ª del artículo 31 bis 2 C.P., *vid. supra* pp. 158-170.

La estructura de control es conocida como *el modelo de las tres líneas de defensa*. Se trata de un modelo que ha de adoptar el órgano de administración y dirección, pues es a esta esfera de poder a la que le corresponde la responsabilidad de tomar las decisiones en materia de estrategias, políticas y decisiones concretas en materia de gestión del riesgo (a pesar de cierta confusión terminológica contemplada en la Circular 1/2016⁴¹⁹). La adopción de esta estructura evidencia que se ha habilitado un proceso de control efectivo de gestión y riesgos acoplado a la estructura organizativa. Este modelo se construye partiendo de la base de un organigrama bien configurado y riguroso, tal y como se expuso al comienzo de este epígrafe. Sobre la definición de las funciones, deberes y responsabilidades se diferencian tres niveles o líneas de defensa.

La primera línea está conformada por el personal operativo, los empleados y mandos intermedios que participan o desarrollan materialmente la actividad de la empresa y que están implicados directamente en la mayoría de los procesos de la organización, situándose, por tanto, más “cerca” de los posibles riesgos o incumplimientos. Se trata del personal que ha de identificar, gestionar y controlar los riesgos sobre la base de las directrices de control adoptadas por la dirección (formación y sensibilización, herramientas de medición, códigos de conducta, etc.).

La segunda línea la componen los miembros que detentan facultades de supervisión y control de los riesgos. En este nivel se sitúa el órgano con la *función de compliance, compliance officer*, oficial de cumplimiento o cualquiera que sea la denominación que se le dé al órgano, sea unipersonal o colegiado (según las necesidades y naturaleza de la empresa). Como ya se ha expuesto⁴²⁰, sus atribuciones esenciales se centran en velar por el cumplimiento del modelo de prevención de delitos, controlar y monitorizar los riesgos de relevancia penal según los parámetros acordados por el órgano de administración y esa labor de supervisión se efectuará con los recursos y medios con los que el órgano de administración le ha dotado. Cuando se manifieste un riesgo o aprecie algún incumplimiento, defecto o error, este órgano

⁴¹⁹Vid. *supra* pp. 134-135, pp. 264-265 (nota al pie).

⁴²⁰Respecto a las funciones de vigilancia y control que detenta el órgano con la *función de compliance*, vid. *supra* pp. 170-181.

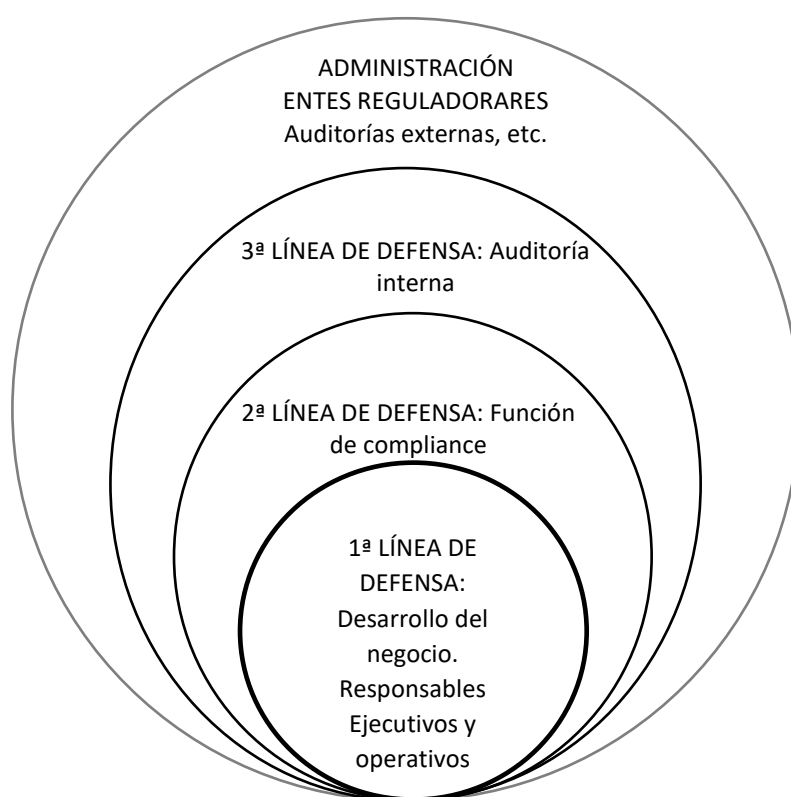
deberá notificarlo al órgano de administración para que éste último adopte las decisiones oportunas. Igualmente, el órgano sobre el que recaiga la *función de compliance* puede asesorar y auxiliar a la dirección mediante la elaboración de propuestas para mitigar o proponer soluciones a cualquier problemática relacionada con los riesgos y la prevención de delitos.

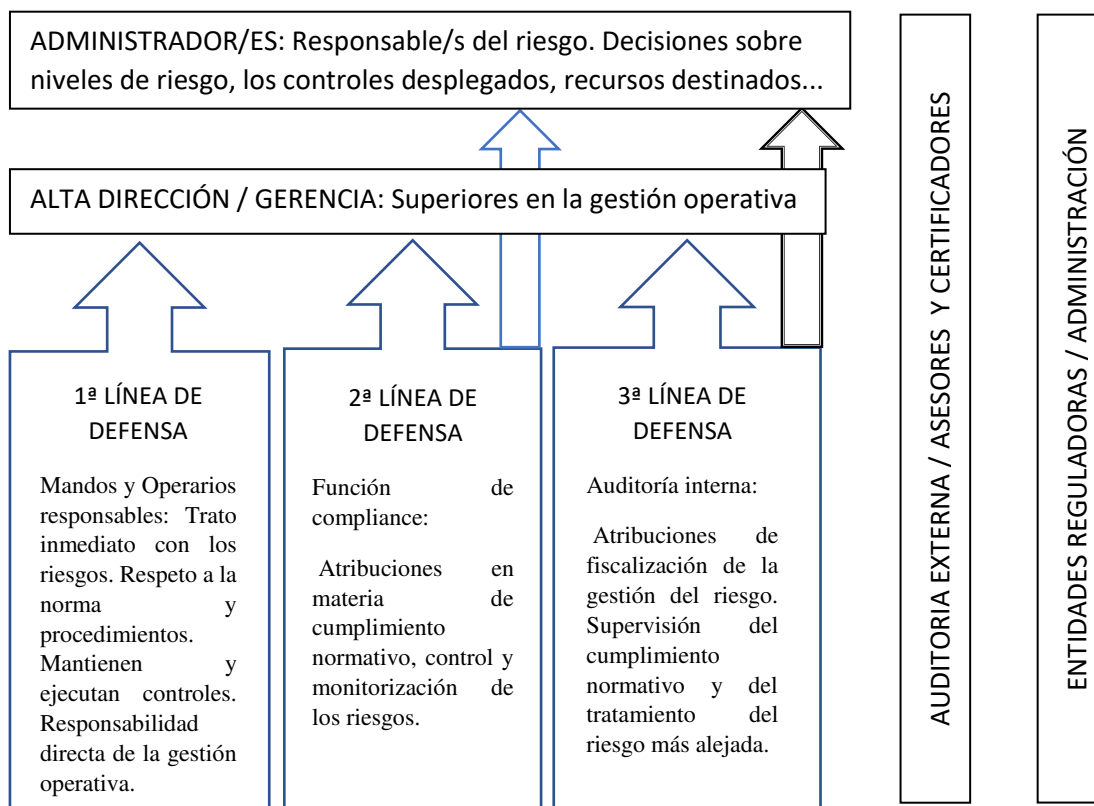
En el último nivel se sitúa la auditoría interna, cuya labor esencial consiste en supervisar el desarrollo de la actividad de la empresa y todos los mecanismos de gestión y control de una manera totalmente independiente para reportar al órgano de administración su valoración acerca de estos extremos. Hay que reiterar que, la razón de ser sobre la remisión de reportes e información de riesgos al órgano de administración es que las actuaciones de control siempre han de desarrollarse en el marco de las directrices y objetivos fijados por éste.

Es decir, mientras que el resto de niveles responde del correcto desarrollo de sus labores conforme a los modelos de organización y gestión aprobados y a los medios de control del riesgo facilitados, el órgano de administración es responsable de dirigir y controlar la labor de estos, también es directamente responsable de la *idoneidad* del *compliance program* que ha aprobado, así como de los medios de control del riesgo que ha facilitado, pues es el que los acuerda y establece el nivel de apetito del riesgo⁴²¹.

⁴²¹Sobre la relación entre la incorporación de un engranaje de control en los procesos y las propias tareas de estudio del riesgo desarrolladas en el epígrafe anterior, puede traerse a colación la aludida Circular 1/2016 FGE cuando recoge el siguiente tenor literal: «*La persona jurídica deberá establecer, aplicar y mantener procedimientos eficaces de gestión del riesgo que permitan identificar, gestionar, controlar y comunicar los riesgos reales y potenciales derivados de sus actividades de acuerdo con el nivel de riesgo global aprobado por la alta dirección de las entidades, y con los niveles de riesgo específico establecidos.*». En el establecimiento de los niveles de riesgo global y específicos, ha de protegerse un ámbito de discrecionalidad empresarial «*business judgment rule*». Toda actividad empresarial conlleva algún tipo de riesgo potencial y resulta ilusorio pretender controlar totalmente todo aquello que la rodea o afecta, por lo que debe darse un margen o espacio razonable de “impunidad” para fomentar y garantizar la actividad productiva y empresarial pues hacer responder a la empresa por cualquier riesgo supondría frenar las pretensiones de potenciales empresarios de crear o desarrollar cualquier tipo de actividad o servicios. Esto derivaría en un freno en el avance socioeconómico de cualquier sociedad. Mediante este concepto, se exonera de responsabilidad al administrador cuando haya tomado una decisión equivocada, pero donde concurren tres exigencias: 1ª) Haya sido tomada sin que haya incurrido en conflicto de intereses, obrando de buena fe y en interés de la empresa. 2ª) Se circunscriba al ámbito de decisiones sobre políticas, directrices o estrategias empresariales. 3ª) Se haya tomado tras haberse dotado de la información necesaria y haber realizado un análisis adecuado que le permita tener los elementos de juicio necesarios para tomar una decisión. Estas condiciones ratifican la importancia de establecer procesos que respeten un deber de diligencia conforme con los patrones del *ordenado empresario* y con las exigencias habituales, procedimientos y estándares existentes en el momento en el ámbito o contexto de la actividad o sector.

Con esta estructura o modelo organizativo de tres niveles se garantiza, a priori, una debida observancia y supervisión de situaciones que pudieran acarrear situaciones de riesgo. A continuación, se recogen dos gráficos que describen estructuras organizativas de control basadas en el modelo “de las tres líneas de defensa”:





Por otro lado, la supracitada Circular 1/2016 FGE asume como criterio interpretativo y referencia para analizar el contenido y requisitos de los programas de prevención textos que propugnan el establecimiento de estructuras de control y mecanismos de *check and balances*:

«Como criterio interpretativo, y con las necesarias adaptaciones a la naturaleza y tamaño de la correspondiente persona jurídica, resulta útil acudir a la normativa sectorial de las entidades para las que sí está específicamente prevista una determinada organización y gestión del riesgo: las Circulares de la CNMV nº 6/2009, de 9 de diciembre, sobre control interno de las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades de inversión y nº 1/2014, de 26 de febrero, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión, el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, publicado por la CNMV el 24 de febrero de 2015... ».

Obviamente se trata acudir a los planteamientos ligados al propio origen del *compliance* y que nunca deberían ser obviados. La materialización más clara de los

postulados de estas formas de entender y gestionar la empresa la tenemos en los sectores regulados y, por ello, La Fiscalía recurre a su normativa sectorial. Aunque obedezcan más a razones de imperativo legal que a la concienciación entre sus directivos, las empresas que actúan en ese contexto han sido pioneras en la implementación de este tipo de normas, pues las exigencias legales que le son aplicables se han ido intensificando y concretado en aras de profundizar en los aspectos como el control, la transparencia y la rendición de cuentas. Algunos ejemplos de medidas aplicadas en esta línea son:

- La publicación y divulgación obligatoria de datos y resultados
- El aumento de requisitos de selección personal directivo y limitaciones del cargo.
- La limitación en las facultades de delegación de competencias, en particular respecto a decisiones relacionadas con tratamiento del riesgo.
- La obligación de incorporar personal directivo independiente. El impulso de los procedimientos de auditoría: interna y externa.
- La creación de comisiones u órganos de auditoría que supervisan las decisiones del órgano de administración.
- La limitación y endurecimiento de las políticas de nombramientos, retribuciones incompatibilidades y conflictos de intereses.
- El reforzamiento de las medidas de diligencia debida.
- La necesidad de dotarse de normas orgánicas y procedimientos claros.
- La obligatoriedad de contar con información documentada relativa a procedimientos de diversa naturaleza.
- La atribución clara de deberes y responsabilidades de los administradores.
- La concreción y registro de los canales o flujos informativos

Son cada vez más numerosas, pues se benefician de un plus reputacional, las empresas que incorporan en su seno estructuras y medidas alineadas con lo que conocemos como el *buen gobierno corporativo* y la *responsabilidad social corporativa*, que, al fin y al cabo, son corrientes que persiguen que en las empresas se actúen conforme a elevados estándares éticos. La diferencia radica en que, mientras *el buen*

gobierno corporativo se circunscribe esencialmente al ámbito *ad intra*, es decir, a la organización y gestión interna de la empresa (estableciendo obligaciones relativas a transparencia, control eficaz y salvaguarda de los intereses de los socios de la empresa, etc.), *la responsabilidad social corporativa* se centra en la relación *ad extra* del ente, lo que implica la gestión de los impactos que la actividad de la empresa genera en el entorno (abordando la necesidad de evaluaciones profundas de impacto ambiental, afectación a los núcleos sociales y los grupos de interés asociados a su actividad, etc.).

Por último, puede hacerse hincapié en que algunas de las medidas que contemplan estas políticas ya están expresamente contempladas como exigencias singularmente previstas para los modelos de gestión y control, por ejemplo, el canal de denuncias. De todo lo expuesto, quizás un aspecto muy importante a la hora de adoptar y controlar los procedimientos para la formación de la voluntad, adopción de decisiones y su ejecución es la existencia de un compromiso real de los miembros de la organización. Para ello se requiere una labor proactiva tendente a promover la transparencia, la rendición de cuentas y el respeto por el cumplimiento normativo que ha de estar liderada por el propio órgano de administración y el personal con facultades de control, pero en la que todo trabajador ha de ser partícipe. En cualquier otro caso, nos encontraríamos con unos procesos minuciosamente redactados pero que, al no existir ánimo de fiscalización o control real, resultan ineficaces y se quedan en papel mojado. Para evitarlo, todas las actuaciones que persigan estos objetivos, los medios o los recursos destinados a la formación y concienciación son fundamentales.

5.1.3. Gestión de recursos financieros dirigidos a impedir delitos que han de ser prevenidos: fiscalización y check and balances.

El tercer elemento exigido por el Código para todo *compliance penal* es la determinación de que el ente corporativo disponga de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. Esta previsión contemplada en el ordinal 3º del artículo 31 bis 5, conlleva que la persona jurídica se organice de forma que existan mecanismos de control y

supervisión sobre la actividad financiera y contable tendentes a evitar riesgos de relevancia penal. Además, un diseño adecuado de la gestión de estos recursos debería implicar que un órgano interno fiscalice de manera autónoma e independiente los recursos financieros de la organización.

Como expone PALMA HERRERA⁴²², la aseveración que conforma este tercer requisito se ha prestado a diversas lecturas y algunos autores han considerado que esta previsión implica, además, la obligación de dotar de medios financieros y recursos humanos al funcionamiento efectivo del propio *compliance*; interpretación, quizás, desacertada, pues la asignación cierta de recursos humanos y financieros dirigidos a aplicar el *compliance* es, realmente, la premisa esencial para una implementación eficaz de cualquier modelo de organización y gestión, como dispone el art. 31 bis 2.1ª y no uno de los requisitos concretos que debe cumplir para poder atribuirle efectos exoneradores de responsabilidad penal.

Los propósitos más evidentes de este tercer requisito circunscrito a la gestión de recursos financieros para impedir delitos son tres: 1º) Imposibilitar que los recursos financieros se destinen a actividades delictivas. 2º) Impedir el blanqueo de capitales en el seno de la empresa. 3º) Evitar conductas fraudulentas que perjudiquen o produzcan un menoscabo a la Hacienda Pública, al Sistema de Seguridad Social o actos ilícitos tendentes a la obtención de ayudas o subvenciones provenientes de la Administración.

En relación con el objetivo de imposibilitar riesgos fundados en que ciertos bienes o patrimonio de la sociedad se destinen a la comisión de delitos, se trata de impedir -con medidas y controles como los ya apuntados- que los recursos financieros acaben en manos de organizaciones o grupos criminales y terroristas. Igualmente, se configuran con el objeto de que los caudales no sean utilizados para financiar ilegalmente a partidos políticos. Sin embargo, atendiendo a la mayor probabilidad y asiduidad de los supuestos, puede que estas medidas vengan a evitar, sobre todo, conductas relacionadas con la corrupción. Por un lado, están destinadas a impedir delitos contra la administración pública -en particular, el cohecho-, al controlar y

⁴²²PALMA HERRERA, J.M.; «Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de “compliances”» en *Compliances y responsabilidad penal corporativa*, op. Cit, pp. 57-58.

verificar que no se producen pagos o entrega de dádivas a funcionarios públicos para influir en la actividad administrativa. Y, por otro, imposibilitar comportamientos delictivos relacionados con la corrupción en los negocios⁴²³. Por ejemplo, mediante la adopción de restricciones como la prohibición dirigida a todo miembro de la organización de aceptar o entregar de cantidades, regalos u otro tipo de beneficios o ventajas a cambio de un trato de favor o el favorecimiento en las relaciones comerciales.

Acerca de la función específica tendente a impedir el blanqueo de capitales, la determinación es obstaculizar que se inyecte capital en los flujos económicos de la empresa⁴²⁴ o se haga uso, posea o transmita cualquier tipo de bienes cuyo origen provenga de una actividad delictiva. Las medidas reforzadas de control que deben desplegarse han de tener por objeto principal frenar que fondos o bienes ilícitos puedan introducirse en el circuito patrimonial del ente corporativo, fase inicial del

⁴²³Por lo mediático del caso, hago referencia al Auto de apertura de Juicio Oral de fecha 4 de mayo de 2016 dictado por el Juzgado Central de Instrucción Nº5 de la Audiencia Nacional en el proceso penal conocido coloquialmente como «caso Neymar». El Auto tiene por formulada acusación contra nueve personas, siendo tres de ella personas jurídicas, el F.C. Barcelona, Santos Futebo Clube y N&N Consultoría Esportiva e Empresarial. La acusación se sustenta en los delitos de corrupción en los negocios del artículo 286 bis, conforme el artículo 31 bis del Código Penal y estafa impropia de los artículos 251.3 y 251 bis, acorde al 31 bis C.P. En relación con los indicios de criminalidad, respecto del delito de corrupción entre particulares se expone que Neymar tenía una relación contractual de carácter laboral con el Santos Futebo Clube cuyo vínculo había de perdurar hasta el año 2014, suscribiéndose una cláusula de rescisión de 65 millones de euros y autorizando el club a negociar con otros clubes. Neymar y su progenitor suscribieron dos contratos con el FC Barcelona, alterando el libre mercado de fichajes de futbolistas por cuanto se contemplaba que, ante el su incumplimiento debía de abonar 40 millones de euros más otros 10 millones que fueron anticipados. Por otro lado, en el Auto se remarca que el FC Barcelona no tenía implementado un sistema de cumplimiento y prevención de delitos *-compliance program penal-*, sino que tan sólo existía un procedimiento básico que antecedió a la firma de cualquier contrato. Este procedimiento consistía en la generación previa de un expediente, donde se incorporaban los informes de los departamentos correspondientes (deportivo, legal, financiero y dirección general) y se iban rubricando por los titulares de los departamentos en señal de validación, no pudiéndose aprobar por la Junta Directiva sin el previo visto bueno de los responsables. Pues bien, se apunta que para este supuesto no consta siquiera la realización de este procedimiento, ni la previa aprobación por la Junta Directiva, ni su posterior ratificación.

⁴²⁴Existen varias condenas por sentencia firme a personas jurídicas por delito blanqueo de capitales en aplicación de lo contemplado en los artículos 301.1 y 2 y 302.1, conforme el artículo 31 bis del Código Penal. En este sentido, la STS núm. 583/2017 de 19 de julio (RJ 2017\4864), confirma la condena por blanqueo a seis personas jurídicas pues recibieron fuertes inyecciones de capital que tenían un origen ilícito, concretamente provenían del tráfico de drogas. Las penas impuestas a estas empresas declaradas penalmente responsables oscilan desde los 2 a 5 años de multa, en las cuantías que varían entre los 20.000 y 3.650.000 euros. Originariamente, la Audiencia Nacional acusaba a diez personas jurídicas, aunque finalmente se produjo la condena a seis de ellas [sentencia de la Audiencia Nacional núm. 29/2016 de 15 de julio (JUR 2016, 168006)]. Resulta llamativo que tres de esas seis personas jurídicas fueron ya declaradas penalmente responsables por otros hechos en la célebre STS núm. 154/2016, de 29 de febrero (RJ 2016\600).

blanqueo denominada «placement». Para ello, es esencial que se supervisen operaciones como ingresos o adquisiciones, limitando o tasando las cantidades en efectivo, exigiendo documentos relativos a la identificación de los titulares reales, contratos, justificación de la titularidad, de la actividad comercial, del origen de la mercancía o del patrimonio, etc. En este contexto, la llevanza diligente de la contabilidad y las finanzas y el escrupuloso cumplimiento de las exigencias previstas tanto en la Ley 10/2010 de 28 de abril de prevención del blanqueo como en el Real Decreto 304/2014, que la desarrolla son esenciales.

El tercer propósito de estos modelos de gestión de los recursos financieros consiste en impedir conductas ilícitas en aquellos supuestos en que la persona jurídica, en virtud de su estatus de sujeto obligado tributario⁴²⁵, sujeto responsable o beneficiario de una ayuda o subvención, detenta unos específicos deberes para con la Administración (como pueden ser la obligatoriedad en la comunicación de informaciones, la aportación de documentos, la presentación de declaraciones o autoliquidaciones que reflejen fielmente el estado financiero y contable de la persona jurídica, etc.). En este caso, se trata de que los controles o instrumentos desplegados garanticen que la persona jurídica cumple con pulcritud y de manera puntual las exigencias derivadas de la especial relación con la *res pública*.

En consecuencia, estas funciones vienen ratificar la importancia, tanto por la elevada casuística como por la relevancia de los riesgos asociados, de que el

⁴²⁵La Audiencia Provincial de Pontevedra, mediante sentencia núm. 38/2017 de fecha 30 de junio (ARP 2017\1021), declara penalmente responsable a una persona jurídica por un delito contra la hacienda pública, en aplicación de lo contemplado en el artículo 310 bis, en relación con el artículo 31 bis. La empresa recibió de la Administración más de un millón de euros a causa de una expropiación, ingreso que omitió en la correspondiente declaración del Impuesto de Sociedades con una evidente intención de incumplir sus obligaciones tributarias y defraudar al fisco. Sólo procedió a declarar dicho ingreso mediante declaración complementaria, cuando el administrador ya había sido llamado a declarar por Fiscalía -lo que evidencia la existencia formal de un procedimiento contra ella-. Mediante esta presentación trataba de regularizar su situación y beneficiarse de la misma antes de que tuviera lugar la conocida como «causa de bloqueo», que impediría dicho beneficio. Sin embargo, no pudo operar la regularización por extemporánea. La pena impuesta a la sociedad limitada en cuestión consiste en multa de 200.000€ y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de dos años.

compliance program contemple y refuerce unos modelos de gestión y control recursos financieros adecuados para impedir la comisión de delitos⁴²⁶.

Por otro lado, cabe destacar que el Código Penal no precisa abiertamente que el órgano que supervise la contabilidad y finanzas sea el mismo que aquel encargado de modo genérico de velar por el cumplimiento del *compliance*, sin embargo, aglutinan funciones que podrían solaparse en determinados ámbitos. Por tanto, cabe la opción de que el órgano que detenta la función global de *compliance*, y que se prevé en el artículo 31 bis 2.2ª., sea aquel que también tiene funciones concretas de fiscalización de cuentas o que sea otro órgano auditor interno con atribuciones específicas en materia de control financiero y contable. Quizás en este último caso, se estaría profundizando en un control por niveles, más alineado con las estructuras de *autorregulación regulada* y mecanismos de *check and balances*.

Al posibilitar la coexistencia de un órgano con *función de compliance* y otro auditor de finanzas, se permitiría articular controles de procesos donde ambos tuvieran intervención, lo que exhibe aún más la persecución del espíritu de este requisito por parte de la empresa. Pero cabría igualmente la posibilidad de que en el caso del órgano que posee la función relativa a la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo de organización y gestión -*función de compliance*- fuera de composición colegiada, atribuyendo a uno o varios individuos funciones concretas en materia de control y supervisión contable y financiera. Para decidir por una u otra opción puede acudir a las nociones y propuestas que prestan los estudios que se ocupan de *diseño institucional* tendentes a lograr el cumplimiento normativo y el compromiso de los miembros de la organización por el bien colectivo⁴²⁷. Esto nos ayuda, entre otros

⁴²⁶Aunque se trata de una referencia dirigida al plano procesal, y desde una perspectiva sobre la carga probatoria más que dudosa, la *Circular 1/2016 Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por ley orgánica 1/2015*, indica lo siguiente sobre este requisito del *compliance*: «En todo caso, no ofrece duda que es la propia empresa quien tiene los recursos y la posibilidad de acreditar que, pese a la comisión del delito, su programa era eficaz y cumplía los estándares exigidos legalmente, al encontrarse en las mejores condiciones de proporcionar de manera única e insustituible los datos que atañen a su organización, especialmente los relacionados con algunos requisitos de muy difícil apreciación para el Fiscal o el Juez como la disposición de los protocolos o procedimientos de formación de la voluntad o de adopción y ejecución de decisiones de la persona jurídica (segundo requisito del apartado 4) o de los “modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos” (tercer requisito).»

⁴²⁷Vid. TENA SÁNCHEZ, J.; «Estrategias de diseño institucional, cumplimiento y virtud cívica», en *Revista de Ciencia Política*, Vol. 29, n°1, Barcelona, 2009, pp. 88-106.

muchos aspectos, a comprender y establecer estructuras que ahonden en el control y la rendición en cuentas.

Sin embargo, no hay que olvidar que lo sustancial es que las estructuras y procedimientos formales tendentes a cumplir con las exigencias se correspondan con una verdadera conducta fiscalizadora que pueda materializarse con facilidad en extremos como peticiones de información, de documentos, informes de no conformidad, solicitudes de rectificación, etc. La posibilidad factible de que ello acontezca y, en su caso, las muestras de que efectivamente han acontecido este tipo de actos de disconformidad o requerimientos es la que tenderán a valorar los jueces y magistrados pues conforman una sólida evidencia de los modelos de gestión de recursos financieros disponen de controles que realmente se aplican.

Expuestas las funciones llamadas a cumplir por este tercer requisito y abordados los aspectos orgánicos, creo conveniente apuntar otras observaciones relativas a los mecanismos de control a desplegar. Los controles han de ser aplicados en dos vertientes, pudiendo distinguir entre controles financieros y controles no financieros.

Los controles relativos a los procesos de gestión de recursos financieros tienen por objeto inmediato velar por la correcta aplicación y gestión de los recursos económicos de la persona jurídica. Dentro de estos, existen controles centrados en los gastos o desembolsos y, otros, dedicados a garantizar la indemnidad y fidelidad de los aspectos contables.

Sobre los primeros, los relativos al gasto, las medidas suelen consistir en establecer políticas y aplicar medidas tendentes a regular y limitar los desembolsos por razón de viajes o dietas, gastos de representación, pagos en efectivo y patrocinios o aportaciones a proyectos de terceros. Respecto a los controles tendentes a asegurar la que la contabilidad se realice de manera diligente y represente la imagen fiel de la empresa, existe un amplio elenco de controles, entre los que puedo destacar los siguientes: la obligatoriedad de contar con personal cualificado y dotarle de formación regular en materia de novedades normativas de carácter contables; la aplicación directa de los criterios previstos en la normativa contable, como los planes generales

de contabilidad, la actuación en esta materia bajo el fundamento de representación de la imagen fiel de la empresa y los principios contables de empresa en funcionamiento, devengo, uniformidad, prudencia, no compensación e importancia relativa⁴²⁸; la prohibición de ocultación, simulación y falsificación de datos, asientos u operaciones contables; la obligatoriedad de justificar pormenorizadamente los gastos; el establecimiento de unos flujos informativos claros como la obligación reportar de manera regular y ante acontecimientos extraordinarios a los departamentos de auditoría, órgano que detente facultades de control en materia financiera y al propio órgano de dirección; la supervisión directa del departamento de auditoría y el establecimiento de controles de carácter procedimental que le atribuyan funciones indispensables (como sistemas de autorización por doble o triple firma); el deber de registrar y reportar cualquier operación de relevancia económica, así como el establecimiento de recursos que garanticen la custodia y aseguramiento de los documentos relacionados con las operaciones; etc. En síntesis, la adopción de procesos de control de ámbito contable que impliquen directamente a los diversos órganos de la organización y que garanticen la circulación de la información, desde los departamentos de contabilidad hacia los administradores pasando por los órganos con facultades de supervisión.

No obstante, los controles financieros no resultan eficaces a la hora de impedir riesgos relacionados con el tratamiento y gestión de cantidades no introducidas en los flujos económicos oficiales y contabilidad de la empresa, riesgos que por su naturaleza se encuentran vinculados a los delitos de corrupción, ya sea con la implicación de funcionarios públicos o se circunscriba a la corrupción entre particulares. Igualmente,

⁴²⁸Estos principios rigen la actividad contable y siempre han de aplicarse bajo la premisa de que las cuentas representen fielmente el patrimonio, las operaciones y la situación financiera de la persona jurídica. A modo de síntesis: el principio de empresa en funcionamiento conlleva que las cuentas de la organización han de representar el funcionamiento a futuro del ente corporativo. El principio de devengo significa que las transacciones u otros hechos de relevancia económica se registran en el momento que acaezcan, in atender directamente a la fecha de su pago o cobro. El principio de uniformidad supone la aplicación continua de los criterios adoptados, informando y justificando cualquier cambio al respecto. El principio de prudencia implica que las estimaciones y valoraciones se adecúen a la imagen fiel de las cuentas y se conjuguen con elementos valorativos racionales en aspectos que conlleven alguna incertidumbre. La prohibición de compensar partidas del activo y pasivo o gastos e ingresos es la materialización del principio de no compensación. Por último, el principio de importancia relativa, que ha de aplicarse con extraordinaria cautela, permite la no aplicación de algún criterio contable cuando el aspecto en cuestión carezca de una mínima relevancia y no se altere la imagen fiel o se produzca un riesgo, en estos casos las partidas o importes pueden unirse con otros de idéntica naturaleza.

existen riesgos asociados al tratamiento de información financiera relevante que han de ser controlados. Para prevenir posibles conductas delictivas en este sentido, las personas u órganos con facultades decisorias han de acordar e implementar eficazmente políticas y procedimientos de control no financiero. Una muestra de este tipo de medidas son las que a continuación se relacionan: la prohibición de aceptar u ofrecer cualquier tipo de dádivas, obsequios (salvo aquellos aceptados socialmente carentes de relevancia económica) o trato de favor a cualquier persona o ente corporativo con el que pudiera existir relación comercial directa o indirecta o cualquier tipo de conflicto de interés; el establecimiento de pautas de conducta que determinen el modo de actuar o inhibirse por parte de los sujetos sobre los que pudiera darse un caso de conflicto de interés; la proscripción en el uso de las estructuras o medios de la organización para el provecho particular o de terceros; la debida observancia de los principios de transparencia y rendición de cuentas en las conductas efectuadas a consecuencia del desarrollo de la labor profesional de todo miembro de la empresa; etc.

5.1.4. Obligación de informar sobre riesgos e incumplimientos al órgano con la función de compliance: canal de denuncias, anonimización e investigación

El cuarto requisito previsto en el apartado 5 del artículo 31 bis C.P. es el deber de que el *compliance* contemple la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. Se trata de establecer un mandato imperativo dirigido a todo miembro de la persona jurídica para que advierta al órgano con la *función de compliance* sobre cualquier vulneración o infracción de las normas y procedimientos, omisiones o dejación de funciones, y situaciones de peligro o contingencias que puedan presentarse durante el desarrollo de la actividad empresarial.

Para esclarecer esta obligación, examinaré algunos aspectos esenciales como: quiénes son los sujetos destinatarios de esta obligación; cuáles son los posibles riesgos

o incumplimientos denunciables en este escenario; quién es el responsable de recibir o investigar las denuncias; cuál es el procedimiento a seguir y, por último, la necesaria tarea de formación y concienciación sobre la importancia de la delación que ha de acompañar al despliegue de los mecanismos formales de denuncia.

Sobre el primer aspecto, el código no precisa quienes han de resultar vinculados por este deber de denuncia. Por tanto, considero que ha de partirse una regla de mínimos en la cual se establezca una obligación genérica de denuncia y una específica, reforzada por la vía del código disciplinario (sanción ante inobservancia de dicho deber) para todos los miembros que componen el ente corporativo. De este modo, se obtiene una graduación en la imposición de este deber realista y sensata, pues se exigirá mayor nivel de compromiso en función de la verdadera vinculación y capacidad de influencia que exista sobre el potencial denunciante.

Desde la perspectiva de la obligación genérica, donde el compromiso es laxo, sitúo a los clientes o beneficiarios finales del producto o servicio -cuando así sea-. Estos deberán tener a su alcance información acerca de la posibilidad de denunciar riesgos o incumplimientos, facilitándole el acceso a los cauces o canales de denuncia que más adelante serán expuestos. Por más que se establezcan protocolos y se tenga un firme interés, resulta evidente que, desde la empresa, no se puede obligar a denunciar a este tipo de sujetos pues no existen medios coercitivos que puedan amparar el presupuesto de dotar de cobertura jurídica a ese tipo de obligación. Sin embargo, ese acceso al canal de denuncia puede venir acompañado de recomendaciones o incentivos (descuentos, gratificaciones o recompensas, etc.) para fomentar una actitud proactiva por parte del cliente o particular destinatario final. Sin duda alguna, este tipo de actuaciones configuran una clara evidencia que, considero, debe intervenir en favor del ente, máxime cuando es sobradamente conocido que no son precisamente escasas las prácticas empresariales que tienden a obstaculizar o desatender las reclamaciones o denuncias de sus clientes.

En un nivel intermedio entre clientes y trabajadores se encuentran los proveedores, empresas asociadas o “socios de negocio”, subcontratistas, accionistas o socios, etc. En este caso, el ente corporativo posee mayor poder de influencia sobre

estos sujetos -también conocidos como partes interesadas o stakeholders-. Al margen de lo ya expuesto respecto de los clientes finales, los *procedimientos de diligencia* debida de selección de stakeholders previos a la formalización de vínculos de carácter mercantil resultan esenciales para conocer en profundidad el grado de compromiso de aquellos por el control de riesgos⁴²⁹. La realización de un primer filtro en la selección y la posterior inclusión de cláusulas que, para el caso que nos ocupa, concreten deberes específicos de denunciar incumplimientos y riesgos potenciales o reales que estos aprecien⁴³⁰, configuran pautas que han de seguirse. Ante el incumplimiento de esta obligación, es pertinente prever la finalización de la relación contractual, pudiendo ir acompañada por un quantum indemnizatorio en función de parámetros como el grado de conocimiento, la gravedad del riesgo o incumplimiento, el daño efectivo o reputacional sobre la empresa, etc.

Los trabajadores y personal directivo, como miembros que conforman el propio capital humano de la persona jurídica, son los destinatarios por excelencia de la obligación de informar sobre riesgos e incumplimientos. La conexión jurídica entre estos miembros y el ente es máxima por lo que resulta muy sencillo incorporar en las cláusulas contractuales concretos deberes de denuncia cuando estos adviertan riesgos potenciales o reales, incumplimientos de los procedimientos, omisiones o cualquier irregularidad que se aleje de los estándares habituales en el ámbito de su experiencia y competencias, de los protocolos y pautas en los que hayan sido formados o, simplemente, cuando surja un problema o interrogante sobre el debido modo de

⁴²⁹Vid. NIETO MARTÍN, A.; «La privatización de la lucha contra la corrupción», en AAVV/ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (Dir.); *El derecho penal económico en la era compliance*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 201, p. 204, incide en la importancia del control de honorabilidad de los socios de negocio de la empresa, proveedores y clientes o los procesos «conozca a su cliente» (procedimientos que también son conocidos bajo el acrónimo KYC, *know your customer*).

⁴³⁰En relación con la apertura del canal de denuncias a los *stakeholders*, con la finalidad de que los miembros de esos entes puedan denunciar, debe de subrayarse que esa facultad se atribuye desde su condición de miembros ajenos a la concreta persona jurídica que establece esa obligación en el modelo de prevención. Se trata de canalizar la posibilidad de que terceros, como son los socios de negocio o *stakeholders*, pueda informar a la otra empresa con la que colaboran. Ello no implica en absoluto, que una conducta delictiva de un miembro de una persona jurídica pueda derivar en responsabilidad penal de otra persona jurídica. La transferencia de responsabilidad penal por ilícitos cometidos en su seno, sólo puede operar desde sociedades filiales o dependientes a la sociedad matriz cuando ésta última tuviera deber de control y supervisión sobre la filiar y no hubiese sido realizado y concurriesen las exigencias previstas en los hechos de conexión.

proceder. El código de conducta⁴³¹, aplicable a cualquier miembro de la empresa, necesariamente debe contemplar este deber y acompañarlo con una sanción proporcional al grado de incumplimiento y relevancia del mismo, de este modo se garantiza el necesario *enforcement* al destinatario. Así mismo, una política de incentivos aplicada con mesura y tendente a ofrecer alguna recompensa al informante viene a evidenciar un mayor grado de compromiso de la empresa por fomentar este tipo de conductas.

En segundo lugar, sobre los extremos o supuestos para los que ha de existir obligación de informar, parece que podemos inclinarnos por dos opciones. Una consistente en prefijar un listado de presupuestos fácticos que, de darse, originarían ese deber de denuncia. Y, otra opción, en la cual el deber de informar existe desde el momento en que el miembro de la empresa aprecie *la existencia de un posible riesgo o incumplimiento*. Esta última, no sólo parece amoldarse mucho mejor a la literalidad de lo dispuesto en el Código Penal, sino que se apta también a su espíritu y pretensiones.

En principio, establecer un catálogo de supuestos tasados para los cuales existiría la obligación de informar se torna ineficaz e injustificado; sostengo esta consideración fundamentalmente por dos razones. La primera es que, a causa de la gran amplitud y diversidad de los casos que podrían ser susceptibles de denunciar, se requeriría para su concreción o actualización unos recursos que merecen ser dedicados a otros ámbitos. La segunda radica en que el único fundamento que justificaría tasar los casos podría ser el alto número de informaciones o denuncias internas recibidas por parte de los miembros de la organización. En ese hipotético supuesto, la necesaria dedicación al análisis caso por caso y el riesgo de saturar al órgano que posee la *función de compliance* ampararía, en cierta manera, inclinarse por la opción del *numerus clausus*. Sin embargo, que pueda darse este supuesto hoy día es algo ilusorio, pues la ausencia de un desarrollo normativo que dote de amplia cobertura jurídica al delator, la falta de una conciencia ética acerca del cumplimiento y, en particular, sobre el deber

⁴³¹Extremo analizado en el epígrafe siguiente: 5.1.5. *Sistema disciplinario que castigue el incumplimiento: código de conducta y paradojas sobre sanciones desproporcionadas*, vid. *infra* pp. 314-323.

de informar incumplimientos, causan precisamente que las denuncias internas sean realmente escasas.

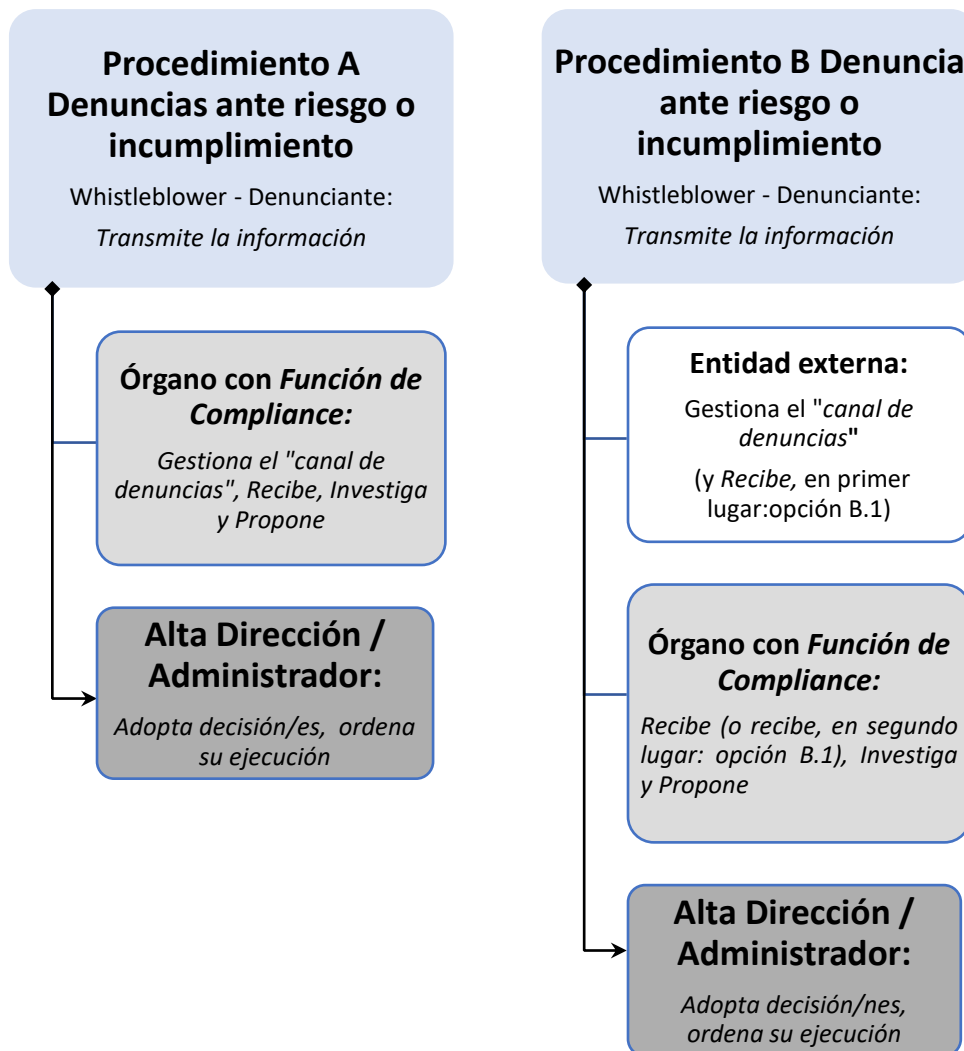
El tercer punto por clarificar es aquel relativo a quién recibe las informaciones sobre los incumplimientos y quién es responsable de investigarlas. El Código indica que el sujeto receptor es *el organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención*, por lo que el destinatario ha de ser el miembro o miembros que detenten la *función de compliance* con poderes autónomos de iniciativa y control que prevé el artículo 31bis 2.2ª. La designación como *organismo* en lugar de *órgano* parece ser una mera cuestión de estilo, pero que puede dar lugar a cierta confusión pues por organismo puede considerarse a otro ente independiente, separado de la empresa. El Código Penal deja claro en el referido artículo 31 bis 2.2ª que la *función de compliance* ha de recaer sobre un órgano de la propia persona jurídica y que éste es quien tiene las atribuciones en materia de supervisión de la eficacia de los controles desplegados en la empresa. La recepción de las denuncias sobre riesgos o incumplimientos por parte del *compliance officer* u órgano con *la función de compliance*, además de encontrarse claramente contemplado en el 31 bis 5.4º C.P., constituye un elemento muy significativo en las funciones de supervisión de los controles. Despojar del cometido de recibir y analizar este tipo de informaciones mutilaría la *función de compliance* al privarle de elementos que, sin duda alguna, resultan esenciales para conocer el estado de los riesgos y controles.

Sin embargo, esto no implica que los procedimientos o mecanismos articulados para comunicar este tipo de informaciones deban totalmente ser elaborados y gestionados por la misma persona jurídica o que la propia información pueda ser recogida, en primer lugar, por otro ente corporativo. Mientras se garanticen la protección de los derechos relacionados con la protección de datos y que las informaciones serán recibidas por el órgano con la *función de compliance*, los canales de denuncia pueden ser encargados a otras empresas. En este sentido, se pronuncia la Circular 1/2016 FGE:

«Tampoco existe inconveniente alguno en que una gran compañía pueda recurrir a la contratación externa de las distintas actividades que la función de cumplimiento normativo implica. Carecería de sentido y restaría eficacia al modelo imponer a una

multinacional la realización y control interno de todas las tareas que integran la función de cumplimiento normativo. Lo verdaderamente relevante a los efectos que nos ocupan es que la persona jurídica tenga un órgano responsable de la función de cumplimiento normativo, no que todas y cada una de las tareas que integran dicha función sean desempeñadas por ese órgano. Muchas de ellas incluso resultarán tanto más eficaces cuanto mayor sea su nivel de externalización, como ocurre por ejemplo con la formación de directivos y empleados o con los canales de denuncias, más utilizados y efectivos cuando son gestionados por una empresa externa, que puede garantizar mayores niveles de independencia y confidencialidad.»

Para optar por una u otra alternativa, se tienen que valorar aquellos factores que intervienen en favor o en contra de administrar los propios canales de denuncia o encomendar a otra empresa su gestión. Aspectos como los recursos tecnológicos y humanos destinados, la formación del personal, los costes, la aparente imparcialidad o la sensación de distancia entre el informante y aquel que recibe la información han de ser considerados para tomar una decisión.



Existen numerosos y extensos textos que abordan de manera específica el modo de implementar un canal de denuncias, por lo que no se ha considerado pertinente dedicar en el presente trabajo de investigación un apartado concreto al asunto. Pese a ello, debo subrayar algunos puntos que, creo, son esenciales para dotarle de unas mínimas garantías legales y demostrar que su adopción no responde a una simple estrategia de cara a exhibir que se tiene un canal de denuncias, sin que realmente exista interés sincero en vehiculizar la obligación de informar sobre posibles riesgos o incumplimientos.

Cualquiera que sea la organización que se establezca respecto del canal de denuncias, es pertinente difundir su importancia⁴³² entre los sujetos del ente corporativo y facilitar al potencial delator diversos medios para remitir la información (por ejemplo: vía correo postal, email, llamada y aplicación móvil). Igualmente, es apropiado establecer configuraciones diferenciadas en función del hipotético incumplimiento o riesgo apreciado por el informante, pues cabe la posibilidad de que puedan recibirse informaciones que obedezcan a meras sugerencias o quejas carentes de soporte jurídico. Se trata de facilitar la labor previa de catalogación de la información recibida y la subsiguiente determinación del nivel de prioridad, procedimiento y plazos a seguir. Por último, el nombre que se le dé al canal de denuncias parece baladí, pero podría tener cierta influencia en lo que se refiriere a contener a un sujeto que dude sobre denunciar o comunicar alguna información comprometida, por lo que una denominación menos agresiva, que tenga

⁴³²La validez y eficacia del canal de denuncias se revela en casos tan concretos como el analizado en la jurisdicción social mediante sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 845/2016 de fecha 11 de octubre (JUR 2016\252230), que viene a ratificar la procedencia del despido a causa de una serie de incumplimientos contractuales y transgresión de la buena fe contractual por parte del trabajador. Se trata de un caso donde el director de una oficina de Bankia es despedido tras haberse descubierto que ha incumplido la normativa interna y tramitado irregularmente una serie de operaciones de riesgo. La resolución recoge en los antecedentes de hecho número cuatro y cinco:

«4.- El Código de conducta de la Entidad demandada se aporta por la misma como documento 3 y se reproduce, constandingo igualmente la existencia en la demandada de un canal confidencial de denuncias aprobado en agosto del 2013 sobre posibles irregularidades financieras y contables de potencial trascendencia como otras conductas que constituyan incumplimientos del código ético y de conducta que se adviertan en el seno de cualquier sociedad del Grupo Bankia .

5.- En fecha 8-10-14 a través del referido canal confidencial de denuncias, se recibe una denuncia en los términos que se recogen en el documento 5 de la demandada, reflejando un hecho que considera no respeta el código ético y que se ha producido en la oficina...».

connotaciones más sutiles, como buzón ético, canal de incumplimientos, línea de información o de avisos, son algunas opciones a considerar.

Una vez se manifiesta el denunciante o informante interno, también conocido como *whistleblower*, mediante la emisión de una información acerca de un posible riesgo o incumplimiento, el reto es clarificar el procedimiento que debe seguirse y los derechos que asisten a las personas directamente afectadas, todo ello constituye el cuarto aspecto voy a tratar en este epígrafe. Ante la lógica falta de concreción que sobre esta cuestión se da en la norma penal, aludo nuevamente a la Circular 1/2016, que expone lo siguiente:

«...un modelo de organización y gestión, además de tener eficacia preventiva debe posibilitar la detección de conductas criminales. Lo sugiere el cuarto requisito del apartado 5, cuando impone “la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo de prevención.” La existencia de unos canales de denuncia de incumplimientos internos o de actividades ilícitas de la empresa es uno de los elementos clave de los modelos de prevención. Ahora bien, para que la obligación impuesta pueda ser exigida a los empleados resulta imprescindible que la entidad cuente con una regulación protectora específica del denunciante (whistleblower), que permita informar sobre incumplimientos varios, facilitando la confidencialidad mediante sistemas que la garanticen en las comunicaciones (llamadas telefónicas, correos electrónicos...) sin riesgo a sufrir represalias.»

La protección de *whistleblower* es crucial, por lo que es indispensable la aplicación de normas en el ente corporativo que efectivamente la garanticen. En este ámbito, las disposiciones a las que se tendrá que prestar mayor atención y deberán orientar la regulación interna son aquellas relativas a la protección de datos de carácter

personal⁴³³. En principio, lo que debe garantizarse indubitadamente es la *confidencialidad* del informante, que es aquello que recogió la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, sin embargo, el nuevo proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos⁴³⁴ incide en la posibilidad de que, en el ámbito del sector privado, se puedan presentar denuncias anónimas. Sobre este particular, el artículo 24 del referido texto contempla lo siguiente:

«Artículo 24. Sistemas de información de denuncias internas en el sector privado.

1. Será lícita la creación y mantenimiento de sistemas de información a través de los cuales pueda ponerse en conocimiento de una entidad de Derecho privado, incluso anónimamente, la comisión en el seno de la misma o en la actuación de terceros que contratasen con ella, de actos o conductas que pudieran resultar contrarios a la normativa general o sectorial que le fuera aplicable. Los empleados y terceros deberán ser informados acerca de la existencia de estos sistemas de información.

2. El acceso a los datos contenidos en estos sistemas quedará limitado exclusivamente a quienes, incardinados o no en el seno de la entidad, desarrollen las funciones de control interno y de cumplimiento. Sólo cuando pudiera proceder la adopción de medidas disciplinarias contra un trabajador, dicho acceso se permitirá al personal con funciones de gestión y control de recursos humanos.

3. Deberán adoptarse las medidas necesarias para preservar la identidad y garantizar la confidencialidad de los datos correspondientes a las personas afectadas por la información suministrada, especialmente la de la persona que hubiera puesto los hechos en conocimiento de la entidad, en caso de que se hubiera identificado.

4. Los datos de quien formule la comunicación y de los empleados y terceros deberán conservarse en el sistema de denuncias únicamente durante el tiempo imprescindible para decidir sobre la procedencia de iniciar una investigación sobre los hechos denunciados.

⁴³³Debe prestarse especial atención a la normativa comunitaria, en particular el *Reglamento UE 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*, en vigor desde el 25 de mayo de 2018 (art. 99). Igualmente, es pertinente conocer lo que recoge la *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal* y el reglamento de desarrollo *Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal*. No obstante, es de muy previsible aprobación el nuevo texto de Ley Orgánica de Protección de Datos actualmente proyecto en tramitación (Proyecto de Ley 121/000013) por lo que el lector habrá de tener en cuenta esta modificación legal. Así mismo, las recomendaciones e informes emitidos por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) resultan especialmente valiosos para conocer la aplicación e interpretación de las disposiciones en materia de protección de datos. Disponible en: <http://www.agpd.es/portalwebAGPD/index-ides-idphp.php> [2018, 2 febrero]

⁴³⁴Proyecto de Ley núm. 121/000013 publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 23/11/2017, núm.13-1, p.1. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-13-1.PDF [2018, 2 febrero]

En todo caso, transcurridos tres meses desde la introducción de los datos, deberá procederse a su supresión del sistema de denuncias. Si fuera necesaria su conservación para continuar la investigación, podrán seguir siendo tratados en un entorno distinto por el órgano de la entidad al que compete dicha investigación.

No será de aplicación a estos sistemas la obligación de bloqueo prevista en el artículo 32 de esta ley orgánica.»

En consonancia con lo expuesto, y como paradigma de la creciente aplicación de cauces que posibilitan denuncias anónimas -aunque en un ámbito jurídico-público-, es pertinente hacer referencia a la habilitación de una canal de denuncias anónimas por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) para que le sean comunicadas posibles infracciones del Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 sobre el abuso de mercado⁴³⁵.

En todo caso, lo que indudablemente se aprecia, es la existencia de una clara tendencia proclive a reforzar los mecanismos de protección y ocultación de identidad de los individuos en los que debe repararse a la hora de garantizar los derechos del informante. Sobre ello viene tomando forma el denominado *proceso de anonimización*⁴³⁶. La confidencialidad del informante debe asegurarse desde su

⁴³⁵El necesario paso previo de creación de un fichero con tal fin se efectuó mediante Acuerdo de 20 de diciembre de 2017, del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por el que se crea un fichero de datos de carácter personal de las posibles comunicaciones de infracciones (acuerdo publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 315 de 28 de diciembre de 2017). Este nuevo canal de denuncias, plenamente habilitado en enero de 2018, recoge textualmente la siguiente apreciación: «*Usted podrá decidir libremente si quiere revelar su identidad o no*». Disponible en: <https://www.cnmv.es/portal/whistleblowing/presentacion.aspx> [2018, 2 febrero]

⁴³⁶La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), entre las diversas actuaciones que desarrolla en materia de protección de datos de carácter personal, ha publicado una guía titulada “Orientaciones y garantías en los procedimientos de anonimización de datos”, cuyo primer apartado se ocupa de explicar la anonimización: «*La finalidad del proceso de anonimización es eliminar o reducir al mínimo los riesgos de reidentificación de los datos anonimizados manteniendo la veracidad de los resultados del tratamiento de los mismos, es decir, además de evitar la identificación de las personas, los datos anonimizados deben garantizar que cualquier operación o tratamiento que pueda ser realizado con posterioridad a la anonimización no conlleva una distorsión de los datos reales. [...] En el proceso de anonimización se deberá producir la ruptura de la cadena de identificación de las personas. Esta cadena se compone de microdatos o datos de identificación directa y de datos de identificación indirecta. Los microdatos permiten la identificación directa de las personas y los datos de identificación indirecta son datos cruzados de la misma o de diferentes fuentes que pueden permitir la reidentificación de las personas... En el diseño del proceso de anonimización será necesario prever las consecuencias de una eventual reidentificación de las personas que pudiera generar un perjuicio o merma de sus derechos. Igualmente será necesario prever una hipotética pérdida de información por negligencia del personal implicado, por falta de una política de anonimización adecuada o por una revelación de secreto intencionada que diera lugar a la pérdida de las variables de identificación o claves de identificación de las personas.*». Disponible en:

utilización del canal de denuncias, para que no pueda existir un mínimo riesgo de represalias. La aprobación de disposiciones en el código de conducta y/o en el proceso que se ocupe de la tramitación de las denuncias internas que prohíban taxativamente la ausencia de represalias a los denunciados de buena fe, supone otro componente muy significativo para proteger al informante y promover una actitud favorable a la delación entre el personal que integra la persona jurídica.

A todos los miembros de la persona jurídica y, en particular, al denunciante y denunciado, les asisten las previsiones de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal⁴³⁷ (LOPD, en adelante). Por consiguiente, gozan de los derechos como el de ser informados de la existencia de un fichero o el tratamiento que se da a la información de carácter personal, el de acceso a sus datos del propio fichero, la rectificación, la cancelación de los mismos y la oposición o cese de sus datos en el fichero, también conocidos como derechos ARCO, que garantizan al sujeto un poder de control sobre el tratamiento de sus datos personales. Y todo ello abarca al sujeto denunciado o agraviado que, por el contenido y naturaleza de la información, también debe ser amparado, pues existe la obligación de que se le comunique que se están tratando sus datos personales en relación con una denuncia que ha sido remitida.

http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/2016/Orientaciones_y_garantias_Anonimizacion.pdf [2018, 2 febrero]

⁴³⁷En la cuestión que concretamente nos ocupa, que son los derechos básicos del denunciante y denunciado, resulta especialmente de aplicación contemplado en el artículo 5, en sus apartados 1 y 4 de la vigente Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (aunque, se recuerda la existencia de un proyecto de ley en dicha materia):

«Artículo 5 Derecho de información en la recogida de datos

1. Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco: a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información. b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas. c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos. d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante. Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, deberá designar, salvo que tales medios se utilicen con fines de trámite, un representante en España, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento. [...]

4. Cuando los datos de carácter personal no hayan sido recabados del interesado, éste deberá ser informado de forma expresa, precisa e inequívoca, por el responsable del fichero o su representante, dentro de los tres meses siguientes al momento del registro de los datos, salvo que ya hubiera sido informado con anterioridad, del contenido del tratamiento, de la procedencia de los datos, así como de lo previsto en las letras a), d) y e) del apartado 1 del presente artículo.»

Estos derechos pueden influir muy negativamente en el ámbito de la denuncia interna y subsiguiente investigación, pues acarrearán que el denunciado conozca la existencia de la propia investigación interna, lo que ya puede suponer un serio obstáculo en la labor indagatoria. Esta circunstancia se agrava cuando debe ser expresamente informado sobre determinados aspectos de la investigación interna (hechos que se le atribuyen, responsable de la investigación, etc.) y sus posibilidades de acceso, rectificación a los datos (pues los de cancelación y oposición no pueden ejercerse en el marco de la investigación).

Con la finalidad de compatibilizar los derechos del denunciado con el establecimiento de unos criterios que garanticen los objetivos que persiguen la investigación interna, la Agencia de Protección de Datos emitió un informe jurídico⁴³⁸ donde propugna que la obligación de informar al denunciado puede demorarse excepcionalmente hasta el plazo máximo de tres meses cuando exista un riesgo real para el buen fin de la investigación interna. Se trata de postergar la comunicación al denunciado acerca de su estado como investigado -aunque, por supuesto, se trate de una investigación de naturaleza privada- al objeto de impedir un quebranto irreparable que afecte al desarrollo de las averiguaciones.

Una vez se haya introducido la información en el canal correspondiente, el órgano que detenta la *función de compliance* ha de recibirla íntegramente⁴³⁹, sea de forma directa o indirecta -para cumplir con el tenor literal del 31 bis 5. 4º C.P.- y, teniendo como elementos esenciales a respetar los derechos del denunciante y denunciado y los principios de impulso de oficio, contradicción, confidencialidad y proporcionalidad, debe de cursarse el correspondiente procedimiento de investigación de la denuncia, que podrá culminar en unas conclusiones sobre las que el órgano de

⁴³⁸Informe jurídico 2007-0128 “Creación de sistemas de denuncias internas en las empresas mecanismos de whistleblowing” (p.11): «...la demora en la información al afectado no debería en ningún caso sobrepasar el plazo de tres meses previsto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica 15/1999, dado que nos encontramos ante un supuesto de tratamiento de datos no obtenidos del afectado. De este modo, conforme al citado precepto, el denunciado deberá ser informado de forma expresa, precisa e inequívoca, por el responsable del fichero o su representante, dentro de los tres meses siguientes al momento del registro de los datos, del contenido del tratamiento, de la procedencia de los datos, así como de lo previsto en las letras a), d) y e) del artículo 5.1 de la Ley Orgánica 15/1999.». Disponible en: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/otras_cuestiones/common/pdfs/2007-0128_Creaci-oo-n-de-sistemas-de-denuncias-internas-en-las-empresas-mecanismos-de-whistleblowing.pdf [2018, 2 febrero]

⁴³⁹Vid. *supra* pp. 171-172.

administración de la persona jurídica tendrá que adoptar las decisiones que estime pertinentes. Indudablemente a lo largo de todo el procedimiento se tendrá que ir adjuntando toda la documental correspondiente para poder conformar un expediente sólido que evidencie el nivel de diligencia de las actuaciones.

Continuado con el mismo planteamiento que he expuesto páginas atrás sobre el canal de denuncias, debo manifestar que no pretendo detenerme a exponer detalladamente el procedimiento de investigación que habría de adoptarse, pero si estimo pertinente señalar brevemente aquellos elementos que evidenciarían que en la persona jurídica se ha adoptado un procedimiento que respeta las exigencias más esenciales de una investigación interna, lo que muestra la verdadera voluntad existente en el seno de la persona jurídica por perseguir incumplimientos y controlar riesgos.

Por tanto, recibida la información y la documental, el órgano con la *función de compliance* ha de examinarla y contrastar los elementos fácticos descritos con las exigencias normativas que resulten aplicables⁴⁴⁰ (ya sean de origen interno o externo, o se trate de *compliance requirements* o *compliance commitments*⁴⁴¹). Evidentemente, habrá de analizarse detenidamente si el posible incumplimiento o riesgo sobre el que se ha informado pudiera tener una relevancia penal, estudiando con especial atención si los hechos denunciados pudieran tener cierta conexión con alguno/s de los tipos penales para los que la responsabilidad penal de la persona jurídica esta prevista en el Código. Efectuando este filtrado inicial, el órgano encargado de vigilar el funcionamiento y eficacia del modelo de prevención podrá determinar si la denuncia

⁴⁴⁰ Aunque existe cierta discrepancia doctrinal acerca de quién recibe, instruye y resuelve en el proceso de investigación de una denuncia interna, considero que se ajusta con mayor rigor a la exigencia del Código Penal la opción consistente en que la recepción de la información e instrucción de la investigación se realice por el órgano con la *función de compliance* para que posteriormente el órgano de administración (o aquel sobre el que expresamente delegue) adopte una decisión acerca de la sanción y resto de medidas a ejecutar. Esta opinión se sustenta fundamentalmente en dos argumentos: 1º) Partiendo de que, tarde o temprano el órgano de *compliance* debe recibir la información, resulta más óptimo que éste la reciba al principio para que pueda archivar y retirar denuncias sobre las que no exista el menor indicio acerca de un posible riesgo o ilícito (sin perjuicio, del reporte abreviado que realice al órgano de administración). 2º) La estructura del procedimiento donde el órgano de *compliance* indaga y analiza según los parámetros dados por el órgano de administración, para que posteriormente éste último órgano sea el que adopte las decisiones oportunas parece encajar mejor con la noción de que el órgano con la *función del compliance* vigila y supervisa según los parámetros e indicaciones dados por el administrador. Siendo este último quién adopta las decisiones acerca del nivel de riesgo o las medidas implementar antes cualquier incidente.

⁴⁴¹ *Vid. supra* p. 42

no es procedente, en cuyo caso, remitirá la decisión motivada de archivo al informante junto con las vías recomendadas para canalizar su denuncia o, en cambio, si la denuncia resulta procedente, supuesto en el cual informará al denunciante y denunciado o sujeto agraviado de los argumentos que fundan el inicio del procedimiento de investigación (para este último, se podrían acoger los criterios ya expuestos respecto a la posible demora en la comunicación de la investigación). Sea cual fuere el supuesto, debe respetarse la lógica de la *comunicación temprana* al órgano de administración, lo que implica que, desde el primer momento que se reciba una denuncia, debe comunicarse al órgano de administración (la extensión del informe a remitir dependerá de aspectos tales como si se estima improcedente la denuncia, o en cambio, se interesa el despliegue de la correspondiente investigación, la relevancia de los indicios, la gravedad del riesgo, el número de personas afectadas, etc.).

Tomada la decisión debidamente motivada acerca del inicio del procedimiento de investigación, corresponde avanzar en la averiguación y esclarecimiento de los hechos. Puesto que el Código especifica que es el órgano con la *función de compliance* el que debe recibir la información, en principio, debería corresponderle a este, en exclusiva o juntamente con otros individuos, la labor instructora. Una actuación colegiada de la instrucción es recomendable para supuestos complejos o que requieran de un conocimiento experto muy exhaustivo, sin embargo, también cabe la posibilidad de recabar testimonios especializados o informes periciales *ad hoc* cuando esta tipología de profesionales no conforme el órgano instructor. Durante la etapa de investigación se practicarán aquellas pruebas que sean pertinentes y útiles para la aclaración de los hechos denunciados⁴⁴² constituyendo la audiencia al denunciado un trámite esencial que, como es sabido, debe acompañar a cualquier procedimiento acusatorio. Otra pieza fundamental de este tipo de procedimientos es el deber de someter a contradicción los elementos probatorios, la existencia de vías para recurrir

⁴⁴²En el desarrollo de este cometido, al igual que en otras intervenciones sobre las que he ido incidiendo a lo largo de este trabajo, creo incuestionable la intervención de la figura del «penalista», al menos cuando se trate de investigar riesgos o ilícitos sobre los que pudiera deducirse una mínima ilación con algún tipo penal. Respecto a la conveniente participación del experto en Derecho Penal, *vid.* GONZÁLEZ, J.A.; SCHEMMEL, A.; BLUMENBERG, A.; «La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento», *op. cit.* pp. 158-162.

y la diferenciación entre el órgano que instruye y el órgano que resuelve. Sobre todo ello, sólo hay que apuntar que los procedimientos sancionadores o disciplinarios de carácter administrativo configuran un importante elemento orientador para la concreción de un procedimiento de investigación de denuncias internas que garantice unas mínimas exigencias legales.

La instrucción del expediente de investigación concluiría con una propuesta de resolución del órgano instructor. La propuesta puede apreciar la procedencia de la denuncia, en cuyo caso, se aludiría a la infracción cometida y a la sanción de posible imposición, así como las medidas correctoras o de control adicionales para evitar que volviese a producirse un incumplimiento o generarse un riesgo de naturaleza similar. Este documento, junto con el resto de documental del que se ha hecho acopio, se remitirá al órgano con facultades decisorias, que habitualmente será el órgano de administración u órgano de alta dirección sobre el que expresamente éste haya delegado esa facultad para que adopte las decisiones que correspondan. Para la toma de decisiones habrá de prestarse especial atención a la normativa sectorial de carácter jurídico-público que resulte aplicable, el código ético o de conducta de la persona jurídica, la legislación laboral y el marco contractual prefijado con el sujeto.

Por último, creo conveniente volver a poner el énfasis en la necesaria labor de concienciación y formación. En la empresa han de materializarse acciones o programas que tengan por objeto exponer la importancia del cumplimiento normativo y transmitir a los miembros la necesidad de que estos acudan al canal de denuncias ante la apreciación un eventual riesgo o incumplimiento. En ellos habría que subrayar aspectos como la protección que se garantiza al denunciante en estos canales y la ausencia total de represalias. La inclusión de este tipo de información en el conjunto de documental que recibe el empleado al comenzar su actividad en la empresa (también conocido como «welcome pack») y la celebración sesiones regulares que aborden el tema configuran algunas muestras de que el ente corporativo desempeña activamente esta labor. Además, incentivar de algún modo a los informantes de buena fé (por ejemplo, mediante complementos, premiso o reconocimientos, etc.) no es una cuestión baladí. En síntesis, se trata de apartar de la conciencia del trabajador la idea de la delación o

chivatazo como un aspecto negativo, lo que sin duda alguna requiere un labor intensa y continua⁴⁴³.

En lo que respecta a la formación, es muy importante dotar al individuo de conocimientos y herramientas que permitan distinguir cuándo existe una posibilidad de riesgo o incumplimiento. El trabajador no debe estar obligado a tener amplios y profundos conocimientos acerca de la normativa sectorial o jurídico-penal, pero si tiene que haber recibido la instrucción suficiente para determinar cuándo presencia o se sitúa ante supuestos anómalos, irregulares, no contemplados en sus protocolos de actuación o que superan los márgenes habitualmente establecidos. Para este tipo de supuestos o aquellos que vulneren la normativa o el código interno, es para lo que debe de configurarse taxativamente el deber de denunciar por parte del miembro de la organización.

5.1.5. Sistema disciplinario que castigue el incumplimiento: código de conducta y paradojas sobre sanciones desproporcionadas

El establecimiento de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo de organización y gestión es el quinto requisito que, según las previsiones del art. 31 bis 5 C.P., ha de cumplir un *compliance*. Ello se traduce en la implantación de un catálogo de infracciones y

⁴⁴³Aunque no se circunscriba al uso de los canales internos de denuncia se encuentra alineada con esta tendencia sobre la necesidad de concienciar e incentivar al potencial denunciante- la propuesta de los inspectores de hacienda de la agencia tributaria consistente en efectuar pagos a confidentes tras las denuncias de delitos relacionados con la hacienda pública. Los detalles de la proposición se encuentran documento que aborda la propuesta de Estatuto de la Agencia Tributaria, en concreto en el apartado 3.3.4.2. *Pago a confidentes para denuncia de delitos (p.18): «La medida consiste en que la AEAT pueda disponer de fondos para pagar informaciones confidenciales de cuyo conocimiento se deriven el afloramiento o recuperación de cuotas defraudadas, similar al que ya se dispone para el pago de operaciones relacionadas con la persecución del contrabando, autorizado por la Disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando. La modificación que se propone es que se incluya en dicha norma partidas confidenciales también para las investigaciones de la Agencia Tributaria que pudieran dar como resultado la denuncia por delito fiscal. Esta medida ha sido utilizada, con evidente éxito y rentabilidad por EEUU, Francia y otros Estados.»*. Recurso disponible en la página web de la asociación profesional representativa del cuerpo superior de inspectores de hacienda del Estado: [http://www.inspectoresdehacienda.org/doc/Documento%20Estatuto Completo Congreso Sevilla.pdf](http://www.inspectoresdehacienda.org/doc/Documento%20Estatuto%20Completo%20Congreso%20Sevilla.pdf) [2018, 26 enero]

sanciones -que suele bautizarse como *código de conducta*- donde se contemplen los castigos a imponer sobre el miembro del ente corporativo cuando su conducta, bien activa u omisiva, implique algún quebrantamiento de lo recogido en el *compliance penal*.

Para situarse con acierto en aquello que se persigue en este requisito, creo pertinente comenzar analizando la lógica que parece contener. El 31 bis 5, 5º del C.P. dice así:

«5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.»

Considero que este apartado contempla una interesante lógica sobre el acatamiento de los modelos de organización y gestión que podría denominarse como *bicondicionalidad del cumplimiento*. El requisito persigue la sanción ante el incumplimiento de las medidas que establezca ese *compliance program*, pero a su vez el *compliance* tienen por objeto el cumplimiento y la persecución de los incumplimientos. En consecuencia, la sanción debe preverse frente a al quebrantamiento por parte del individuo de los deberes que le han sido atribuidos en virtud de lo dispuesto normativa y contractualmente y que, paradójicamente han de contemplarse en el propio *compliance*, incluyendo además castigos para aquellas conductas dirigidas a eludir las obligaciones inherentes a la aplicación efectiva del *compliance* (*obstruir investigaciones internas, incumplimiento del deber de informar sobre riesgos, etc.*).

En este sentido, las infracciones y sanciones que ha de recoger el código de conducta han de estar confeccionadas sobre la base de comportamientos que pudieran realizar tanto los trabajadores como los directivos. Ambas figuras son sujetos destinatarios de este código interno. Por consiguiente, no debemos asimilar esta cuestión como un elemento circunscrito a la clásica potestad sancionadora fundada en la jerárquica relación superior-subordinado, sino que el fundamento último de este requisito es la prosecución del incumplimiento y el estímulo del riguroso cumplimiento de las normas en el seno del ente corporativo, sea cual sea el destinatario potencial de

la sanción. La Circular 1/2016, aborda esta cuestión vertiendo los siguientes argumentos:

«La obligación de establecer un sistema disciplinario adecuado que sancione el incumplimiento de las medidas adoptadas en el modelo, recogida en el quinto requisito, presupone la existencia de un código de conducta en el que se establezcan claramente las obligaciones de directivos y empleados. Las infracciones más graves, lógicamente, serán las constitutivas de delito, debiendo contemplarse también aquellas conductas que contribuyan a impedir o dificultar su descubrimiento, así como la infracción del deber específico de poner en conocimiento del órgano de control los incumplimientos detectados a que se refiere el requisito cuarto.»

La casuística revela que determinado personal de alta dirección o que detenta unos singulares conocimientos o medios configuran su relación contractual desde el ámbito mercantil. Por consiguiente, es muy habitual que, aunque el código de conducta es el mismo, la normativa y los vínculos contractuales de los miembros de la organización tienen distinta naturaleza. En consecuencia, el *código de conducta* ha de respetar y ser plenamente compatible con los marcos regulatorios que resulten aplicables a los miembros.

Armonizar lo contemplado en el *código de conducta* con la relación contractual de carácter mercantil supone una labor técnico-jurídica más sencilla, pues puede realizarse con medidas como la incorporación de las previsiones del código en los propios documentos o anexos que establecen el marco regulatorio de la relación contractual. En el caso de los empleados con vínculo de trabajador por cuenta ajena, esta labor requiere tomar especiales cautelas, pues este catálogo de infracciones y sanciones debe respetar y ser compatible con lo dispuesto en la normativa laboral, en especial, con el Estatuto de los Trabajadores⁴⁴⁴ y los convenios colectivos que estén vigentes y resulten de aplicación.

⁴⁴⁴El artículo 58 del *Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores* es el precepto por antonomasia que contempla la potestad sancionadora del empresario hacia el trabajador:

«Artículo 58 Faltas y sanciones de los trabajadores

1. Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable.

Por tanto, para que el *compliance program* penal contenga un código de conducta jurídicamente válido, es capital tener en cuenta los derechos y deberes existentes desde el ámbito jurídico-laboral de los empleados, pues el poder de dirección y gestión ha de tener unos límites claramente preestablecidos. Las facultades de dirección y control se recogen en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, en el cual se concreta la obligación de someterse a la dirección del empresario, que se materializa en órdenes e instrucciones -que, por supuesto, han de respetar y estar armonizadas con el marco jurídico-laboral vigente-. El poder disciplinario o punitivo del empresario tiene un doble fundamento legal y contractual, es decir, se ejercita sobre cada trabajador en función de los concretos deberes contractualmente asumidos y el carácter punitivo del poder empresarial está sujeto a unas garantías legales (materiales y procedimentales) a favor del trabajador y al control judicial de las sanciones.

Por esta razón, es importante garantizar que el *código de conducta* se ha construido sobre la base del respeto a los preceptos que rigen los derechos y deberes de los trabajadores de la persona jurídica. Es muy importante incidir en que no cabe utilizar el modelo de prevención de delitos, de indudable raíz privada, como coartada para imponer obligaciones a los trabajadores -o a los directivos- que atenten contra sus derechos fundamentales o laborales, pues estos últimos gozan de la protección, legitimidad y respaldo que les da su naturaleza jurídico-pública. Igualmente, para no incurrir en reiteraciones innecesarias, si el régimen disciplinario para los empleados que contempla la regulación sectorial (por ejemplo, los convenios colectivos) es suficientemente claro y taxativo respecto a la persecución de los incumplimientos, podría eludirse la necesidad de redactar un código disciplinario que prevea de manera específica las infracciones y sanciones para estos sujetos.

En este sentido, es un hecho cada vez más habitual que los propios convenios colectivos hagan referencia en su propia tipificación de infracciones a la desatención de las exigencias previstas en el *compliance penal*. Mediante este tipo de previsiones

2. La valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la dirección de la empresa serán siempre revisables ante la jurisdicción social. La sanción de las faltas graves y muy graves requerirá comunicación escrita al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan.

3. No se podrán imponer sanciones que consistan en la reducción de la duración de las vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador o multa de haber.»

se evitan problemas relacionados con la compatibilidad o no de los derechos y deberes de laborales y se facilita sobremanera la seguridad jurídica. Podemos verlo con un ejemplo como el *convenio colectivo estatal de grandes almacenes*⁴⁴⁵, que recoge esta previsión en el numeral 15 bis de su artículo 55:

«Artículo 55. Faltas muy graves.

Se consideran como faltas muy graves las siguientes: [...]

15 bis. El incumplimiento o abandono de las normas de prevención de riesgos penales que estuvieran establecidas en el ámbito de la empresa. [...]»

Pese a todo, la promulgación de un código de conducta que contemple -aunque sea transcribiendo- lo dispuesto en un convenio colectivo, puede tener un alto componente simbólico de cara a exhibir a su personal que la empresa ha adoptado un sistema que persigue al incumplidor. Igualmente, es posible que en la persona jurídica coexistan más de dos grupos o categorías de trabajadores a los que le sean aplicables diferentes convenios colectivos, supuesto habitual cuando se trata de grandes corporaciones y su objeto social abarca varias actividades. En estos casos, el código de conducta -elaborado sobre la base del respecto a lo establecido en los propios convenios- actúa como un texto que encarna la intención de sancionar incumplimientos frente a cualquier miembro de la organización. Además, el hecho de dotarse visiblemente de un código parece ajustarse mejor a lo ya apuntado en la propia Circular 1/2016 FGE cuando manifiesta que la obligación de establecer un sistema disciplinario que sancione el incumplimiento «presupone la existencia de un código de conducta».

Con respecto a la estructura del sistema disciplinario, el Código Penal no se pronuncia, por lo que puede seguirse el esquema clásico de los dos pilares, infracciones y sanciones, complementándolo con un elenco de pautas concretas de conducta que orienten el comportamiento del miembro del ente corporativo hacia el pulcro respecto de la normativa vigente. En este ámbito, no está de más hacer mención a ciertos

⁴⁴⁵Convenio colectivo estatal de grandes almacenes 2017-2020 (p.24), publicado en el Boletín Oficial de Estado número 242, de fecha 7 de octubre de 2017: <https://www.boe.es/boe/dias/2017/10/07/pdfs/BOE-A-2017-11522.pdf> [2018, 26 enero].

principios generales o compromisos éticos, aunque, como se ha expuesto en su momento, esas menciones genéricas no han de tener carácter vinculante pues lo que debe tener tal carácter es la plasmación taxativa de esos compromisos en un texto normativo que permita conocer con exactitud las obligaciones y que garantice los principios de legalidad y seguridad jurídica.

Las infracciones y sus correspondientes sanciones han de guardar proporcionalidad, entre sí y con respecto a la relevancia de los hechos que estas contemplan. Para mostrar esta lógica correlación conforme al principio de proporcionalidad que ha de respetar todo *código de conducta*, pueden mostrarse algunos de los numerales que contempla el ya referido *convenio colectivo estatal de grandes almacenes* como arquetipo del modo en que podrían preverse las infracciones y sanciones en el *compliance*⁴⁴⁶:

«TÍTULO II. Régimen disciplinario

Artículo 52. Los trabajadores podrán ser sancionados por la Dirección de las Empresas de acuerdo con la graduación de las faltas y sanciones que se establecen en el presente Título.

Toda falta cometida por un trabajador se clasificará, atendiendo a su importancia y trascendencia, en leve, grave o muy grave.

La falta de atención al público con la corrección y diligencia debidas se graduará en función de la notoriedad, trascendencia o las consecuencias de la misma.

Artículo 53. Faltas leves.

Se consideran faltas leves las siguientes:

1. La suma de faltas de puntualidad en la asistencia al trabajo cuando exceda de quince minutos en un mes. [...]

4. Utilizar los medios de comunicación de la empresa para usos distintos para los que esté habilitado, incluido el correo electrónico, así como el empleo de teléfonos móviles durante la jornada laboral en contra de las instrucciones de la empresa.

⁴⁴⁶No obstante, debe advertirse que este régimen disciplinario no atiende aquello que determina la Circular 1/2016 FGE cuando, sobre esta cuestión, dice:

«...debiendo contemplarse también aquellas conductas que contribuyan a impedir o dificultar su descubrimiento, así como la infracción del deber específico de poner en conocimiento del órgano de control los incumplimientos detectados a que se refiere el requisito cuarto.». Respecto a tal afirmación, *vid. supra*. p. 316. No obstante, podría considerarse un acatamiento de lo apuntado por la fiscalía a través del numeral *15 bis* del artículo 55 de este *régimen disciplinario* -interpretando que la omisión del deber de informar sobre incumplimientos se recoge en la norma de prevención y que, por tanto, podría ser sancionable por esta vía indirecta-. Sin embargo, en aras de garantizar principios como el de taxatividad y atender con mayor pulcritud los criterios de la Circular 1/2016, creo que resulta necesario que se contemple esta cuestión de una manera expresa.

Artículo 54. Faltas graves.

Se consideran como faltas graves las siguientes:

- 1. La suma de faltas de puntualidad en la asistencia al trabajo, cuando exceda de treinta minutos en un mes. [...]*
- 3. La desobediencia a las órdenes de los superiores en cualquier materia de trabajo. Si implicase quebranto manifiesto de la disciplina o de ella se derivase perjuicio para la empresa, podrá ser considerada como falta muy grave. [...].*
- 6. La reincidencia en falta leve, aunque sea de distinta naturaleza, dentro de un trimestre y habiendo mediado comunicación escrita. [...]*

Artículo 55. Faltas muy graves.

Se consideran como faltas muy graves las siguientes:

- 1. La ausencia al trabajo sin la debida autorización o causa justificada de más de un día al mes.*
- 2. El fraude, aceptación de recompensas o favores de cualquier índole, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas y el hurto o robo tanto a la empresa como a los compañeros de trabajo o a cualquier otra persona dentro de las dependencias de la empresa o durante el trabajo en cualquier otro lugar, así como la apropiación indebida de muestras promocionales o cualquier otro tipo de artículo, descuento o beneficio destinado a clientes, con independencia de que tenga o no valor de mercado. Hacer negociaciones de comercio o industria por cuenta propia o de otra persona, venderse o cobrarse a sí mismo, sin expresa autorización de la empresa. [...]*
- 7. Violar el secreto de la correspondencia o documentos reservados de la empresa o revelar a elementos extraños a la misma, datos de reserva obligada. [...]*
- 13. Transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.*
- 14. No respetar, conociendo las medidas o normas de seguridad, por negligencia, descuido o por voluntad propia, las medidas de protección derivadas del Plan de Prevención de Riesgos o impuestas por la empresa en evitación de los mismos.*
- 15. El incumplimiento o abandono de las normas y medidas establecidas por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales o las determinadas por el Convenio o por las empresas en desarrollo y aplicación de ésta, cuando del mismo pueda derivarse riesgo para la salud o la integridad física del trabajador o de otros trabajadores.*
- 15 bis. El incumplimiento o abandono de las normas de prevención de riesgos penales que estuvieran establecidas en el ámbito de la empresa. [...]***
- 17. La transgresión de las normas de seguridad informática o el quebranto de la confidencialidad de los datos.*
- 18. La reincidencia en falta grave, aunque sea de distinta naturaleza, siempre que se cometa dentro de los seis meses siguientes de haberse producido la primera.*

Artículo 56. Régimen de sanciones.

Corresponde a la Dirección de la empresa la facultad de imponer sanciones en los términos de lo estipulado en el presente Convenio.

La sanción de las faltas leves, graves y muy graves requerirá comunicación escrita al trabajador.

Artículo 57 Sanciones máximas.

Las sanciones máximas que podrán imponerse en cada caso, atendiendo a la gravedad de la falta cometida, serán las siguientes:

1.º Por faltas leves. - Amonestación por escrito. Suspensión de empleo y sueldo hasta tres días.

2.º Por faltas graves. - Suspensión de empleo y sueldo de cuatro a quince días.

3.º Por faltas muy graves. - Desde la suspensión de empleo y sueldo de dieciséis a sesenta días hasta la rescisión del contrato de trabajo en los supuestos en que la falta fuera calificada en su grado máximo.»

El establecimiento de un sistema disciplinario que se ajuste al principio de proporcionalidad es una cuestión mucho más importante de lo que en principio puede parecer, pues la desatención de este principio no sólo quiebra formalmente una exigencia de origen constitucional, sino que, paradójicamente, puede producir graves desajustes y el efecto contrario a los propósitos que se persiguen con la implantación de un *compliance penal*. Algunos de estos efectos perniciosos son analizados por TENA SÁNCHEZ⁴⁴⁷, siendo una muestra de lo que describe este autor la conocida como *profecía que se autocumple*. Esta circunstancia puede acaecer cuando se impone un sistema disciplinario estricto y cruel. La adopción de un sistema de este tipo y su aplicación rigurosa sobre los miembros del ente corporativo cuando estos han venido cumpliendo de manera diligente y generalizada con sus deberes y obligaciones provoca que otros individuos, del propio ente o de fuera de éste, los perciban como incumplidores, auténticos villanos que atienden a sus deberes porque existe una fuerza que les intima (el “agresivo” *código de conducta*). En este contexto, es muy probable que los propios sujetos situados bajo el “yugo” del sistema disciplinario comiencen a percibirse como potenciales incumplidores, pudiendo asumir conductas inherentes a esta tipología de personas, lo que evidentemente puede desembocar en consecuencias muy dañinas para la persona jurídica.

A esta cuestión, ha de sumarse otra de la que también se ocupa el referido autor: el hecho de que se haya instaurado un sistema disciplinario muy beligerante hacia los individuos no tiene por qué ser más efectivo que otro más atemperado, proporcional y ajustado a los hechos que regula. Esta máxima, se funda en el hecho de

⁴⁴⁷TENA SÁNCHEZ, J., «Estrategias de diseño institucional, cumplimiento y virtud cívica», *op. cit.* pp. 96-98.

que los individuos casi siempre tendrán algunas posibilidades de incumplir sin que puedan ser descubiertos. Por lo tanto, si aquello que orienta principalmente su conducta es el temor a un fuerte castigo, la existencia de resquicios que le permiten incumplir sin que se revele su autoría provocaran que el incumplidor pueda incumplir e incumpla mientras que aquellos que cumplen y actúan con total diligencia sentirán la presión constante de un potencial castigo muy severo, circunstancia que sólo perjudica a los miembros diligentes y que puede afectar a la empresa en aspectos como la productividad, motivación, etc., originando otros efectos adversos.

Es síntesis, durante la elaboración del código de conducta se debe ser muy cauteloso, pues elementos como el excesivo celo, punibilidad exacerbada o la plasmación de sanciones desproporcionales pueden resultar contraproducentes. Este tipo de medidas pueden producir que los potenciales incumplidores se sientan más cómodos a que los cumplidores, que se sentirán más coaccionados o temerosos. Igualmente, pueden generar en la empresa un clima de tolerancia al incumplimiento pues ante la existencia de sanciones muy intensas podría hacerse la vista gorda ante pequeños incumplimientos. Un ejemplo tosco, pero muy gráfico puede ser el siguiente: Si en una empresa, la sanción por llegar cinco minutos tarde al trabajo fuera el despido fulminante, los encargados de personal empezarían a hacer la vista gorda ante tal comportamiento (al objeto de que no fuera aplicada esa sanción desproporcionada). Al final, de modo paradójico, podría ir aumentando el número de miembros que realizasen esa conducta incumplidora.

Por último, considero oportuno subrayar que el establecimiento del sistema disciplinario no sólo implica la mera existencia de una estructura formal que comprenda una clasificación detallada de infracciones y sanciones. Además, debe ensamblarse con un procedimiento sancionador que respete los principios que le son inherentes⁴⁴⁸ y, en este conglomerado, la obligación de informar acerca de posibles riesgos e incumplimientos y el canal de denuncias adquieren un peso significativo pues constituyen el punto de partida a la hora de materializar lo contemplado en el *código de conducta*. Por esta razón, podría entenderse que los requisitos 4º y 5º del artículo

⁴⁴⁸*Vid. supra* p. 310.

31 bis 5 C.P. son los más estrechamente ligados entre sí⁴⁴⁹. Esto no significa que no exista entre todos ellos una conexión clara e indiscutible, pues, como hemos tenido la oportunidad de ver en el capítulo anterior, devienen de los orígenes del *accountability* y la *autorregulación regulada* y comparten, entre otras pretensiones, la finalidad de evitar, prevenir o reaccionar frente a riesgos o incumplimientos con relevancia penal.

5.1.6. Revisión y mejora del propio compliance program penal: el período y la relevancia del cambio en las circunstancias.

El sexto y último requisito contemplado en el artículo 31 bis 5 C.P. es el referente a la propia revisión periódica y eventual modificación del modelo de organización y gestión. El Código dispone que deberá procederse en este sentido ante la evidencia de incumplimientos relevantes de sus disposiciones o ante la existencia de alteraciones en la organización, estructura de control o actividad desarrollada por la persona jurídica que tengan tal entidad que hagan ineludible proceder a la verificación del modelo.

Se trata de una exigencia cuya lectura suscita algunas dudas interpretativas, por lo que es oportuno exponer su tenor literal para, posteriormente, clarificar que supone este requisito:

«6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.»

⁴⁴⁹La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 845/2016, de fecha 11 de octubre de 2016 (JUR 2016\252230), a la ya que hice referencia con anterioridad, se ocupa de un asunto que muestra de manera palpable este vínculo. La resolución confirma la procedencia del despido a causa de una serie de incumplimientos contractuales y transgresión de la buena fe contractual por parte del trabajador. Los incumplimientos que originaron la sanción consistente en el despido se investigaron tras recibirse una denuncia por la vía del *canal de denuncias interno*. Sobre este aspecto, el antecedente de hecho número cinco de la sentencia expone: «5.- En fecha 8-10-14 a través del referido canal confidencial de denuncias, se recibe una denuncia en los términos que se recogen en el documento 5 de la demandada, reflejando un hecho que considera no respeta el código ético y que se ha producido en la oficina 1130...».

El aspecto más evidente del texto es la obligación de verificar periódicamente el *compliance*. Sin embargo, no se fija un período máximo que puede transcurrir sin que se haya procedido a la revisión. Este vacío, que puede originar más de un problema a la hora de aplicar el precepto -sobre todo a la hora de enjuiciar asuntos derivados de ilícitos penales no apreciados por una falta de asiduidad en la verificación del modelo-, ha de ser suplido por un análisis de las características y circunstancias de la empresa y su contraste con la complejidad del modelo de organización y gestión para extraer un plazo mínimamente razonable en el que deberían efectuarse revisiones periódicas. El resultado de dicho contraste ha de ser un período durante el cual existan las mayores garantías posibles de que el *compliance penal* está siendo efectivo.

Ahora bien, ¿en qué se traduce esto? No parece posible encontrar una solución precisa, por lo que, en aras de buscar cierta seguridad jurídica habría que acudir a los estándares de *compliance* y prácticas comúnmente aceptadas en el sector concreto⁴⁵⁰. En cualquier caso, parece que está conformándose como una costumbre empresarialmente aceptada que, para una mediana o gran empresa, el plazo para realizar una revisión de carácter periódico no supere el año. Para pequeñas empresas, o medianas con una estructura y actividad social sencilla, el plazo podría ser muy superior⁴⁵¹. La Circular 1/2016 FGE, determina que el plazo que finalmente se establezca ha de contenerse en el modelo de organización y gestión⁴⁵².

⁴⁵⁰La cuestión de la estandarización es analizada en el capítulo 5.2 *El compliance normalizado y la tendencia privatizadora*, no obstante, es oportuno avanzar que resulta cuestionable el hecho de tener que acudir de un modo tan directo e inmediato a la normativa de origen privado para interpretar una norma de naturaleza pública de tanta trascendencia como la penal.

⁴⁵¹Para establecer un plazo de revisión ha de conocerse con detalle la idiosincrasia de la persona jurídica; no concibo como un supuesto alejado de la realidad aquel en que, por parte de las personas o entidad externa que asesora en materia de *compliance penal* a una empresa, se indique el año o un lapso menor como período de revisión, quizás con la finalidad de garantizar ciertas igualas o rendimientos regulares, sin que realmente sea necesario proceder a una revisión del modelo de organización y gestión. Por tanto, aunque ello suponga desviarse del tema de desarrollo, considero muy importante que se sea racional y honesto en la fijación de este tipo de plazos. Ahora bien, debe tenerse claro que el Código determina la periodicidad de la verificación, es decir, la obligación real radica en verificar si hay alguna necesidad de revisar y, si la hubiera, se abandonaría la fase de verificación para profundizar en la actualización del modelo (que puede acarrear cambios en el *compliance* o no), por lo que debe fijarse siempre un plazo (sea mayor o menor) para la realización de la verificación del modelo.

⁴⁵²P. 45 de la referida Circular; para ver su literalidad sobre este particular, *vid. infra* p. 327.

Por otro parte, el precepto tampoco resulta muy claro⁴⁵³ cuando determina que se realizará una verificación periódica del modelo y su eventual modificación cuando se evidencien una serie de circunstancias, que va enumerando. Es decir, no diferencia ni concreta el carácter extraordinario de la revisión, tampoco clarifica si ello debe implicar una modificación del modelo o no, de su lectura parece mezclarse un enunciado dirigido a exponer la verificación periódica con otro destinado a una verificación extraordinaria, tras cuyo resultado puede implicar la necesaria modificación del *compliance penal* al objeto de evitar posibles riesgos e incumplimientos.

Por lo tanto, asumiendo esta lectura del precepto, procede examinar cuáles son las circunstancias que determinan la necesidad de verificación extraordinaria del modelo de organización y gestión.

a) Tras la manifestación de *infracciones relevantes de sus disposiciones*:

En este caso, es importante advertir que, a diferencia las circunstancias previstas más adelante, deberá de iniciarse paralelamente un procedimiento de investigación interna para dilucidar aspectos como los sujetos implicados, la posible trascendencia penal, etc. El análisis determinará, además, si concurre o no el presupuesto del incumplimiento de “relevancia” en virtud del cual es obligado realizar la verificación del *compliance penal*.

Posteriormente, en virtud de los resultados y conclusiones obtenidos y que deberán materializarse en un informe de verificación, habrá de determinarse la procedencia o no de modificar el modelo de organización y control. Naturalmente, la cuestión se centrará en cambiar los controles implementados tendentes a impedir la tipología de incumplimiento que se están manifestando, o desplegar otros nuevos para reforzar el control y la supervisión.

b) Cuando se produzcan *cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada*:

⁴⁵³La falta de claridad tiene por causa la traslación al Código Penal de lo recogido en el italiano *Decreto Legislativo 231/2001*, concretamente el apartado 4 del artículo 7, conjugada con una poco acertada labor de traducción.

Podemos encontrarnos ante alteración apreciable de la organización cuando se produce un cambio en el organigrama, en los procesos de formación de voluntad, de adopción o ejecución de las decisiones corporativas, en la gestión financiera, etc. Cualquier modificación en el organigrama o en los procesos, salvo que sea insignificante, puede llevar a una revisión del modelo (evaluación que se centrará en estudiar la readaptación al modelo y las consecuencias de la alteración).

Es difícil determinar apriorísticamente cuándo un cambio organizativo debe conllevar una revisión del modelo, por lo que resulta sumamente importante tomar una decisión motivada y dotarse de información documentada que evidencie su razonabilidad. Por el contrario, considero que un cambio en la estructura de control o supervisión del ente corporativo rara vez no debería venir acompañado de una revisión del modelo de organización y gestión. Los mecanismos de control de carácter estructural y, especialmente, aquellos más íntimamente relacionados con la *función de compliance*, configuran la piedra angular de todo *compliance program penal*.

Respecto a la modificación de la actividad desarrollada, debería sopesarse si la alteración supone algún cambio apreciable en el proceso productivo o en la prestación del servicio capaz de modificar el mapa de riesgos. En caso afirmativo, procedería dicha revisión.

En este punto, debe incidirse en la importancia de la fórmula «... que los hagan necesarios» con que termina la redacción de este requisito recogido en el 31 bis 5.6. Con esta expresión, se está incidiendo en que la causa que la origine ha de ser una alteración producida en el seno de la persona jurídica de tal entidad que se evidencie la obligación de realizar tal verificación y, si procede, la subsiguiente consideración sobre la modificación del modelo. Es decir, que los cambios en la organización, estructura o actividad hagan necesarios los cambios en el modelo de cumplimiento.

Después de todo lo expuesto, creo que subsisten otros interrogantes que han de analizarse: ¿Sólo ante las circunstancias expuestas debe de producirse la revisión extraordinaria? ¿Deben contemplarse dentro del propio *compliance program*

disposiciones que aborden la obligación de la revisión? ¿Cómo puede efectuarse la revisión y que órganos han de intervenir?

En relación con las dos primeras cuestiones, la Circular 1/2016 FGE acude en “apoyo” del Código, pronunciándose del siguiente modo:

«El sexto requisito del apartado 5 impone a la persona jurídica el deber de verificar periódicamente la eficacia del modelo. Aunque el texto no establece plazo ni procedimiento alguno de revisión, un adecuado modelo de organización debe contemplarlos expresamente. Además, el modelo deberá ser revisado inmediatamente si concurren determinadas circunstancias que puedan influir en el análisis de riesgo, que habrán de detallarse y que incluirán, además de las indicadas en este requisito, otras situaciones que alteren significativamente el perfil de riesgo de la persona jurídica (por ej., modificaciones en el Código Penal que afecten a la actividad de la corporación).»

Por consiguiente, las circunstancias contempladas en el ordinal sexto del artículo 31 bis 5, han de considerarse meros ejemplos por los que procedería la revisión, pero nunca tomarse como *númerus clausus* a los que se deba circunscribir la posterior actividad revisora.

En lo referente a incluir en el modelo de organización y gestión previsiones sobre el procedimiento de revisión, la Circular 1/2016 FGE así lo considera. Se trata de que el propio instrumento de autorregulación regulada también normativice cómo debe producirse la fase de reconocimiento o valoración de su efectividad. Y ello, nos lleva irremediablemente a abordar el tercer interrogante que planteé, aquel concerniente al modo de efectuar la revisión y órganos que podrían intervenir - aspectos que, por tanto, tiene que reflejarse en el propio *compliance program penal*-.

Por tanto, considerando lo dispuesto en el Código Penal y en la Circular 1/2016 FGE, el punto de partida del procedimiento de revisión es la finalización del plazo máximo establecido en el caso de revisión ordinaria y, para la de naturaleza extraordinaria, la apreciación de alguna de estas situaciones: la infracción relevante de las disposiciones del *compliance*, cambios organizativos de relevancia tal que se evidencie la necesidad de una revisión, o la manifestación de una circunstancia de cualquier índole (por ejemplo, una reforma legal) que pueda influir en alguna medida en los estudios del riesgo.

A continuación, se citarán algunos elementos significativos del proceso de revisión para finalizar con la cuestión de carácter estructural relativa a qué órganos que deberían intervenir en la revisión. Con respecto al ámbito sobre el que se centrará la revisión, dependerá del carácter ordinario o extraordinario de la misma, y, en este último caso, se centrará en las causas y circunstancias que han motivado el inicio del procedimiento. En cuanto a la metodología para efectuar la revisión resulta amplia y diversa, existiendo numerosas técnicas y elementos valorativos: entrevistas, encuestas, acopio de información estadística, revisión de expedientes y reclamaciones, estudio de la repercusión del cambio en la labor de monitorización o en el software de control, etc. En todo caso, parece razonable sostener que deben respetarse los procedimientos utilizados en las evaluaciones iniciales de análisis y valoración de riesgos para poder obtener resultados comparativos, informaciones y variables que permitan adquirir conciencia de la repercusión de las alteraciones que originaron la revisión. Durante esta fase ha de hacerse acopio de los documentos recabados y elaborados para conformar una información documentada que permitan justificar ulteriores decisiones y demostrar la realización del procedimiento. Sobre estos extremos, debo manifestar que detallar con mayor rigor la fase del procedimiento de revisión supondría extenderme sobremanera y alejarme del objetivo que persigo en el presente capítulo por lo que, en este momento, he de hacer referencia a la existencia de numerosas obras que se ocupan de este proceso de revisión.

Al final, el documento por excelencia que se genera es el informe de verificación. Este documento deberá contener los objetivos perseguidos con la revisión, las actuaciones que se han realizado para valorar y evaluar la repercusión de la circunstancia que motivó la revisión, el grado de repercusión sobre los posibles riesgos o incumplimientos previstos en el *compliance* y, si procediera, las medidas correctoras que se proponen adoptar.

Para determinar los órganos que han de intervenir en la revisión del modelo de organización y gestión, ha de atenderse, en primer lugar, a los criterios inspiradores de la *autorregulación regulada*, la *accountability* y a los principios y medidas de *buen gobierno*, *check and balances*, etc. abordados a lo largo de este trabajo. En este contexto, considero importante conjugar dos elementos. Por un lado, la estructura de

control del riesgo de tres niveles⁴⁵⁴, donde el órgano con la *función de compliance* es el encargado de controlar riesgos e incumplimientos aplicando los medios y recursos de control que se han implementado por decisión del órgano de administración y, con esta tarea, mantener los niveles de riesgo que el órgano de administración estableció al determinar el nivel de *apetito del riesgo*⁴⁵⁵ de la empresa. Y, por otro lado, la división funcional propugnada en el procedimiento de investigación de denuncias internas, mediante el cual, el órgano con la *función de compliance* investiga, analiza y valora para exponer unas conclusiones, sobre las que en última instancia le compete decidir al órgano de administración⁴⁵⁶. Parece oportuno pues, concebir toda la labor de estudio y evaluación como una tarea propia del órgano con la *función de compliance*.

Esta tarea finalizará con el informe de verificación, en el cual, como se ha expuesto, se contendrán las medidas de revisión propuestas (en el que se pueden incluir aspectos tales como un seguimiento específico de las medidas o modificaciones sustanciales del propio modelo de organización y gestión) al objeto de mantener el mismo nivel de eficacia de los controles. El informe de revisión tendrá la naturaleza de propuesta y habrá de ser elevado al órgano de administración, quien, en virtud de sus inherentes facultades decisorias en materia de determinación del *apetito del riesgo* de la empresa, tomará todas aquellas decisiones que estime pertinentes.

⁴⁵⁴Vid. *supra* pp. 287-290.

⁴⁵⁵Vid. *supra* pp. 264-265, pp. 134-135, pp. 156-157, entre otras.

⁴⁵⁶Cabe recordar nuevamente, la controversia sobre quién detenta las facultades decisorias en materia de nivel de riesgo asumido por la empresa o apetito del riesgo (Si el órgano de administración o la alta dirección). Parece que la mayor parte de la doctrina se inclina por el órgano de administración, el Código Penal también parece apuntar en esta dirección en el ordinal 1º del artículo 31 bis 2. Cuando todo parece determinar que al tratarse de un aspecto sumamente trascendental, debe corresponderle al órgano de administración, como se ha expuesto, la Circular 1/2016 FGE parece entrar en confusión cuando en una primera referencia a la materia designa a la alta dirección, sin embargo, en su epígrafe 5.4, determina expresamente que el órgano administración es el propietario y gestor del riesgo.

5.2. El *compliance* normalizado y la tendencia privatizadora

5.2.1. El delicado desplazamiento de funciones normativas o de supervisión hacia entidades privadas

El debilitamiento democrático por la pérdida de peso de instituciones que tienen una evidente legitimación en la representatividad de la ciudadanía y todo el elenco de efectos asociados a un fenómeno, la *autorregulación regulada*, donde, como hemos tenido ocasión de analizar⁴⁵⁷, la intervención por parte del poder público queda postergada para dar mayor protagonismo a entes privados o semi-públicos en materia de regulación y supervisión⁴⁵⁸ implica la aparición de unos riesgos a los que el Derecho Penal no parece inmune. DARNACULLETA I GARDELLA⁴⁵⁹ describe cómo la *autorregulación regulada* altera la clásica relación Estado-entes privados de modo que el intervencionismo del primero se desfonda y pasa a ceder protagonismo en favor de los segundos. Los instrumentos imperativos de actuación son relevados por técnicas indirectas de regulación y la «cesión» de potestades normativas.

A modo de inmersión en la problemática, y por la evidente impronta privatizadora que, considero, viene padeciendo, puede señalarse el ámbito del Derecho Administrativo, también situado en nuestro apreciado contexto jurídico-público. Por las razones aducidas, las dificultades relativas a la regulación y supervisión de las actividades empresariales originadas y, especialmente, por el debilitamiento y escasez de recursos de las instituciones públicas (auspiciado por el pensamiento liberal), se ha conformado un caldo de cultivo excelente para potenciar el desplazamiento hacia entes privados de las tareas en materia de regulación y control

⁴⁵⁷Vid. *supra* pp. 208-209

⁴⁵⁸No obstante, cabe puntualizar que no se trata de una tendencia universal que ha avanzado al mismo ritmo e intensidad, sino que ha sufrido un movimiento pendular: durante las últimas décadas del siglo XX y primeros años siglo XIX se produjo una mayor *desregulación* y se acentuó la tendencia hacia la privatización de la regulación de las actividades empresariales, sobre todo en el ámbito financiero, bursátil y de seguros. En cambio, tras la conocida por todos, crisis económica originada en EE. UU. -que tuvo un impacto global-, esta tendencia se ha visto enormemente matizada. Ahora, los poderes públicos están interviniendo con mayor celo en la fijación de requisitos, evaluaciones y control de las actividades de las grandes corporaciones, abandonando algunas pretensiones extremadamente desreguladoras y avanzando de manera más lenta o cuidadosa en la dirección de la ya aludida *autorregulación regulada*.

⁴⁵⁹DARNACULLETA I GARDELLA, M.M.; *Autorregulación y Derecho público: La autorregulación regulada*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 88-125.

de numerosas actividades empresariales. El régimen de intervención por parte de las autoridades ha mutado significativamente, pasando de una regulación pormenorizada y un control ex ante de las actividades o servicios prestados por las empresas, a un nuevo estatus donde la Administración impone unas directrices y supervisa el desarrollo y cumplimiento de las mismas, dándose además la circunstancia de que quienes deben desarrollarlas y articular los mecanismos regulares de vigilancia son, o bien las propias empresas a través de órganos especializados, o bien entidades privadas independientes que auditan a las empresas y les dan el visto bueno o dotan de certificados para que puedan continuar con su actividad.

FIGUEREDO MOREIRA⁴⁶⁰ recordaba que la *autorregulación regulada* supone una importantísima contribución para el control de sectores empresariales dedicados a actividades o servicios que revistan especial complejidad, particularmente en mercados financieros, pues se trata de un sistema de colaboración público-privado que tiene por objeto evitar disfunciones o situaciones de riesgo. Como se explicó, el poder público permite que regulaciones que provienen de fuentes privadas penetren de manera decidida en el marco normativo. La lógica radica en que los agentes privados reguladores, por su mayor cercanía, recursos y conocimiento de las actividades y sectores concretos, elaboran normas mejor adaptadas a la propia idiosincrasia empresarial y supervisan sus actividades de una manera más efectiva. El ejemplo más palpable de este cambio de paradigma es el paulatino abandono de las clásicas autorizaciones administrativas (que requieren de la Administración el empleo de numerosos recursos técnicos y humanos para evaluar a las entidades mercantiles y otorgarlas) y el incremento de las conocidas como comunicaciones previas o declaraciones responsables acompañadas de certificados de cumplimiento de requisitos concretos emitidos por entidades privadas independientes. Sobre esta cuestión, es pertinente sacar a colación a las ECAs (entidades colaboradoras de la Administración), empresas autorizadas por la administración para realizar evaluaciones y control de calidad, riesgo o seguridad en los productos y servicios.

⁴⁶⁰FIGUEREDO MOREIRA, D.; «Crisis y regulación de mercados financieros. La autorregulación regulada: ¿una respuesta posible?» en *Revista de Administración Pública*, nº 180, 2009, pp. 9-19.

MORCILLO MORENO⁴⁶¹ expone que las ECAS actúan como administraciones públicas bajo forma jurídico-privada lo que choca a priori con la tradicional teoría subjetiva del Derecho Administrativo -cuya línea esencial es la defensa de la plena sujeción de este tipo de entidades al derecho administrativo debido a que están realizando funciones públicas. Sin embargo, cada día puede observarse cómo la normativa de origen jurídico-privado está impregnando áreas de regulación y control de las personas jurídicas que tradicionalmente pertenecían al ámbito de lo público, y cómo las entidades de derecho privado están institucionalizándose como sujetos de control y supervisión de la legalidad. Ello está produciendo, entre otras cosas, un desplazamiento de las facultades que originariamente se encontraban estrechamente vinculadas a la *auctoritas* del Estado (autorización previa, vigilancia y control previo de legalidad, verificaciones y certificaciones, etc.) hacia las entidades privadas⁴⁶².

Pues bien, en este dificultoso contexto, donde el influjo de lo privado pretende expandirse por áreas tradicionalmente acotadas dentro del Derecho Público, se hace necesario poner de relieve los riesgos que existen en nuestro ámbito jurídico-penal⁴⁶³, en concreto, en aquello que concierne a la cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica⁴⁶⁴, sobre todo a raíz de la creciente relevancia de los procesos de

⁴⁶¹MORCILLO MORENO, J.; «Una crisis marcada por la globalización: Intervención, desregulación y autorregulación regulada», *op. cit.* pp. 445-458.

⁴⁶²Como ejemplo más gráfico, se señalan las propias resoluciones administrativa publicadas en la web del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital, donde se autoriza a personas jurídicas privadas a colaborar como Entidad Colaboradora de la Administración en tareas de auditoría e inspección de seguridad industrial. Disponible en: <http://www.minetad.gob.es/energia/mineria/Explosivos/Autorizaciones/Paginas/Autorizaciones.aspx> [2018, 7 febrero]. Este fenómeno se aprecia de manera más acuciada en sectores como el farmacéutico, alimentario, etc.

⁴⁶³La naturaleza jurídico-pública del Derecho Penal es una cuestión sobre el que existe prácticamente unanimidad entre la doctrina. POLAINO NAVARRETE apunta al indiscutible interés público por razón del objeto de protección del que se ocupa (los bienes jurídicos más esenciales frente a las agresiones más graves) y a la necesaria exclusión de la autonomía de la voluntad como los argumentos de mayor trascendencia a la hora de defender su naturaleza pública, para profundizar *vid.* POLAINO NAVARRETE, M.; *Lecciones de Derecho Penal. Parte General Tomo I*, *op. cit.* p. 106.

⁴⁶⁴La creciente relevancia de las exigencias sobre *compliance* potencian que numerosas empresas de gran tamaño estén publicando los *compliance programs* que han implementado; el *Law Center* de la Universidad de Houston ha creado una interesante base de datos con centenares de *compliance programs* y ámbitos afectos (políticas de denuncia, de conflictos de interés, auditoría, códigos de conducta, prevención del blanqueo, etc.). Aunque se trate del contexto anglosajón, es útil observar cómo abordan tales cuestiones grandes empresas como Philip Morris, 3M, Amazon, Apple, Goodyear, Google y un largo etcétera. Recurso disponible en: <http://www.law.uh.edu/compliance/> [2018, 17 febrero]

normalización y los estándares de *compliance*. SIEBER⁴⁶⁵ califica esta coyuntura, donde los *compliances* y la autorregulación parecen integrarse en el sistema jurídico estatal, como un planteamiento interesante para la prevención de la criminalidad económica.

Con respecto a los estándares, durante el último lustro parece percibirse de forma omnipresente un elenco armonizado de noticias, conferencias y cursos orientados a promover las bondades que presentan los estándares sobre *compliance* - sobre los que se tendrá la oportunidad de profundizar más adelante-, como método tendente a evitar una posible atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica. Resulta extremadamente habitual que, desde toda clase de medios, se arguya que se configuran como unas herramientas muy completas -casi ideales-, ya que son textos nada lacónicos, que contemplan numerosos criterios y aspectos que se ajustan a las buenas prácticas y altas exigencias éticas, en contraste con la brevedad con la que, como hemos tenido ocasión de ver, se abordan las exigencias sobre el *compliance* en el Código Penal.

Sobre este asunto, admito mostrar intensas reticencias al hecho acudir, para una labor de concreción de los requisitos sobre el *compliance penal*, a estos estándares o procedimientos estandarizados. Son textos cuyo origen no procede directamente de la voluntad del legislador (como poder público que detenta una altísima carga de legitimación -al estar conformado por representantes de la soberanía nacional-), ni siquiera de resoluciones de una Administración Pública matriz, sino que se elaboran por grupos de trabajo reducidos y cerrados conformados por expertos -en algunos casos vinculados a las esferas de negocio de entidades privadas-, que desempeñan dicha labor en el seno de entes privados o semi-públicos con ciertas potestades públicas, lo que ya implica cierta privatización como rasgo del aludido fenómeno de la *huida del Derecho Administrativo*⁴⁶⁶.

Como expondré en el siguiente apartado, se trata de normas que no se elaboran en foros realmente abiertos y transparentes, que gocen de un procedimiento en el que

⁴⁶⁵SIEBER, U.; «Programas de compliance en el Derecho Penal de la empresa una nueva concepción para controlar la delincuencia económica», en AAVV/ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (Dir.); *El derecho penal económico en la era compliance*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 108

⁴⁶⁶*Vid. supra* pp. 123-124.

se garantice la participación de todos los agentes implicados (como, por ejemplo, ciudadanía, en general o, los trabajadores, en particular) y, sin embargo, se ocupan de abordar de manera directa una cuestión con trascendencia en algo tan relevante como es la atribución de la responsabilidad penal. Es cierto que en muchos casos se trata de normas producto del trabajo de personal especializado que goza de acreditado prestigio⁴⁶⁷ en la materia, por lo que cabría sostener que, en teoría, posibilitan una mayor adecuación a la idiosincrasia empresarial. Pero, en cualquier caso, nos situamos ante una cuestión que suscita verdaderos interrogantes por lo que merece ser tratada con especial cautela.

Igualmente, se está promoviendo la certificación, entendida como declaración emitida por otro ente corporativo -privado-, que acredita una adecuada implementación del estándar en el seno de la persona jurídica como un elemento trascendente a la hora de mostrar, ante una autoridad gubernativa o judicial, que la empresa ha adoptado de manera efectiva un *compliance*⁴⁶⁸. Los argumentos esgrimidos con anterioridad resultan igualmente aplicables a esta dinámica, a fortiori, cuando en muchos casos, pueden estar en juego enormes intereses empresariales y económicos.

Sobre este asunto, considero muy acertados los argumentos esgrimidos por FEIJOO SÁNCHEZ⁴⁶⁹. Este autor, incide en la diferencia entre los procesos de normalización o estandarización -que se orientan a determinar las mejores prácticas relacionadas con

⁴⁶⁷Como paradigmas de personas que han intervenido en este tipo de comités para elaboración de estándares, que gozan de reconocido prestigio y una magnífica reputación por su implicación y buen hacer en la materia, puede citarse al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín (que presidió el Subcomité SC 1, dentro del Comité CTN 307 cuyo objetivo era dar soporte a la elaboración de estándares internacionales sobre *Sistemas de Gestión de Compliance*) o D. Alain Casanovas Ysla (quien participa en diversos comités para la estandarización, entre el que cabe subrayar el referido Comité Técnico CTN 307/SC1 *Gestión de Riesgos*, que elaboró estándar español sobre *Sistemas de Gestión de Compliance Penal* UNE 19601:2017

⁴⁶⁸Respecto al valor de la certificación, hay que recordar que la propia Fiscalía (a través de su Circular 1/2016, p. 63) la relativiza sobremanera, señalando que se considera un *elemento adicional* que apunta a la adecuación del modelo, pero que, en todo caso se trata de una cuestión que ha de valorar el juzgador: «19^a.3. Las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos legales, podrán apreciarse como un elemento adicional más de la adecuación del modelo pero en modo alguno acreditan su eficacia, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial.»

⁴⁶⁹FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.; *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*. Ed. Civitas, Pamplona, 2015, p.28.

el cumplimiento- y los de certificación -que tienen por objeto evidenciar frente a terceros el cumplimiento de los estándares, sin embargo, el argumento más trascendente que vierte es aquel referido que se trata de ámbitos que no tienen por que coincidir con lo concerniente al ámbito jurídico-penal. Un estándar puede recoger las prácticas más recientes y avanzadas prácticas o puede no acogerlas, pero ello no implica que, desde el punto de vista del Derecho Penal, el *compliance* implantado sea o no adecuado. La distinción entre lo moralmente plausible y aquello que es abordable por el Derecho Penal es un aspecto sobre el que también incide POLAINO NAVARRETE⁴⁷⁰ cuando, al exponer el carácter fragmentario del Derecho Penal, subraya que no es función de esta materia la imposición de valores éticos-sociales a través de sus mecanismos punitivos, pues resulta preferible otorgar a los miembros de una sociedad amplios márgenes de actuación desde una perspectiva moral.

Del mismo modo, una persona jurídica puede gozar de una certificación respecto a un modelo de prevención, sin embargo, tal y como apunta FEIJOO SÁNCHEZ «no garantiza la idoneidad operativa del modelo erga omnes, y por tanto no es prueba plena en el proceso penal». MATUS ACUÑA⁴⁷¹ también apunta lo discutible que resultaría considerar más sólidos aquellos *compliances* por el hecho de haber sido certificados, pues se trata de una circunstancia que deviene de un desembolso económico. Bajo el símil de las antiguas «bulas papales», expone que los entes corporativos con mayores recursos tienen mayor facilidad para costear las certificaciones. En consecuencia, ello no puede ir en perjuicio de otros entes más humildes que, aunque no tengan capacidad económica para asumir los costes de los procesos de certificación, cumplen las normas con rigor.

⁴⁷⁰POLAINO NAVARRETE, M.; *Lecciones de Derecho Penal. Parte General Tomo I (3ªEd)*. Ed. Tecnos, Madrid, 2017, p. 108.

⁴⁷¹MATUS ACUÑA, J.P.; «La certificación de los programas de cumplimiento» en AAVV/ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (Dir.), *El derecho penal económico en la era compliance*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 153.

5.2.2. Normalización y las certificaciones de compliance

Para profundizar en el análisis crítico de los estándares de *compliance* se hace pertinente estudiar algunos elementos clave que permitan asimilar el complejo panorama que presentan tanto la normalización o estandarización, como la certificación de *compliance*.

Con relación a lo señalado en primer lugar, mediante la normalización se procede a la elaboración, conforme a unos parámetros y modelos comunes, difusión y aplicación de unas normas de eminente carácter técnico, que no son de obligado cumplimiento y que tienen como pretensión directa ampliar la calidad de determinados servicios o productos. Se trata de asegurar determinados niveles de calidad y seguridad que permitan situarse a las empresas en el mercado, establecer parámetros comparables -un lenguaje común- y contribuir a la armonización de ciertos criterios técnicos. A estos efectos, se define a la norma como la *«especificación técnica de aplicación repetitiva o continuada cuya observancia no es obligatoria, establecida con participación de todas las partes interesadas, que aprueba un Organismo reconocido, a nivel nacional o internacional, por su actividad normativa»*⁴⁷².

En el contexto mundial, cabe señalar a la Organización Internacional de Normalización, habitualmente conocida por su acrónimo en inglés (ISO) y que tiene como finalidad principal la creación y difusión de normas de rango internacional (aunque también se ocupa de otros aspectos relacionados, como la elaboración de informes técnicos). Esta organización define la normalización como la actividad que tiene por objeto establecer ante problemas reales o potenciales, disposiciones destinadas a usos comunes y repetidos con el fin de obtener un nivel de ordenamiento óptimo en un contexto dado, que puede ser tecnológico político o económico⁴⁷³.

Se trata de una organización «independiente» y no-gubernamental, con sede en Ginebra, que está conformada por las ciento sesenta y una organizaciones

⁴⁷²Extremo contemplado en el apartado 3 del artículo 8 de la vigente Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, norma que establece las bases de ordenación del sector industrial y se recogen los aspectos clave relacionados con la seguridad, calidad y responsabilidad industrial.

⁴⁷³BONATTI BONET, F. (Coord.); Memento experto sistemas de gestión de compliance - Normas ISO y UNE 19601. Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2017. p.15

nacionales de estandarización que representan a cada país miembro⁴⁷⁴. Los estándares internacionales que elaboran se desarrollan por comités técnicos de ISO y subcomités en un proceso complejo que tiene seis etapas⁴⁷⁵. La denominación de los estándares resultantes se acompañan del término *ISO* y, entre otros aspectos, parece destacable apuntar que no gozan de un acceso libre y gratuito.

La organización nacional que forma parte de este órgano representando a España es la Asociación Española de Normalización, UNE⁴⁷⁶. Se trata de la asociación que, análogamente a lo que hace la ISO en el contexto internacional, se ocupa del desarrollo de la normalización en nuestro país. La UNE se configura como el único organismo de normalización de España y así se considera por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad⁴⁷⁷. Los procesos de elaboración de normas de ámbito español resultan similares a los realizados por el ISO.

Las normas son elaboradas por Comités Técnicos de Normalización (CTM) que son gestionados por los servicios técnicos de la propia UNE y, usualmente, la labor de secretaría es desarrollada por una asociación o federación empresarial. La composición de los Comités Técnicos de Normalización suele representar (mediante vocales) a toda la cadena de valor del producto o servicio a normalizar y la norma resultante lleva el término UNE.

Extremos señalados, como que la propia secretaría del Comité la suela detentar una federación empresarial, que no existan unos procesos totalmente publicitados y abiertos donde se garantice que deban intervenir agentes que representen a la ciudadanía (con una verdadera legitimación dimanante de la voluntad popular), y que

⁴⁷⁴Relación de miembros en: <https://www.iso.org/members.html> [2018, 1 febrero]

⁴⁷⁵Estas etapas son: *proposición; preparación; comité; investigación; aprobación y publicación.*

⁴⁷⁶Para profundizar sobre esta organización y sus precedentes -como, por ejemplo, el cambio de modelo que provocó que en el año 2017 se desdoblase la organización en dos según las funciones y, de este modo, AENOR se dedicase como entidad mercantil a la prestación de servicios como evaluaciones de conformidad y certificaciones en régimen de concurrencia con otras empresas-: <http://www.aenor.es/aenor/aenor/historia/historia.asp> [2018, 1 febrero]

⁴⁷⁷La designación goza, además, de reconocimiento a través del Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre. Dicha designación goza también de repercusión ante las autoridades comunitarias, en particular ante la Comisión Europea. Aunque resulta menos relevante por la materia objeto del estudio, puede ponerse de manifiesto que, el fenómeno de la normalización, también tiene entes que se ocupan del contexto europeo y otros ámbitos supranacionales, donde participa UNE en representación de España. Algunos ejemplos de ello son el Comité Europeo de Normalización Electrotécnica, Comité Europeo de Normalización, la Comisión Panamericana de Normas Técnicas y un largo etcétera.

todo ello se desarrolle en el seno de una organización donde participan un difuso elenco de entidades y personas⁴⁷⁸ suscita mis reticencias a aceptar la influencia de este tipo de estándares relativos al ámbito del *compliance penal*. Al menos, a que se les otorgue un influjo trascendental a la hora de dilucidar si debe atribuirse o no la responsabilidad penal al ente corporativo.

Por otro lado, respecto a la cuestión de la certificación, la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC), es el organismo español con potestad pública para otorgar acreditaciones en favor de los organismos evaluadores de conformidad que vienen realizando, entre otros, las certificaciones de productos y de sistemas de gestión⁴⁷⁹. Mediante la acreditación que, tras el pertinente proceso de estudio y tramitación por la comisión de acreditación de la ENAC, ésta concede en favor del evaluador se reconoce formalmente que tiene la competencia técnica suficiente para realizar evaluaciones de conformidad respecto a un estándar determinado (por ejemplo, para evaluar el cumplimiento de una empresa concreta que ha implementado un estándar de gestión de *compliance*).

En esta dinámica, los organismos evaluadores, a través de un proceso independiente de auditoría sobre la empresa, emiten un certificado de conformidad que evidencia el cumplimiento de las exigencias del estándar⁴⁸⁰ sobre el que se ha centrado el estudio.

⁴⁷⁸Actualmente está compuesta por más de seiscientos miembros (asociaciones empresariales, personas físicas, algunas administraciones públicas, etc.).

⁴⁷⁹Esta designación en favor de la ENAC se efectuó mediante Real Decreto 1715/2010, de 17 de diciembre, por el que se designa a la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) como organismo nacional de acreditación de acuerdo con lo establecido en el Reglamento (CE) nº 765/2008 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) nº 339/93.

La ENAC se conforma por: una asamblea general, compuesta por aquellos miembros que tengan intereses en los distintos aspectos de la acreditación, como evaluadores de la conformidad, asociaciones de empresariales, representantes de administraciones, etc.; un presidente, designado por la Administración; una junta directiva, elegida por la asamblea general y que representa a las partes interesadas. Igualmente tiene diversos órganos técnicos para el desarrollo de sus funciones, un secretariado para la tramitación, gestión y realización de las actividades de evaluación de los organismos solicitantes y un órgano técnico dedicado al estudio tramitación y concreción de las acreditaciones.

Esta entidad representa a España ante la Asociación Europea de Cooperación para la Acreditación (conocida por sus siglas en inglés, EA) objeto de reconocer certificados emitidos por otras entidades, en países del continente. Igualmente es firmante de acuerdos multilaterales de reconocimiento con otros Estados fuera del contexto europeo con idéntico objetivo, reducir los obstáculos derivados de la falta de aceptación de certificado extranjeros.

⁴⁸⁰Siempre y cuando el estándar resulte certificable, por contener especificaciones y no meras directrices.

Pues bien, la progresiva incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los ordenamientos de nuestro contexto y la consecuente trascendencia del *compliance penal*, unido a la oportunidad de negocio que este nuevo nicho de mercado abría, ha provocado que la normalización en esta materia se haya convertido en una prioridad para los organismos dedicados a la estandarización. Y todo ello a pesar de que, tradicionalmente, ésta se ha dedicado a aspectos técnicos sin una trascendencia penal tan directa como las que ahora nos ocupa y sin tener en consideración la escasa legitimación que, bajo mi parecer, detentan la mayoría de agentes intervinientes en tales procesos. En virtud de lo apuntado y, sobre todo, por la deficitaria legitimación evidenciada, quizás, podría ser un aspecto por considerar la creación de una *Agencia de Control de Programas de Cumplimiento y Riesgos Penales*, de verdadera naturaleza jurídico-pública de modo que, al menos, se evidencie el ejercicio de un rol más relevante del poder público en la materia. Así, todas las empresas que se dediquen a la prestación de servicios relacionados con la redacción, implementación y auditoría de riesgos y compliance podrían estar sometidas, al menos, a la autorización previa y fiscalización de la Agencia. La autorización dependería del cumplimiento, por parte de estas entidades, de ciertos requisitos, tales como la cualificación de los técnicos encargados de las evaluaciones e informes, la disposición de medios materiales necesarios para efectuar análisis de seguridad, control y delimitación de funciones, conflictos de interés, etc.

En cualquier caso, como paradigmas de la incipiente normalización en este ámbito pueden mencionarse, entre otros muchos, los siguientes:

La norma ISO 19600:2014: se trata de un estándar internacional que tiene un ámbito genérico de alcance y que se adaptó al ámbito español con la terminología UNE-ISO 19600:2014. Recoge una serie de recomendaciones para la implantación de *sistemas de gestión de compliance* o *CMS (compliance management systems)*, lo que se traduce en una estructura y procedimientos comunes que permiten que puedan acoplarse otros sistemas de compliance específicos. La norma sigue una estructura desarrollada por la ISO que se denomina de alto nivel (High Level Structure, HLS) y consiste en un marco esencial que posibilita integrar otros modelos de gestión específicos (como protección de datos, defensa de la competencia, prevención de

riesgos penales, etc.) evitando duplicidades y gastos innecesarios de recursos, ganando en eficacia y eficiencia.

Se trata de un estándar que contiene recomendaciones, por lo que no es certificable. Entre los estándares de sistemas de gestión pueden encontrarse, por un lado, los estándares que contemplan unas recomendaciones genéricas o directrices, lo que se viene a denominar estándar de sistemas de gestión tipo B y, por otro, aquellos que recogen especificaciones o exigencias concretas, conocidos como estándares de sistemas de gestión tipo A. Pues bien, esta norma es del tipo B, por lo que no puede emitirse certificación de conformidad. GÓMEZ-JARA DÍEZ⁴⁸¹ apunta que el hecho de que fuera o no certificable el estándar generó un debate que finalizó con la decisión de no hacerlo certificable para que las pequeñas y medianas empresas pudieran utilizarlo como guía, pero que no contuviera estrictas exigencias de difícil consecución para aquellas.

El estándar internacional ISO 37001:2016⁴⁸² de sistemas de gestión antisoborno (Anti-bribery management systems): se trata de un sistema de gestión y, como tal, se posibilita integrar otros modelos más específicos o concretos. No se trata de un sistema de gestión de *compliance penal* global, pues únicamente se ocupa de la prevención de operaciones y conductas relacionadas con el soborno, pero por la importancia que ha adquirido en el contexto jurídico internacional y por la estructura de alto nivel (HLS) que también utiliza, merece la pena ser reseñado.

La norma UNE 19601:2017: es un estándar sobre *sistemas de gestión de compliance penal* de ámbito estrictamente español que sí resulta certificable⁴⁸³. Esto se debe a que plasma tanto directrices de carácter orientativo y voluntario, como especificaciones de necesario cumplimiento que, obviamente, deberán ser observadas

⁴⁸¹GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.; «Cap. V. Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas» en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit. p. 97.

⁴⁸²El estándar ha sido adaptado en España por la UNE, por lo que la terminología pasa a ser UNE-ISO 37001:2017 (adaptación por el comité CTN – Ética, gobernanza y responsabilidad social de las organizaciones).

⁴⁸³Como paradigma de ello: La entidad mercantil Telefónica España, ha sido la primera empresa del IBEX 35 implementar este estándar de *compliance* UNE 19601:2017. El organismo evaluador que emitió la certificación de conformidad ha sido AENOR, en el mes de octubre de 2017. Nota de prensa disponible en: http://www.aenor.es/Documentos/Comercial/Archivos/NOTAPREN_Tabla_AEN_13906_1.pdf [2018, 29 enero].

para la emisión de una certificación de *conformidad* por parte del organismo evaluador. Fue publicada en mayo del año 2017 y aspira a ser el estándar de prevención de delitos por excelencia en España, por lo que será analizada con mayor detenimiento en el próximo epígrafe. Otros estándares de contextos nacionales que podrían señalarse son: el australiano AS 3806:2006 (Australian standard on *compliance programs*) elaborado por el organismo competente de Australia, Standards Australia (AS); o la británica BS 10500:2011 (*antibribery management systems specifications*) elaborado por la British Standards Institution (BSI).

5.2.2.1. Análisis crítico del estándar UNE 19601:2017

El estándar UNE 19601:2017 *Sistemas de gestión de compliance penal* fue elaborado en el seno de la Asociación Española de Normalización, UNE. En concreto, se redactó por el subcomité Técnico CTN 307/SC1 Sistemas de gestión del cumplimiento y sistemas de gestión anticorrupción, que forma parte de la estructura del Comité Técnico CTN 307 Gestión de riesgos⁴⁸⁴. Se trata de un texto elaborado con la finalidad de que pueda ser implementado en cualquier tipo de organización, independientemente del sector en el que opere y de que tenga o no ánimo de lucro. En este sentido, la aplicación sobre cada ente concreto será modulada con arreglo al principio de proporcionalidad de tal modo que el encaje de los requisitos que contempla será graduado teniendo en consideración la propia idiosincrasia del ente y el contexto en que se sitúa⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴CASANOVAS YSLA, A.; *Compliance penal normalizado. El estándar UNE 19601*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 30-32.

⁴⁸⁵Respecto a lo expuesto, la norma recoge textualmente en su apartado 0. *Introducción* la siguiente afirmación: «La presente norma UNE puede aplicarse a organizaciones de todos los tamaños y actividades tanto del sector privado como público, con o sin ánimo de lucro. La exposición a los riesgos penales variará según las circunstancias, como su tamaño, el sector de actividad o las ubicaciones donde operen, así como por la diversidad y complejidad de sus transacciones. Sobre esta base, esta norma UNE define una serie de requisitos a desarrollar de manera proporcional a tales circunstancias para diseñar y evaluar sistema para la prevención, detección y gestión de riesgos penales adaptados a la realidad de cada organización.»

En relación con esa necesaria adecuación, destaco que la propia Circular 1/2016 FGE, hace referencia implícita al mismo cuando en su conclusión 17ª⁴⁸⁶, dispone que, las condiciones y requisitos del compliance habrán de adaptarse necesariamente a la normativa concretamente aplicable, naturaleza y tamaño de las personas jurídicas⁴⁸⁷. Se trata de un aspecto extraordinariamente importante, cuya aplicación en el ámbito del *compliance* ya se contemplaba en el ámbito anglosajón. Como ejemplo de ello, puede señalarse que el Departamento de Justicia de EE.UU., a través de la Securities and Exchange Commission⁴⁸⁸ (SEC) incide de modo específico en las diversas formas de aplicar las exigencias de un *compliance*, según se trate de entes corporativos pequeños («*small organizations*») o grandes («*big organizations*»).

En todo caso, entiendo que esta cualidad inicial que se le reconoce a este estándar -y, por extensión, a todos los estándares- evidencia, *per se*, un hándicap, al menos, *a priori*. Esa polivalencia que supone la conformación de una norma que posibilita la adaptación sobre los más variados entes conlleva que el texto ampare diversas aplicaciones y grados de intensidad en las exigencias, extremo que, por qué no, puede ser fácilmente utilizado para aprovechar tales resortes o ambigüedades y llevarlos a la práctica del modo más laxo posible. No sólo llama la atención esa «posibilidad de adecuación» independientemente del tamaño o sector, sino que resulte indiferente que el ente tenga o no ánimo de lucro. Se trata de extremos que,

⁴⁸⁶Circular 1/2016 FGE, p. 61.

⁴⁸⁷En idéntico sentido se apunta en la p. 43 de dicha Circular cuando dice: «*Los programas deben ser claros, precisos y eficaces y, desde luego, redactados por escrito. No basta la existencia de un programa, por completo que sea, sino que deberá acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito que se ha cometido, debiendo realizarse a tal fin un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y la infracción. Por ello, los modelos de organización y gestión deben estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos. No es infrecuente en la práctica de otros países que, para reducir costes y evitar que el programa se aleje de los estándares de la industria de los compliance, las compañías se limiten a copiar los programas elaborados por otras, incluso pertenecientes a sectores industriales o comerciales diferentes. Esta práctica suscita serias reservas sobre la propia idoneidad del modelo adoptado y el verdadero compromiso de la empresa en la prevención de conductas delictivas*».

⁴⁸⁸Vid. Informe titulado *A Resource Guide to U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, fechado en noviembre de 2012 (p. 57): «*Indeed, small- and medium-size enterprises likely will have different compliance programs from large multi-national corporations, a fact DOJ and SEC take into account when evaluating companies' compliance programs*». Recurso disponible en: <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf> [2018, 7 febrero] Se trata de un aspecto que, considero, no viene a fomentar la aplicación de un *compliance* que permita la adaptación a la realidad empresarial, sino que, tras analizar esa realidad se elabore un *compliance* específico, verdaderamente adecuado a las singularidades del ente.

como se ha tenido ocasión de analizar en los apartados dedicados a los requisitos contemplados en el 31 bis 5 C.P., tienen grandes implicaciones, por ejemplo, en lo que respecta a los conflictos de interés o el despliegue de controles financieros y no financieros⁴⁸⁹. Por el contrario, a un *compliance* cuidadosamente elaborado *ex professo* no se le presupone tal carencia, en tanto que se adapta, como un guante, a la realidad -única- de la persona jurídica, concretando y precizando las exigencias, extremo que parece adecuarse con mayor rigor a las pretensiones relacionadas con la *idoneidad*⁴⁹⁰ del modelo de organización y gestión.

Para conocer el verdadero alcance de la UNE 19601:2017, es conveniente transitar por su contenido, destacando algunos de sus aspectos más significativos, tanto positivos como negativos.

La norma se compone de once apartados y seis anexos⁴⁹¹. Esta estructura es la seguida por todos los estándares que siguen la ya referida estructura de alto nivel, (High level Structure, HLS⁴⁹²). En su Introducción se hace alusión expresa al Código Penal y a la reforma operada por L.O. 1/2015, señalando que contiene los requisitos que ha de tener un modelo de prevención y detección a los efectos de exoneración de responsabilidad penal, para inmediatamente después manifestar que el «*marco de interpretación*» surgido permite ser desarrollado, siendo éste el papel que desea jugar la norma UNE. Se trata, pues de una pretensión que, tal y como he venido argumentando en el epígrafe precedente, estimo que lleva asociados grandes riesgos vinculados a la naturaleza del ente que elabora el texto y a su propio proceso de elaboración.

El capítulo uno, relativo al objeto y ámbito de aplicación encabeza realmente la estructura. En él se recoge que la norma se ocupa del establecimiento de requisitos y directrices para implementar y mejorar continuamente las políticas de *compliance* y el

⁴⁸⁹Vid. *supra* pp. 297-299.

⁴⁹⁰ Vid. *supra* pp. 249-250.

⁴⁹¹La UNE 19601:2017 se encuentra dividida en los siguientes apartados (cada uno de los cuales, salvo los apartados 1, 2, 3, 11 y los *Anexos*, contempla una serie de subapartados): *O. Introducción*; *1. Objeto y campo de aplicación*; *2. Normas para consulta*; *3. Términos y definiciones*; *4. Contexto de la organización*; *5. Liderazgo*; *6. Planificación*; *7. Elementos de apoyo*; *8. Operación*; *9. Evaluación del desempeño*; *10. Mejora*; *11. Bibliografía*; *Anexos A, B, C, D, E y F*.

⁴⁹²Vid. *supra* p. 339.

resto de los elementos de un sistema de gestión de *compliance* penal en las organizaciones. Además, recuerda que las declaraciones de conformidad producto de evaluaciones respecto al cumplimiento de esta norma, no resultarán aceptables salvo que todos los requisitos que recoge se encuentren integrados en el sistema de gestión y se cumplan sin excepciones.

El segundo de los capítulos, denominado *Normas para consulta*, puede generar cierta extrañeza en tanto que simplemente se limita a recoger una frase: «*No se identifican normas para consulta*», lo que evidencia la ausencia de precedentes materia de normalización del *compliance* en nuestro país. El tercer capítulo, *Términos y definiciones*, contiene la definición de treinta y tres conceptos utilizados a lo largo de la norma. Se trata de otro capítulo poco significativo a los efectos de esta investigación. Aun así, con el objeto de mostrar el modo en que se conforma el capítulo, destaco alguno de los conceptos cuya definición pudiera tener relevancia en este contexto:

Acción correctiva: Acción para eliminar la causa de no conformidad y prevenir que se reproduzca.

Alta dirección: Persona o grupo de personas que dirigen o controlan una organización al más alto nivel.

Compliance penal: Cumplimiento de los requisitos.

Cultura: Valores, ética y creencia que existen en una organización y que interactúan con las estructuras y sistemas de control de la organización para producir normas de comportamiento que conduzcan a obtener los objetivos derivados de esta norma UNE.

Desempeño: Resultado medible.

Medición: Proceso para determinar un valor.

No conformidad: Incumplimiento de un requisito.

Objetivo de compliance penal: Resultado a lograr

Órgano de compliance penal: Órgano de la organización dotado de poder autónomos de iniciativa y control al que se confía la responsabilidad de supervisar el funcionamiento y observancia del sistema de gestión de compliance penal.

Política de compliance penal: Voluntad de una organización, según la expresa formalmente su alta dirección o su órgano de gobierno, en relación con sus objetivos de compliance penal.

Riesgo penal: Riesgo relacionado con el desarrollo de conductas que pudieran ser constitutivas de delito, según el régimen de responsabilidad penal de las personas

jurídicas establecido en el Código Penal español o, en caso de entidades carentes de personalidad jurídica, con el régimen de consecuencias accesorias establecido en el mismo texto legal.

Sistema de gestión de compliance penal: Conjunto de elementos de una organización interrelacionados o que interactúan para concretar y medir el nivel de consecución de objetivos en materia de compliance penal, así como las políticas, procesos y procedimientos para lograr dichos objetivos.

Por su parte, el capítulo cuarto, *Contexto de la organización*, se divide en cuatro apartados dedicados a todos los aspectos organizativos: 4.1 Comprensión de la organización y su contexto; 4.2 Entendimiento de las necesidades y expectativas de las partes interesadas; 4.3 Determinación del alcance del sistema de gestión de compliance penal y 4.4. Sistemas de gestión de compliance penal.

Lo que resulta verdaderamente interesante de este capítulo es que, para todos esos ámbitos, la norma señala que le corresponde a la propia organización determinarlos, sin ir más allá. Por ejemplo, en el apartado 4.1 se dice que la organización debe determinar factores externos e internos relevantes a sus propósitos y para alcanzar los objetivos de compliance penal especificados en la política de compliance, señalando a título enunciativo factores como el tamaño y estructura de la propia organización, sus miembros o socios de negocio, sus obligaciones y compromisos legales o contractuales, etc. Con idéntica dinámica, el epígrafe 4.3 dispone que la organización debe determinar el alcance objetivo y subjetivo del sistema de gestión de compliance penal, debiendo considerar factores externos e internos (referidos en la norma 4.1 de la UNE), los requisitos (referidos en la norma 4.2 de la UNE y que se refiere a las partes interesadas). Es decir, apunta aspectos que debe tomar en consideración el ente, estableciendo un amplio catálogo de factores, pero sobre todo ello nada se precisa realmente, dejando que sea la propia organización la que determine la amplitud de tales conceptos, qué engloba o quiénes son abarcados por tales factores.

El capítulo quinto, *Liderazgo*, se ocupa, fundamentalmente, de asignar funciones y responsabilidades al órgano de gobierno, órgano que detenta la *función de compliance* y a la alta dirección. La norma atribuye al órgano de gobierno el

establecimiento y defensa de los valores fundamentales de la organización, entre los que debe encontrarse que las actuaciones de todos los miembros del ente se realicen conforme al ordenamiento jurídico, siendo particularmente respetuosos con las normas de naturaleza penal. Se le atribuye las decisiones en materia de adopción, implementación, mantenimiento y mejora continua del sistema de gestión de compliance. La dotación de recursos necesarios para el buen rendimiento del sistema, el establecimiento de un órgano de compliance con poderes autónomos y el aseguramiento de que se establecen procesos que concreten la formación de voluntad, toma de decisiones y ejecución de estas, son también deberes asignados al órgano de gobierno de la persona jurídica. Por su parte a la alta dirección se le asignan funciones ejecutivas, aunque la terminología utilizada para enumerarlas resulta extremadamente ambigua, pues abundan términos como garantizar, promover, fomentar, apoyar, etc. que no ayudan precisamente a circunscribir tareas).

Al órgano con la *función de compliance* se le asignan once responsabilidades⁴⁹³. Esa concreción y enumeración de responsabilidades, es una idea muy acertada. Ante la falta de concreción del Código y la Circular 1/2016⁴⁹⁴, el *compliance officer* que desempeñe su función en una persona jurídica que haya adoptado esta norma, tendrá mayor grado de certeza acerca de los ámbitos que le competen y de los que es garante.

Sin embargo, en el encabezamiento que precede a la enumeración de sus responsabilidades se recoge una afirmación que, a mi juicio, pervierte la propia concepción de la *función de compliance* y violenta aquello que postula nuestro Código Penal en la condición 2ª del art. 31 bis 2. El encabezamiento en cuestión dice:

«El órgano de *compliance penal*, trabajando conjuntamente con la dirección, debe ser responsable de:»

Esta afirmación transgrede el necesario ejercicio independiente, los poderes autónomos de iniciativa y control, con los que el *compliance officer* debe actuar. Con lo expuesto, no sólo no se garantiza esa independencia, sino que se aviva todo lo contrario, una interdependencia, en la que *la dirección* siempre llevará «las de ganar».

⁴⁹³UNE 19601:2017, p.17.

⁴⁹⁴*Vid. supra* pp. 170-181.

Por otro lado, este capítulo enumera una serie de exigencias relacionadas con la política de *compliance* penal que el órgano de gobierno ha de impulsar y aprobar (exigencias de cumplimiento de la legislación, identificación de actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos, compromiso de cumplir con los propios requisitos de la política de *compliance*, obligación de informar sobre conductas sospechosas garantizando ausencia de represalias, etc.). Sobre estas se destacan tres claras obligaciones, vinculadas con una ulterior obtención de certificación de conformidad: 1) La obligación de que toda esta política de *compliance* esté disponible como información documentada (lo que implica que haya constancia fehaciente de su existencia previa y real al acaecimiento de un hecho delictivo); 2) que se comunique de manera comprensible a todos los miembros de la organización y socios de negocio; 3) Que se encuentre disponible para las partes interesadas.

La *planificación* es el título del sexto capítulo de la UNE 19601:2017 y se dedica al establecimiento de unas pautas relacionadas con los riesgos. En él se contempla que la organización debe asegurarse de que el *compliance* penal puede lograr sus objetivos, constituyéndose en modelo de organización y gestión que incluya medidas de vigilancia y control para prevenir o reducir su riesgo de comisión, aspecto altamente coincidente con lo dispuesto en la condición 1ª del 31 bis 2 C.P. Con tal objetivo, recoge unas directrices que divide el proceso de comprensión y control del riesgo en tres clásicas fases: la identificación (concreción de deficiencias y peligros), el análisis (estudio de causas y consecuencias de los riesgos, teniendo en cuenta la probabilidad y el grado de impacto), la valoración (el establecimiento de criterios de estimación de riesgo, considerando los compromisos de *compliance penal*, políticas o instrucciones internas relacionados). Posteriormente, recoge los supuestos en que es necesaria la revisión de la evaluación de los riesgos penales y resultan, en esencia, coincidentes con lo dispuesto en el 31 bis 5. 6º C.P.

Un aspecto que resulta trascendente es la obligatoriedad de mantener como información documentada toda la información relacionada con la identificación, análisis y evaluación de riesgos penales, así como la metodología seguida y todos los criterios utilizados, lo que apunta a la insuficiencia de la utilización de la mera intuición personal o un limitado estudio de jurisprudencia (algo que sin duda, complementa el

estudio del riesgo) y supone un aspecto importante de cara a acreditar, ante un eventual órgano juzgador, que, efectivamente, se ha seguido un método de comprensión del riesgo.

El capítulo de la UNE concluye subrayando que la propia organización ha de establecer objetivos del compliance penal y que deben ser medibles, actualizados, señalar a los responsables de estos, los recursos empleados y cómo se evaluarán los resultados. Es decir, señala los aspectos y factores trascendentes, pero una vez más, se encomienda a la propia persona jurídica la concreción de todo aquello.

En el capítulo siete (*Elementos de apoyo*), aborda lo que debe concretar la organización en relación con la competencia del personal que se ocupe de la función de compliance, los procesos de diligencia debida comunes a todos los miembros de la persona jurídica y la de aquellos especialmente relacionados con los riesgos penales. Igualmente, recoge el deber de fomentar, mediante acciones formativas y de concienciación, que los miembros de la organización se formen sobre los riesgos penales para que sepan evitarlos, detectarlos y gestionarlos conforme al propio sistema de compliance penal. A tal fin se prevén siete aspectos en los que el personal ha de estar formado y que se encuentran directamente relacionados con el riesgo penal, su prevención, detección y el reporte.

Además, se promueve, la necesidad de realizar comunicaciones internas y externas (para lo cual prevé que se regulen los contenidos, emisores y receptores, lenguaje, etc.). En este capítulo se vuelve sobre la información documentada mínima necesaria para la eficacia del sistema de gestión de compliance penal. Respecto a su contenido, a lo relacionado en el Anexo C de la norma (que contempla todos los extremos a documentar) y sobre su creación y control, se incide en puntos como la necesidad de asegurarse la identificación de quienes intervienen, la utilización de un formato adecuado, que esté disponible para cuando se necesite y por quien la necesite, que exista control de cambios y se halle debidamente protegida (por ejemplo, frente a la pérdida de integridad, confidencialidad, etc.).

El capítulo ocho, vuelve a recoger una serie de directrices relacionadas con las operaciones y actividades de la persona jurídica. Salvo los aspectos relativos a la

protección del denunciante de buena fe y la prohibición de represalias sobre éste - aspecto sobre el que parece pertinente insistir en toda norma-, no existe aspecto o novedad destacable. La mayoría de sus enunciados utilizan una terminología un tanto ambigua y que, entiendo, otorga un amplísimo margen de discrecionalidad a la propia organización. Para apreciar el grado de indefinición en que se sitúa esta norma, basta con extraer algún contenido del referido apartado:

8.1 Planificación y control operacional

La organización debe planificar, implementar y controlar los procesos necesarios para cumplir los requisitos derivados del sistema de gestión de compliance penal y para implementar las acciones determinadas en el apartado 6.1 de esta norma UNE, mediante:

- el establecimiento de los procesos u procedimientos; [...]

8.2 Diligencia debida

La organización debe realizar un análisis con el fin de identificar aquellas actividades en cuyo ámbito puedan materializarse los riesgos penales que deban ser prevenidos... [...]

La organización debe valorar la naturaleza y el alcance de dicho riesgo, contemplando, si lo considera necesario, la realización de procedimientos de diligencia debida, los cuales deben ser actualizados convenientemente.

Como puede observarse, la ambigüedad de los términos y altísimo grado de discrecionalidad resultan más que evidentes. Estas críticas pueden reproducirse en otros aspectos más concretos -y más trascendentes si cabe- como aquellos relativos a los controles financieros y no financieros. En este sentido, considero que resulta llamativo el contenido de los epígrafes que se ocupan de la citada materia⁴⁹⁵:

«8.3 Controles financieros

La organización debe disponer de controles en los procesos de gestión de los recursos financieros que contribuyan a prevenir, detectar o gestionar riesgos penales de manera temprana

8.4 Controles no financieros

La organización debe contar con controles sobre las compras, las operaciones, la comercialización y otros procesos no financieros, que resulten adecuados para evitar,

⁴⁹⁵Lo expuesto es todo lo que se dice en la norma sobre controles financieros y no financieros.

detectar o gestionar riesgos penales de manera temprana y que aseguren que dichos procesos están siendo gestionados adecuadamente.

La organización debe implementar aquellos controles no financieros que resulten adecuados para impedir la comisión de delitos en el seno de su actividad.»

El capítulo nueve, *Evaluación del desempeño*, señala todos los aspectos sobre los que la organización debe ocuparse a la hora de realizar el seguimiento, medición, análisis y evaluación del sistema de gestión de compliance penal -extremos cuya determinación le atribuye a la propia organización-. Un aspecto por destacar es que incide en el hecho de que, tanto el órgano de gobierno, como la alta dirección y el órgano de compliance penal han de estar puntualmente informados sobre el desempeño del sistema y su mejora continua. En este sentido, apunta la necesidad del establecimiento de programas de informes periódicos con contenidos que se desglosan en ocho aspectos y la obligatoriedad de llevar a cabo auditorias (aunque se plasme que la definición de los criterios de la auditoria han de ser fijados por la organización). Un aspecto que ha de reconocerse a la norma por su carácter positivo es que se fija como deber la revisión del sistema de gestión de compliance por parte del órgano con la función de compliance y, sobre la base de los resultados e información obtenidas de aquella, fija deberes de revisión a los órganos de alta dirección y de gobierno.

El décimo capítulo lleva por título *Mejora* y se centra en la reacción y acciones correctivas a desplegar cuando se detecte una no conformidad⁴⁹⁶ en la organización. Igualmente dedica un espacio al deber de mejorar el sistema de manera continua, de forma que se tienda a profundizar su sostenibilidad, adecuación y eficacia. De todo aquello, lo remarcable se circunscribe a las actuaciones a realizar ante una situación de no conformidad: se recoge la necesidad de reaccionar rápidamente para controlar y corregir la situación y gestionar las consecuencias. Lo que estima más trascendente es que deben mantenerse, como información documentada, la propia información relativa a la naturaleza de la no conformidad, las acciones adoptadas y los resultados de las acciones correctivas. Se trata de una exigencia que, entiendo, resulta totalmente

⁴⁹⁶Mediante este término, contemplado en el *Capítulo 3. Términos y definiciones*, se alude al incumplimiento de un requisito del sistema de gestión de *compliance*.

acertada para ulteriores análisis, valoraciones o prueba sobre el modo en que se procedió ante este tipo de situaciones.

El capítulo once de la UNE 19601:2017 está conformado por la bibliografía⁴⁹⁷ e inmediatamente después podemos encontrar los seis Anexos, diferenciados por letras del abecedario, desde la A a la F. Todos ellos tienen carácter meramente informativo, salvo el *Anexo C*, el más trascendente de aquellos, que tiene carácter normativo y cuyo cumplimiento resulta esencial para que pueda emitirse certificación de conformidad.

El *Anexo A* contiene una relación de los apartados de esta norma más directamente conectados a los seis requisitos del apartado 5 del 31 bis del Código Penal. Esta vinculación se plasma en un cuadro compuesto por cuatro columnas, de modo que en la primera columna aparece el numeral del 31 bis 5 C.P., en la segunda el texto, en la tercera el apartado de la UNE 19601 directamente ligado y, en la cuarta, se recogen breves consideraciones informativas. Supone una herramienta útil para aquellos que carezcan de suficientes conocimientos jurídico-penales y deseen efectuar una toma de contacto en la materia.

<i>Artículo del Código Penal</i>	<i>Texto</i>	<i>Apartado de la norma UNE</i>	<i>Comentarios informativos</i>

Ítems que aborda el cuadro del *Anexo A*.

⁴⁹⁷Son cinco los estándares que se indican en el capítulo 11. *Bibliografía:*

UNE-EN ISO 9001, Sistemas de gestión de calidad. Requisitos.

UNE-EN ISO 14001, Sistemas de gestión de gestión ambiental. Requisitos con orientación para su uso.

UNE-ISO 31000, Gestión del riesgo. Principios y directrices.

UNE-ISO 19600, Sistemas de gestión de compliance. Directrices.

UNE-ISO 37001, Sistemas de gestión antisoborno. Requisitos con orientación para su uso.

Con anterioridad se expuso el porqué de la terminología UNE e ISO que precede a la numeración, sin embargo, el lector puede observar la inclusión del término «EN»; con ese término se indica que se trata de un estándar que también ha sido admitido como estándar europeo (*european norm*, EN), por ejemplo, a través del ya referido Comité Europeo de Normalización.

El *Anexo B* presta información sobre la diligencia debida, al objeto de realizar una comprensión más profunda sobre los miembros de la organización o los socios de negocio relacionados con actividades que puedan presentar riesgo de relevancia penal. Con respecto a la diligencia debida sobre los socios de negocio, se informa que el tipo de análisis ha de ir en función de las competencias y la propia relación del socio con la organización. Como ejemplos de modo de recabar información señala la búsqueda de información pública o en fuentes oficiales, contratación a terceros especializados, envío de cuestionarios, etc. En relación con los procesos de diligencia debida para la selección del personal propio de la organización, se presta especial atención al personal que ocupe *posiciones especialmente expuestas*. Verificar la veracidad de todos los datos del candidato, la obtención de referencias, verificar que no existe un trato de favor en la oferta de empleo o si existirán situaciones de conflicto de interés, son algunas muestras de actuaciones tendentes a garantizar un correcto proceso de diligencia debida.

El *Anexo C* que, como se ha dicho, tiene naturaleza normativa, contempla veintiún aspectos que han de abordarse y custodiarse como información mínima documentada del sistema de gestión de compliance penal. Comprende una multitud de elementos como los procedimientos para delegación de facultades, la identificación, análisis y evaluación de riesgos penales, la información acerca de la formación, los procedimientos para la investigación de incumplimientos e irregularidades, la evidencia de la implementación del programa de auditoría y los resultados de las auditorías, etc.

Los últimos anexos, de carácter informativo recogen indicaciones referentes a la implementación del modelo de prevención penal en las filiales de la organización y en socios de negocio (*Anexo D*), provisiones que deberían recoger algunas cláusulas contractuales en los acuerdos con socios de negocio (*Anexo E*) y unas recomendaciones que apuntan a extremar la precaución en aquellas operaciones societarias que puedan suponer la traslación de responsabilidad penal, como transformaciones, fusiones, absorciones o escisiones (*Anexo F*).

En virtud de todo lo expuesto, y a modo de conclusión, podría afirmarse que no yerra todo aquel que, en la situación actual donde existe un clima de euforia sobre los estándares de *compliance*, se muestra dubitativo -o receloso- ante este fenómeno. A todas las dudas que suscitan la configuración de los grupos que elaboran esas normas, se une su contenido, que me atrevo a calificar como vacío. Creo que la UNE 19601:2017 es un texto que, recogiendo unas estructuras, criterios y requisitos, del mismo modo que puede ser «aprovechado» para adoptar medidas más eficaces de prevención, detección y reacción frente a incumplimientos y riesgos penales, puede ser «utilizado» también como coartada para simular la implementación de unas medidas que, realmente, son del todo ineficaces. Se podría plantear un símil con una compleja red interconectada de instrumental diverso de laboratorio, donde se aprecian conductos, depósitos, etc.; dicho instrumental, sin la existencia de un fluido -una esencia- que circule por el mismo y permita aprovechar tal red para extraer o analizar sus propiedades, resulta inútil.

No obstante, puede romperse una lanza en favor de esta norma, y es que, como se ha expuesto, su *Anexo C*, dedicado a la Información documentada mínima necesaria en un sistema de gestión de *compliance* penal -de carácter normativo- contempla veintiún aspectos que han de estar documentados y al alcance de los sujetos implicados; entiendo que esta circunstancia sí contribuye a reducir el riesgo de acaecimiento de actividades delictivas y riesgos con relevancia penal asociados a las asimetrías informativas.

CAPÍTULO 6

CONCLUSIONES

6. Conclusiones

-I-

El fenómeno de la criminalidad empresarial ha ido colmando gran parte del protagonismo de la actividad delictiva. Los cada vez más complejos organigramas empresariales, la estratificación de funciones, los principios que rigen sus actividades productivas (jerarquía, especialización, confianza, etc.) y las asimetrías informativas constituyen para el Derecho Penal un verdadero reto a la hora de la transposición de las categorías tradicionales y de la aplicación de las técnicas de imputación. El Estado ha reaccionado, acometiendo profundas reformas legales tendentes a reforzar estrategias de lucha contra este tipo de criminalidad (*law enforcement strategies*) al objeto de provocar un verdadero y necesario efecto disuasorio (*strong deterrent effect*). Doctrina y jurisprudencia han coadyuvado de manera determinante, analizando la propia idiosincrasia de la delincuencia en entornos organizados y ofreciendo respuestas a las dificultades que ésta plantea. Entiendo que, en virtud de todo ello, puede observarse el despliegue de una triple ofensiva contra la criminalidad de empresa orientada hacia los siguientes aspectos:

Un primer frente, centrado en la búsqueda de una concepción más amplia de acción penal y nociones comunicativas acerca del injusto. Parte de la doctrina ha centrado su atención sobre corrientes eclécticas, de anclaje en los razonamientos de carácter dialéctico, donde se refuerza el análisis del comportamiento desde una perspectiva intersubjetiva. Un segundo frente, orientado hacia la reformulación de algunos aspectos que sustentan las categorías de autoría y participación, de modo que se pudieran atribuir con mayor rigor y certeza responsabilidades penales a las personas con funciones directivas o de mando -que pretenden ocultarse bajo los complejos organigramas y la división funcional-. Y, un tercer frente, aquel que ha causado un mayor impacto y que, además, suscita más controversias, tanto dogmáticas como técnicas: la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, una solución arraigada en el derecho anglosajón y que, aunque reclamada desde hace tiempo en España por cierto sector doctrinal, no se ha materializado en nuestro país hasta 2010 con la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, de reforma del Código Penal.

La incorporación de la responsabilidad penal de la persona jurídica ha generado una importante discusión doctrinal en torno a su propia fundamentación. En esencia, se enfrentan dos teorías: el modelo de autorresponsabilidad penal y el modelo de heterorresponsabilidad penal de la persona jurídica.

El modelo de autorresponsabilidad o responsabilidad por hecho propio de la persona jurídica se asienta sobre la pretérita teoría sociológica de sistemas de LUHMANN. Bajo esta concepción, el estudio de la acción penal no se circunscribe a la estructura individuo/conciencia, sino que se debe a las exigencias de la propia reproducción autopoietica del sistema. La persona jurídica es concebida como un verdadero sistema autoconstituido y autoorganizado; es la unidad de análisis, y los individuos quedan expulsados como elemento central de observación al no considerarse relevante la voluntad aislada de la persona física en estos entornos organizados. Esa noción del ente corporativo como una organización autopoietica que se organiza y administra por sí misma ocupando el lugar de la psique del individuo, permite que pueda atribuírsele responsabilidad penal propia ante un defecto de organización que supere el riesgo permitido. Se trata, pues, de una construcción ideológica que permite identificar la conducta de la persona jurídica con su propia capacidad para autoorganizarse por lo que la tipicidad objetiva se muestra a través del defecto de organización y la subjetiva puede inferirse del conocimiento que el ente posee acerca del riesgo empresarial. El injusto propio se basa, por tanto, en un defecto organizativo que supera los niveles de riesgo que han de ser permitidos a la persona jurídica, y respecto a la culpabilidad, el modelo asimila, a través de una artificiosa equiparación normativa, la cultura de cumplimiento de la empresa al rol de ciudadano -individuo-, por lo que una actuación culpable será aquella en la que el ente corporativo desatienda o vulnere este extremo manteniéndose infiel a las normas.

Asumiendo las premisas del funcionalismo y aceptando que responden verdaderamente a la realidad socio-jurídica que se analiza, no sólo resulta dogmáticamente posible cimentar una teoría de responsabilidad por hecho propio de la persona jurídica, sino que su elaboración no resulta compleja. Sin embargo, en esta

investigación se pone de relevancia que la eficacia del funcionalismo estructural y la teoría de la organización que lo sustenta no sólo no han sido empíricamente demostrados, sino que se han visto superadas por otras teorías (cuya asimilación en el ámbito del Derecho Penal se propone para mejorar la configuración de un *modelo antrópico de responsabilidad penal corporativa*, erigido sobre la noción de heterorresponsabilidad) más recientes y de validez científico-experimental contrastada tanto desde la propia ciencia social en la que se construyó, la Sociología, como desde la Economía y otras ciencias sociales.

Entiendo que la óptica analítica de la persona jurídica como ente realmente autónomo que utiliza el modelo de autorresponsabilidad, donde se omite la influencia que tienen los individuos de la organización, sus motivaciones, estrategias e intereses personales dentro de la propia persona jurídica, constituye un presupuesto muy criticable. Considero que ese modelo aparta del análisis un conjunto de cualidades, facultades inmanentes a la propia condición humana (carisma, capacidad de liderazgo, formación, ambiciones personales, etc.) que hacen que sus actos y decisiones estén guiados por estrategias y objetivos que no responden a las orientaciones y constricciones que les impone -supuestamente- un sistema social. Además, los postulados funcionalistas tampoco parecen tener en cuenta aspectos como las *consecuencias no intencionadas de la acción*: en el seno de un ente corporativo pueden establecerse procedimientos, reglas o constricciones muy rigurosas respecto a las más nimias cuestiones (por ejemplo, el cumplimiento de horarios) y ello generar desánimo sobre los empleados provocando el efecto contrario.

Otra de las críticas que considero rebaten la validez de la tesis de la autorresponsabilidad es que, aunque es cierto que en las empresas se implantan normas para regir la propia actividad desarrollada en su seno y, desde esta perspectiva, pueden considerarse normas autorreferenciales, la noción de autorreferencia, tal y como se contempla en el funcionalismo de LUHMANN, puede ser tautológica -estando comprendida en la propia definición de norma de organización-. Efectivamente, podría considerarse que toda organización que se dota de normas, se refiere a sí misma, pero entiendo que ello no explica en ningún caso cómo se originan o funcionan dichas normas y procedimientos, en qué medida se cumple o no con la relación estratégica de

los individuos que la conforman -que en última instancia son los que toman las decisiones respecto a aquellas-, y cómo se relacionan esas normas con otras normas (sociales, morales o legales) que, en la mayoría de los casos, vienen impuestas desde fuera.

Creo que la propia instauración de la figura del órgano con la *función de compliance* o *compliance officer* conforma otro de los argumentos que vienen a rebatir el modelo de autorresponsabilidad. Si, como se argumenta y evidencia en el trabajo, el Estado -con fines verdaderamente estratégicos- articula una normativa que promueve la creación de un órgano compuesto por uno o varios individuos al objeto de que desempeñen un rol tan relevante como velar por cumplimiento de las exigencias previstas en el modelo de prevención de delitos, ello viene precisamente a evidenciar la auténtica capacidad decisoria y poder de influencia real del individuo sobre el ente corporativo.

Frente a las debilidades del modelo de autorresponsabilidad, defiendo el modelo de heterorresponsabilidad o responsabilidad penal de la persona jurídica por hecho ajeno como único posible. Es un modelo que se nutre y respeta algunos de los clásicos postulados de la teoría general del delito, aunque también resulta discutible por cuanto conculca el principio de culpabilidad y personalidad de las penas. Se trata de un modelo que respeta a la persona física como único ser libre con verdadera capacidad de acción trascendente en el contexto jurídico-penal. Son los individuos los que cuentan con plena capacidad intelectual y volitiva, tienen conciencia de sí mismos y del entorno en que se sitúan, por lo que son precisamente estos quienes orientan sus conductas en función de tales circunstancias. Desde esta perspectiva, todo delito deviene de un comportamiento humano controlado por la propia voluntad del sujeto y que resulta encuadrable en un tipo penal.

De este modo, los procesos de toma de decisiones de las personas -físicas- son el resultado de su propio discurso mental, conformado por sus intereses, influencias y por las constricciones de su entorno social. Pero no es el sistema social donde se sitúan el que autónomamente insta, a través de actos comunicativos, a que el propio sistema o los individuos tomen decisiones concretas. A partir de lo anterior, sólo cabe un

modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica por transferencia -derivada de un hecho delictivo protagonizado por una persona física-. La atribución de responsabilidad se asienta en la conducta del individuo, tras la verificación de que efectivamente concurren unos presupuestos previstos en el denominado «hecho de conexión» -configurado como la razón de esencia político-criminal que conecta la responsabilidad penal de la persona física con la de la jurídica y que tiene su base en un déficit organizativo-, lo que posibilita la imposición de una pena al ente corporativo.

-III-

Tras la asimilación por el ordenamiento jurídico-penal de la responsabilidad penal corporativa en el año 2010 y la posterior reforma operada por la L.O. 1/2015, no sólo no existe en nuestro país unanimidad acerca de cuál es modelo que acoge nuestro Código, sino que las diferentes posiciones adoptadas por la jurisprudencia y Fiscalía han reforzado la discusión entre aquellos que sostienen posturas favorables al modelo de autorresponsabilidad y aquellos proclives al modelo de heterorresponsabilidad.

Atendiendo a la literalidad del Código Penal, considero que lo que éste asume es un modelo de responsabilidad por hecho ajeno, pues vincula la responsabilidad penal de la persona jurídica con la realización de un hecho delictivo por parte de alguno de los individuos que lo conforman. La conducta delictiva de la persona física es, por tanto, premisa ineludible para poder atribuir la responsabilidad penal a la persona jurídica. Como evidencia más palpable de este extremo, es habitual señalar al propio apartado 1 del artículo 31 bis C.P., cuando dispone que las personas jurídicas serán penalmente responsables *«a) De los delitos cometidos [...] por sus representantes legales o por aquellos [...] b) De los delitos cometidos [...] por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior [...]»*.

Comparte este criterio el Ministerio Público, que a través del contenido de la Circular 1/2016 FGE, mantiene con firmeza que el modelo de atribución de responsabilidad penal existente desde que la incorporación en nuestro país de la responsabilidad penal de la persona jurídica el año 2010 es el de atribución de responsabilidad penal por transferencia o de corte vicarial. La Fiscalía recuerda que

este mecanismo supedita la imposición de una pena al ente a la constatación de que se haya cometido hecho delictivo -para el que se haya previsto la responsabilidad penal corporativa- por parte de un individuo.

Posición antagónica parece haber adoptado, al menos inicialmente, el Tribunal Supremo, que postula la adhesión de nuestro Código al modelo de autorresponsabilidad. Como paradigma de ello puede señalarse la célebre STS núm. 154/2016 de 29 de febrero (RJ 2016\600) que, en su Fundamento de Derecho Octavo, indica claramente su posicionamiento en favor de la responsabilidad penal por hecho propio. No obstante, he apostillado que esta postura jurisprudencial es inicial puesto que, sin extraer una conclusión falaz que augure un cambio súbito de postura por parte del Tribunal Supremo, entiendo que podrían considerarse signos livianos precedentes a un futuro cambio de tendencia cierto contenido autocrítico recogido en la STS núm. 668/2017 de fecha 11 de octubre (RJ 2017\4598), particularmente, cuando en su Fundamento de Derecho Primero (ap. 1.2.3.) contempla su percepción acerca de las críticas que suscitan los postulados que sustentan el modelo de autorresponsabilidad (ya la STS núm. 221/2016 de 16 de marzo (RJ 2016\824), en su Fundamento de Derecho Quinto, señalaba que la doctrina jurisprudencial sobre la adhesión a un modelo u otro únicamente podrá considerarse asentada conforme transcurra el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a consideración la diversa problemática que plantea).

-IV-

Desde una óptica más tangible, puede afirmarse que el Código contempla un conjunto de presupuestos jurídico-penales que deben concurrir para que la persona jurídica pueda ser declarada penalmente responsable. Tales elementos son, precisamente, aquellos que evidencian la conexión o vínculo entre responsabilidad penal del individuo -conducta de un miembro del ente corporativo, típica y antijurídica- y la responsabilidad penal de la persona jurídica. Los referidos presupuestos se configuran en un doble sistema de atribución de responsabilidad penal del ente, contemplado en las letras *a)* y *b)* del artículo 31 bis 1 C.P. Por consiguiente, cuando concurren todos los presupuestos recogidos en alguna de estas, el ente puede ser

declarado responsable penal; a través del uso de la expresión «hecho de conexión» se hace alusión a tal subconjunto de presupuestos.

El doble sistema de atribución basa la distinción en las responsabilidades que detente la persona física autora del delito, lo que implica que, cuando la conducta delictiva es desarrollada por un representante legal, un autorizado para tomar decisiones o por quien detente facultades de organización y control, los presupuestos exigidos resultan menos exigentes que cuando quien delinque es un empleado sometido a los anteriores -supuesto en que se exige, además, la concurrencia del incumplimiento grave de los deberes por parte de un directivo, de tal modo que ello posibilite el acaecimiento del comportamiento delictivo-. En todo caso, y al margen de las diferencias o matices existentes según la naturaleza del cargo del individuo que delinque, es importante subrayar que, para poder atribuir la responsabilidad penal a la persona jurídica, se exige que tal delito sea alguno de aquellos que conforman el *numerus clausus* para los que el Código contempla expresamente dicha posibilidad. En este contexto, se entiende como comportamiento delictivo aquel típico y antijurídico -pudiendo faltar el reproche culpabilísimo-. Por consiguiente, cabe la comisión por parte de la persona física en grado de consumación o tentativa y a título de autor o partícipe. Asimismo, creo relevante incidir en que no se precisa que la persona física que desarrolló la conducta delictiva haya sido procesada o declarada culpable, ni tan siquiera identificada.

Otro de los presupuestos configuradores de los «hechos de conexión» es el beneficio directo o indirecto que la conducta delictiva desplegada por la persona física debe procurar para la jurídica. Tal exigencia se ha prestado, fundamentalmente, a dos interpretaciones: una de corte subjetivo, que centra la atención sobre los propósitos de la persona física y otra, de marcada concepción objetiva, que atiende a si la conducta puede, en efecto, provocar algún tipo de beneficio al ente corporativo. Considero más acertada esta última, es decir, aquella que engloba actuaciones que, desde un análisis *ex ante*, nos permitan concluir que se generaría un lucro, provecho, ganancia o cualquier otra tipología de beneficio para la persona jurídica (resultando totalmente indiferente si dicho beneficio se encontraba entre los propósitos del individuo o si se genera o no un beneficio personal para este último).

Otro aspecto importante y que nutre cierta parte de la distinción entre «hechos de conexión», según las funciones que detente el individuo que delinque es que, mientras que la *a)* del apartado 1 del 31 bis 1 C.P. tiene como presupuesto que el delito haya sido cometido actuando «*en nombre o por cuenta de la persona jurídica*», la letra *b)* del mismo precepto exige que se haya cometido «*en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta*». Entiendo que se trata de una diferenciación que deriva del propio cargo de la persona física que delinque. A pesar de la existencia de varias posturas interpretativas respecto a ambas fórmulas, a continuación, sintetizo aquella que, para cada supuesto, creo que resulta más acertada:

La fórmula contemplada en el primer caso, aquel concerniente a supuestos donde el comportamiento delictivo es realizado por un representante legal, un sujeto autorizado para tomar decisiones o por quien detente facultades de organización y control, ha de interpretarse siguiendo un criterio diferenciador entre lo que implica «*en nombre*» y la noción «*por cuenta*». El término «*en nombre*» conlleva la necesidad de que el individuo actúe en el ejercicio de funciones verdaderamente representativas que les han sido conferidas en virtud de su cargo, mientras una actuación «*por cuenta*» de la persona jurídica debería interpretarse como cualquier forma de actuación, siempre y cuando se desarrollen dentro del ámbito competencial del individuo. Esto posibilita que pueda darse el «hecho de conexión» en situaciones donde quien delinque es un individuo que, sin tener funciones representativas, si detenta otras de las funciones directivas o de supervisión ya señaladas. Lógicamente, los dos términos comprendidos en la fórmula, al encontrarse unidos por la conjunción «*o*», pueden apreciarse de manera alternativa.

El segundo supuesto, aquel previsto en la letra *b)* del apartado 1 del 31 bis C.P., prevé que cuando la conducta delictiva es llevada a cabo por un trabajador subordinado a alguna de las personas del 31 bis 1 *a)*, se exige que se haya desarrollado «*en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta de la persona jurídica*». Considero que lo más razonable es entender que el legislador ha pretendido trasladar unos criterios similares que cuando el sujeto que delinque es un directivo, pero adecuándolos a las funciones más limitadas de los empleados. En este sentido, entiendo que cuando se prevé que la conducta ha de realizarse en el «*ejercicio de*

actividades sociales» se pretende excluir aquel comportamiento alejado de la propia actividad empresarial y su lógica funcional. En consecuencia, asumo que ello implica la exigencia de un vínculo claro entre el elenco de facultades que cabe entender podría ejercer el trabajador de la empresa y los fines que persigue la persona jurídica. Por otra parte, respecto a la expresión compartida con la letra a) del 31 bis 1 C.P., «*por cuenta*» de la persona jurídica, considero que engloba el conjunto de tareas de gestión diaria o de desarrollo habitual de la actividad laboral del individuo en el seno de la persona jurídica. Por último, apuntar un matiz reseñable y es que, esta fórmula, al unir ambas nociones «*en el ejercicio de las actividades sociales*» y «*por cuenta*», mediante la conjunción copulativa «y» requiere la concurrencia de ambas circunstancias.

El doble sistema de atribución de responsabilidad tiene su paralelismo a la hora de dispensar de responsabilidad a la persona jurídica, distinción conocida como el *doble régimen de exención*. Así, para que se exonere de responsabilidad penal a la persona jurídica cuando el sujeto que delinque es un directivo, se requiere de la concurrencia de las cuatro condiciones previstas en el apartado 2 del Art. 31 bis C.P. que son: 1ª) La implementación efectiva por parte del órgano de administración de un *compliance program penal*; 2ª) Que el funcionamiento y cumplimiento se haya encomendado a un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control -el órgano con la *función de compliance* o *compliance officer*-. 3ª) Que el directivo/s que hubiera/n desarrollado el comportamiento delictivo eludiendo fraudulentamente el propio *compliance*. 4ª) Que no se haya producido omisión o ejercicio insuficiente de las funciones por parte del *compliance officer*.

En cambio, para exonerar al ente cuando quien delinque es un empleado, sin poderes de representación, capacidad decisoria o facultades de supervisión, se exige el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado 4 del Art. 31 bis C.P., esto es, que se hubiera implementado eficazmente un *compliance program penal*. Al margen de que la adopción y ejecución eficaz de un *compliance* sea, bajo cualquier supuesto, requisito *sine qua non* para que pueda operar la exoneración, entiendo que la previsión del 31 bis 4 C.P. comparte, implícitamente, la 2ª exigencia señalada en el 31 bis 2 en tanto que la existencia de un órgano con la *función de compliance* se encuentra indisolublemente asociado a la existencia de un *compliance* eficaz; por otro lado,

entiendo que, para la dispensa de responsabilidad en estos casos, no se requiere que la comisión del delito se realizase eludiendo fraudulentamente el *compliance* puesto que en el propio «hecho de conexión» recogido en la letra *b)* del Art. 31 bis 1 C.P. se exige que el empleado haya podido cometer el delito porque los sujetos de la letra *a)* del mismo precepto incumplieran gravemente sus deberes de supervisión, vigilancia y control lo que hace posible que el empleado pudiera haber delinuido sin necesidad de engaño o maquinación tendente a eludir los controles previstos en el *compliance*. Igualmente, entiendo que para que opere la exoneración tampoco ha de exigirse que no se haya producido una omisión o ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión o control por parte del *compliance officer*. Conclusión que extraigo de la dificultad de compatibilizar que, por un lado -y de conformidad con uno de los presupuestos del «hecho de conexión» para atribuir responsabilidad penal al ente-, se requiera que las personas con poderes de supervisión y control hayan incumplido gravemente sus deberes de vigilancia y control y, por otro lado, se exija para la exoneración que no se haya producido omisión o ejercicio insuficiente por parte del órgano con la *función de compliance*. Por otro lado, cabe señalar que esa diferenciación del *doble régimen* se vuelve más homogénea en aquello que concierne a la atenuación de la responsabilidad penal del ente.

-V-

El órgano que detenta la *función de compliance* o *compliance officer* ha adquirido un papel protagonista en el contexto de la responsabilidad penal corporativa. De hecho, tras la reforma operada por L.O. 1/2015 es, después del administrador, el órgano más relevante vinculado con el control de riesgos e incumplimientos de trascendencia penal, con los propios requisitos del *compliance program penal* y los presupuestos para la exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Creo que, la introducción, por parte del Estado, de esta figura en el ámbito jurídico-penal obedece a razones estratégicas. Ante la insuficiencia de medios y recursos para controlar la cada vez más diversa y compleja actividad empresarial, incentiva (a través de la posible exoneración de responsabilidad penal) la instauración

en el núcleo de la persona jurídica de un órgano con «*poderes autónomos de iniciativa y de control*» sobre el que confiar «*la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado*». Es una lógica donde el Estado «delega» sobre el *compliance officer* unas funciones que había venido realizando de manera directa e inmediata a través de sus autoridades públicas.

Estimo necesario reseñar por qué el Estado ha promovido la inclusión de este órgano como si de un «caballo de Troya» se tratase: para reforzar la *confianza* en que las personas jurídicas se dotan de herramientas para la prevención de delitos de una manera ciertamente eficaz. Con la inclusión de esta figura, y la aplicación analítica de *la teoría de juegos*, puede concluirse que el Estado acude a la denominada como *solución externa al dilema*. Este extremo evidencia cómo se trata de un órgano que causa la ruptura de la tendencia predominante -matemáticamente demostrada- a la *desconfianza* y al *incumplimiento*, pues se aminoran las *posibilidades estratégicas* de que puedan cometerse delitos en el seno de las personas jurídicas.

Considero que la selección de la persona o personas que componen este órgano debe hacerse a través del *sorteo*. Fruto del contraste del *sorteo* con otros medios de selección (*nombramiento, cooptación o la certificación*), entiendo que, acudiendo a este medio se podría garantizar con mayor rigor la imparcialidad inherente a su función, ya que existen más posibilidades de que puedan resultar elegidos aquellos que carecen de vínculos con la administración o alta dirección. Frente al contraargumento principal, la posibilidad de que se designen a personas con escasos conocimientos y experiencia, simplemente pongo de manifiesto que en los recientes escándalos de corrupción relacionados con la gestión de entidades bancarias, empresas concesionarias, etc., los dirigentes de los entes corporativos contaban con extensos currícula y amplia experiencia, y que la razón de ser de las actividades delictivas ha estado, precisamente, en los vínculos existentes con otras esferas de poder y la escasez de imparcialidad de los dirigentes. Además, el riesgo de nombrar a personas sin suficiente experiencia o formación puede evitarse a través de un proceso de selección *ad hoc* articulado en dos fases: *a)* La selección por *sorteo* debe ir precedida de la exigencia de certificación o aptitudes de mínimos, pero el número de aspirantes ha de ser lo suficientemente elevado como para minimizar las opciones de que sean elegidas

personas vinculadas a la dirección. b) Después de la aplicación del método del sorteo, la persona jurídica debe completar la formación específicamente requerida de la persona del modo que estime pertinente. Así, se despeja cualquier interrogante relacionado con la supuesta falta de formación del sujeto y se garantiza, *a priori*, un elevadísimo nivel de imparcialidad en el órgano con la *función de compliance*.

Por otro lado, atendiendo al modo en que nuestro Código Penal aborda esta figura, puede deducirse que, mientras que las exigencias de carácter orgánico si se encuentran bien precisadas en el artículo 31 bis 2.2ª C.P., las funciones y responsabilidades inherentes a la *función de compliance* no se encuentran desglosadas. Entiendo que se trata de un aspecto lógico, en tanto que no parecería adecuado que el Código reflejase, como si de un reglamento se tratara, el amplio elenco de atribuciones del *compliance officer*. Por su parte, la Circular 1/2016 FGE tampoco señala un catálogo de atribuciones concretas. Sin embargo, esta circunstancia genera disparidad de criterios doctrinales y repercute negativamente en la necesaria seguridad jurídica que habría de existir entorno a un órgano tan relevante y que, con toda certeza, detenta la posición de garante en determinados ámbitos funcionales. Salvo lo dispuesto en el artículo 31 bis 5.4º C.P., donde, en el marco de los requisitos exigidos para todo *compliance program penal*, se concreta nítidamente la obligación de que el órgano con la *función de compliance* sea quien reciba las informaciones relativas a posibles riesgos e incumplimientos, el artículo 31 bis 2.2ª C.P. se limita a apuntar, de modo impreciso, unas funciones genéricas relacionadas con el cumplimiento del modelo de prevención. En consecuencia, recalco la importancia de que el ámbito funcional de esta figura se encuentre claramente fijado y, a tal fin, postulo que se acuda a un triple proceso de formalización que asegure que las funciones del *compliance officer* han sido adecuadamente delegadas y que las partes implicadas tienen pleno conocimiento de tales extremos, especialmente aquello relativo al contenido del *compliance program penal*. Este triple proceso requiere que todas las tareas asignadas a esta figura hayan sido objeto de aprobación expresa por parte del órgano de administración; además, deberían de preverse en el propio *compliance* y, por último, recogerse en el concreto marco contractual acordado con el *compliance officer*.

-VI-

Entiendo que el Código no irradia elementos que sean especialmente útiles para sostener una fundamentación sólida que contribuya al reforzar el andamiaje dogmático de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Igualmente, considero que, desde la expansión del funcionalismo -cuyos postulados originaron y fundamentan el modelo de autorresponsabilidad-, la doctrina no ha prestado la necesaria atención a las más actuales corrientes sociológicas que se ocupan de los procesos de toma de decisiones y relaciones estratégicas en entornos organizados. Ello ha provocado, en mi opinión, cierto reduccionismo a la hora de abordar el debate entre quienes propugnan el modelo de autorresponsabilidad y quienes defienden el modelo de heterorresponsabilidad penal de la persona jurídica. Uno de los aspectos esenciales de los que se ocupa esta investigación es el señalar y proponer unas bases para el desarrollo de un modelo de responsabilidad penal corporativa que tenga en consideración las vigentes teorías de análisis del comportamiento y toma de decisiones, a objeto de cimentar sobre estas una noción de responsabilidad penal de las personas jurídicas que goce de un verdadero respaldo socio-jurídico. A tal fin se exponen el conjunto de elementos que configuran la propuesta para la fundamentación de la responsabilidad penal corporativa. Además, no sólo se trata de conformar un sólido soporte dogmático sobre el que erigir la responsabilidad penal de la persona jurídica, sino que propongo utilizar las herramientas analíticas y metodología que acompañan a las tesis propuestas para su utilización a la hora del estudio y elaboración del *compliance program penal*.

La primera teoría cuyos postulados propongo que sean asimilados por el Derecho Penal es el *nuevo institucionalismo de la elección racional*. Es una teoría que mantiene a la persona física como elemento central del análisis, ya que es ésta quien toma decisiones, dirige sus propios actos y puede desarrollar un comportamiento verdaderamente consciente y voluntario, dominado por su propia psique. Se trata de una perspectiva absolutamente compatible con la noción jurídico-penal del modelo de heterorresponsabilidad penal de la persona jurídica y que, considero, resulta esencial, pues se aleja de la ficticia noción funcionalista consistente en creer que la persona jurídica es un ente autopoiético con capacidad para dirigirse a sí misma de manera

autónoma y, en la cual, el individuo miembro de la organización carece de una verdadera capacidad para gobernar sus propios actos.

Además, el *nuevo institucionalismo* tiene en cuenta los elementos de la organización de la que la persona física forma parte, pero sin atribuirle supuestas facultades antropomórficas. Es decir, en el proceso de análisis concibe la existencia de ciertas influencias sobre la conducta del individuo generadas en el seno de la persona jurídica mediante las normas, usos y procedimientos existentes en la organización, pero no obvia que, en todo caso, se trata de constricciones precisamente originadas por los propios individuos que conforman la persona jurídica. Esta teoría, tiene en cuenta aspectos que estimo tan valiosos para el Derecho Penal como, por ejemplo, las posiciones que ocupan los individuos de la organización, las estructuras y organigramas, el conjunto de acciones posibles, sus costes o beneficios. Esa amplitud analítica, no sólo permite comprender mejor las conductas de los individuos en este tipo de entornos organizados, sino que, las propias influencias generada por las constricciones y procedimientos existentes en la corporación permiten amparar una ulterior transferencia de responsabilidad penal a la persona jurídica.

La *teoría de juegos* es otra de las teorías que, definiendo, ha de ser incorporadas de manera decidida por la dogmática penal para contribuir a la fundamentación de la responsabilidad corporativa, en tanto que goza acreditada validez científico-experimental para analizar desde una perspectiva estratégica, e incluso predecir, los procesos de toma de decisiones de los sujetos cuando interactúan con otros (ya sea cumplir con un acuerdo o una norma, incumplirla, engañar, etc.). Además, explica por qué se constituyen organizaciones, se colabora o se implementan normas, procedimientos o constricciones -como son los propios *compliances*-, o la problemática asociada a las asimetrías informativas. Así, por ejemplo, ayuda a comprender por qué el Estado promueve la inclusión de la figura del *compliance officer* en el seno de la corporación o los problemas derivados de las asimetrías informativas con los que esta figura puede encontrarse durante el ejercicio de sus funciones. Mientras que el *nuevo institucionalismo de la elección racional* se utiliza, principalmente, en ciencias sociales como la Sociología o la Economía, la *teoría de juegos* se está utilizando, además, en los ámbitos más variados -que van desde la política, diplomacia, o los enfrentamientos

bélicos hasta sectores como los relativos a las entidades aseguradoras o el mercado bursátil-.

Las referidas teorías resultan extraordinariamente útiles para reforzar el andamiaje teórico de un sólido y más actual *modelo antrópico de heterorresponsabilidad penal corporativa*. Un modelo donde se mantiene la clásica postura de considerar al individuo como aquel que, únicamente, detenta capacidad real para realizar una acción penal, esto es, tomar una decisión y desarrollar una conducta delictiva, realizando un injusto penal, pero donde, por razones político-criminales y conforme estipule el «hecho de conexión» se transfieren unas consecuencias penales a la persona jurídica -lógica que defiende la noción jurídico-penal de heterorresponsabilidad-.

Desde los planteamientos propuestos, a la persona jurídica se la declara penalmente responsable cuando, a raíz de la materialización de un comportamiento delictivo por parte de alguno de los miembros que la componen, se evidencia que en el seno del ente no se adoptaron y ejecutaron eficazmente normas, procedimientos o constricciones tendentes a impedir, prevenir o reaccionar frente a riesgos o incumplimientos de relevancia penal -lo que viene a materializarse en un *compliance program penal*-. La ausencia o ineficacia de tales constricciones se identifica con la noción de *déficit organizativo*, idea que se encuentra inherente al «hecho de conexión» por lo que, de darse los presupuestos que lo configuran, habría de transferir la correspondiente responsabilidad penal a la persona jurídica. Esta dinámica de atribución de responsabilidad corporativa tiene en cuenta la influencia generada en el ente -a través de las propias constricciones decididas e implementadas por los individuos que lo componen-, pero no lo asimila como un ser autopoiético con capacidad para cometer un injusto o de culpabilidad. El reproche penal, operado por transferencia, deviene de la «visibilidad» o esbozo que puede apreciarse y que se genera por el conjunto de normas, usos o constricciones adoptadas y ejecutadas en el seno del ente corporativo.

-VII-

La utilidad de las teorías propuestas (*nuevo institucionalismo de la elección racional, teoría de juegos* o las *tesis economicistas*) no se circunscribe al ámbito dogmático pues, como se ha apuntado, son teorías que tienen un claro alcance pragmático al venir acompañadas de una preciada metodología que permite, además del estudio de la propia naturaleza de la responsabilidad penal corporativa, comprender y mejorar los procesos de elaboración de los *compliances*. Como se ha indicado, estas teorías gozan de contrastada validez en otros ámbitos para la elaboración de estudios predictivos. Por tanto, la posibilidad que se abre al dotarse de herramientas que facilitan la labor predictiva de riesgos resulta muy interesante a la hora de optimizar el diseño de los *compliances*.

La toma en consideración, a través de estas herramientas, de la realidad organizativa de elementos como las posiciones que los sujetos ocupan en el organigrama, el conjunto de decisiones posibles, las relaciones estratégicas, los flujos de información existentes, etc. posibilitan la elaboración de un *compliance* mejor adaptado desde el punto de vista estratégico-relacional a la situación que presente cada persona jurídica. Considero que la utilización de esta metodología científica contribuye o debería contribuir notablemente a superar el denominado *juicio de idoneidad del compliance program penal*, en tanto que, de conformidad con aquello que postula la propia Circular 1/2016 FGE, evidencia un *plus* de adaptación a la realidad que presenta la empresa y a sus concretos riesgos. En consecuencia, su utilización debería ser tenida en cuenta como un elemento favorable para lograr la exoneración de responsabilidad penal.

-VIII-

Resulta más que evidente que, tanto el *big data* como la *inteligencia artificial*, están siendo cada vez más utilizados desde muy diversos sectores para los procesos de toma de decisiones y, especialmente, para el análisis y evaluación de riesgos de cualquier naturaleza. Como es sabido, el aprovechamiento de volúmenes cada vez

mayores y más variados de información (por ejemplo: el conjunto de decisiones posibles, los costes, beneficios u otras consecuencias de cada decisión, el conjunto existente de estrategias a adoptar, etc.) permite, mediante un tratamiento adecuado, extraer conclusiones que pueden resultar determinantes a la hora de tomar decisiones. Asimismo, los desarrollos de *inteligencia artificial* han desembocado en la creación de algoritmos que permiten, no sólo tomar decisiones o resolver problemas, sino realizar verdaderos procesos de aprendizaje. Es decir, un robot puede programarse para realizar determinadas funciones de manera automática con arreglo a la interpretación de información -según aquello sobre lo que previamente se le haya programado- y también puede aprender, asimilar conocimientos de distinta índole.

Pues bien, fruto de la combinación entre *big data* e *inteligencia artificial*, están surgiendo herramientas altamente eficaces para la analítica de riesgos y procesos decisorios. Todo ello supone la traslación al lenguaje informático de la metodología y modelos matemáticos que traen consigo las propias tesis economicistas, la teoría de juegos y los postulados de la elección racional, es decir, considero que desde la propia informática se acepta la utilidad y validez de dichas teorías para los análisis predictivos.

No obstante, creo que, en el ámbito del Derecho y particularmente desde el ámbito jurídico-penal, no existe una verdadera conciencia acerca del vínculo existente entre los softwares u otras herramientas informáticas -cada vez más utilizados por los entes corporativos para articular mecanismos de prevención y detección de riesgos o, simplemente, para tomar decisiones- y las teorías que ampliamente desarrollado en la presente investigación. Esa aparente desconexión puede originar ciertos inconvenientes e interrogantes relacionados con el modo de considerar el uso de estas nuevas herramientas o con cómo analizar o fundamentar jurídicamente su utilización o contenido a la hora de dilucidar responsabilidades. Por tanto, defiendo que la asimilación decidida desde el Derecho Penal de las teorías aludidas posibilitaría, además, el establecimiento de un nexo entre tales herramientas y el ámbito jurídico-penal, lo que supone establecer las bases para superar los interrogantes y retos que plantean la utilización de este tipo de herramientas informáticas para la predicción o control de riesgos de trascendencia penal.

Propongo, pues, superar la desconexión entre la informática y el Derecho Penal corporativo a través del denominador común que supone que, en ambos campos, sean utilizadas las mismas teorías explicativas de la conducta y su metodología. Las herramientas informáticas porque incorporan a través de la algoritmia, esa metodología y los modelos matemáticos, y el Derecho Penal, porque las utiliza para cimentar, desde una acreditada base sociológica, una noción más actualizada de la responsabilidad penal corporativa. En ese contexto, tras la aceptación de ese nexo lógico de raíz socio-jurídica, el Derecho Penal estaría dedicando un espacio dogmático al creciente papel de la *inteligencia artificial* y el *big data*, extremo que, como señalaba, considero que permitiría afrontar con mayor facilidad los retos jurídicos-penales que se presentan en relación con la responsabilidad penal corporativa y la implementación de los *compliances*.

-IX-

Los modelos de organización y gestión o *compliances* suscitan, sobre todo desde la reforma del Código Penal operada por L.O. 1/2015 -donde expresamente se les otorga un papel esencial en la exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica- algunos interrogantes relacionados con su naturaleza. La consideración que se tenga acerca del *compliance program penal* pende de la propia fundamentación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que, se considere, acoge nuestro Código. Ante la opción del modelo de autorresponsabilidad penal de la persona jurídica o responsabilidad por hecho propio, el modelo de organización y gestión puede excluir el injusto o la culpabilidad. Si se acepta que excluye el injusto, el *compliance* supone la representación de una diligente y adecuada organización empresarial, mientras que, si se asume que excluye la culpabilidad, se concibe al *compliance* como la materialización más evidente de que la empresa fomenta una cultura del cumplimiento normativo. Bajo el primer planteamiento, la carga probatoria sobre la existencia y efectividad del modelo recae sobre la acusación -función que generalmente desempeñará la Fiscalía- y, en el segundo, la carga habrá de soportarla la defensa.

Por el contrario, asumiendo un modelo de heterorresponsabilidad o responsabilidad penal de las personas jurídicas por hecho ajeno, el *compliance* se configura como el factor esencial que imposibilita la apreciación del «hecho de conexión». Estimo pertinente insistir en que, la noción de heterorresponsabilidad, aunque discutible por las consecuencias que de ella se desprenden desde la perspectiva del principio de culpabilidad, es aquella que considero más ajustada a la literalidad de nuestro Código.

Pues bien, desde esta posición, y de conformidad con el conjunto de planteamientos teóricos propuestos que sustentan un *modelo antrópico de responsabilidad penal corporativa*, la implementación de un *compliance program penal* evidencia que existe una organización adecuada y eficaz, pues se han adoptado y aplicado una serie de procedimientos y constricciones que tienen por objeto prevenir e impedir incumplimientos o riesgos de trascendencia penal. Puesto que la noción de *déficit organizativo* conforma la propia esencia del «hecho de conexión» y no puede observarse dicho déficit por razón del *compliance* implementado, no cabe transferir responsabilidad penal hacia el ente corporativo ante una conducta delictiva por parte de algún miembro del ente. El *compliance program penal* es, por lo tanto, categorizado como elemento que niega el hecho de conexión y, en consecuencia, la carga probatoria sobre la inexistencia de un *compliance program* eficaz debe corresponderle a la acusación.

Al margen de tales consideraciones, la Fiscalía mantiene otra postura que, desde mi punto de vista, resulta difícilmente admisible. El ministerio público sostiene que el *compliance* es una especie de excusa absolutoria, opción que entiendo poco aceptable en tanto que debe partirse de que la persona jurídica puede realizar por si mismas un hecho típico, antijurídico y culpable. Creo que, además, este particular resulta menos comprensible aun cuando, a la luz de lo dispuesto en la propia Circular 1/2016, la Fiscalía se adhiere expresamente a la idea de que el Código asume un modelo de heterorresponsabilidad penal de la persona jurídica. No obstante, esta inusual postura puede explicarse por la pretensión de la Fiscalía de hacer recaer sobre la defensa la carga de probar la implementación eficaz de un *compliance*. Por el contrario, el Tribunal Supremo, desde su adhesión inicial al modelo de

autorresponsabilidad, se sitúa en una posición menos controvertida y más centrada en garantizar los derechos del ente corporativo. Así, a través de su STS núm. 221/2016 de 16 de marzo (RJ 2016\824) incide en que, en todo caso e independientemente de la discrepancia acerca de la naturaleza del *compliance*, la carga probatoria relacionada con estos modelos de organización y gestión ha de recaer necesariamente sobre la acusación.

-X-

En un plano más alejado de la dogmática, dirigiéndome hacia el propio contenido del *compliance* y aquello que dispone el Código al respecto, planteo una aproximación al concepto de *compliance program penal* predominantemente técnico y lo más aséptico posible. En consecuencia lo defino como el conjunto de normas, procedimientos y mecanismos de control tendentes a garantizar el firme cumplimiento de la legalidad en el seno de la organización, regulando y supervisando aspectos como los procesos productivos, la gestión diaria empresarial y las conductas de los individuos que componen la organización, pero cuyo objetivo directo e inmediato es prevenir, detectar y reaccionar ante la comisión de delitos o el acaecimiento de riesgos e incumplimientos de posible trascendencia penal. Y, todo ello, sin obviar que es el resultado de un fenómeno cuyo germen radica en las nociones de origen anglosajón de *accountability* y *regulated self-regulation*.

Desde este ámbito pragmático, concerniente, más bien, a la exegética, me he ocupado de analizar los seis requisitos que, según lo dispuesto en el 31 bis 5 del Código Penal, ha de satisfacer todo *compliance program penal* para que sea considerado eficaz y, en consecuencia, pueda desplegar efectos exoneradores de responsabilidad penal sobre la persona jurídica. Por supuesto, sin olvidar que, dependiendo de las facultades que detente el individuo que desarrolló el comportamiento delictivo, deberá exigirse la concurrencia de los presupuestos contemplado en el apartado 2 del artículo 31 bis C.P. (si se trataba de un representante legal, autorizado para tomar decisiones o que detentaba facultades de control) o, en cambio, deberá atenderse lo previsto en el

apartado 4 del artículo 31 bis C.P. (si el individuo que delinquiró era un empleado sometido a los anteriormente señalados).

El apartado 5 del 31 bis del Código Penal ha sido criticado por considerarse que se excede en el detalle de los requisitos, incurriendo en una concreción rayana en lo reglamentario, aspecto inadecuado para el texto legal en que se plasma. Estando de acuerdo con esta apreciación, considero que se trata de un mal menor, pues resulta preferible atender a unos elementos que son obra directa del legislador que acudir a otros instrumentos, como los estándares (que gozan del apoyo de grandes empresas del sector del Derecho y que detentan un claro «halo» privatizador), para cubrir ciertas indeterminaciones en la materia. En todo caso, atendiendo al contenido de los seis requisitos que el Código exige a todo *compliance*, y teniendo en cuenta aquello que contempla la Circular 1/2016 FGE y los planteamientos teóricos propuestos, considero que las conclusiones más relevantes que pueden extraerse son aquellas que, a continuación, se señalan:

1ª) Sobre la identificación de actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos (Art. 31 bis 5.1º C.P.), incido en que deben señalarse y distinguirse los riesgos susceptibles de tener relevancia penal, es decir, aquellos directamente vinculados con el *numerus clausus* de delitos por los que una persona jurídica puede ser declarada penalmente responsable. En otro caso, si tuvieran que elaborarse mapas de riesgos extraordinariamente amplios -teniendo en cuenta aquellos totalmente ajenos a este contexto delictivo-, estaríamos hablando de una labor que no sólo excedería del ámbito del *compliance*, sino que, además, el resultado no cumpliría la función preventiva inherente al modelo de prevención, ya que el componente jurídico-penal quedaría absolutamente desdibujado por los otros ámbitos regulatorios.

Es importante considerar los riesgos por niveles, según el grado de probabilidad e intensidad del perjuicio o impacto en caso de acaecimiento, para lo que resulta extraordinariamente útil el uso de matrices, pero también es necesario tener en cuenta otros factores como el tipo de servicio o producto, área geográfica, volumen de operaciones, aspectos sobre los que incide la propia Circular 1/2016 FGE. Asimismo,

promuevo la utilización de la *teoría de juegos* para la comprensión y explicación de posibles riesgos desde una perspectiva dinámica y estratégica, recurriendo a un ejemplo relativo a la figura del órgano con la *función de compliance* y la problemática de las asimetrías informativas. Por último, cabe destacar la creciente importancia de la utilización de los softwares para el estudio sobre el riesgo. No obstante, considero indispensable contar con expertos penalistas para la realización de todas las tareas que engloban este requisito; abogo, por tanto, por la conjugación de herramientas informáticas y la labor del penalista para obtener unos resultados óptimos.

2ª) Respecto al segundo requisito, la protocolización de los procesos de formación de voluntad, toma de decisiones y su ejecución en la persona jurídica (Art. 31 bis 5.2º C.P.), estimo primordial realizar un organigrama detallado donde se relacionen a los individuos y sus funciones, especialmente de aquellos con facultades decisorias y ejecutivas. Desde este punto de partida, han de prefijarse con claridad cada una de las fases y subfases que componen los procesos de formación de voluntad, adopción de decisiones y ejecución de las mismas, debiendo existir constancia de todo el *íter* procedimental. Un aspecto llamativo de este elemento es que el Código omite la necesidad de incorporar en estos procedimientos medidas de control, extremo que obedece al conformarse este requisito por la traducción parcial del Decreto legislativo italiano 231/2001 (norma que se ceñía a determinados supuestos). Dicha circunstancia lleva a considerar que este requisito ha de conjugarse con aquello que dispone el apartado 2, condición 1ª del 31 bis, interpretando la necesidad de asumir medidas de control en los procesos de formación de voluntad o ejecución de acuerdos.

En el marco de estas medidas de control, propongo una clara asimilación del modelo de las *tres líneas de defensa*, donde se remarca la separación funcional entre aquellos que se sitúan más cerca de la actividad y gestión diaria empresarial y, por tanto, de los posibles riesgos e incumplimientos, y quienes detentan funciones de control o supervisión respecto al riesgo (donde se localiza al *compliance officer*). En todo caso, es importante apuntar, tal y como ratifica la propia Fiscalía a través de la Circular 1/2016 FGE, que las decisiones acerca del nivel y el apetito del riesgo le corresponden al órgano de administración. Es éste el que debe adoptar los acuerdos

sobre tales extremos respecto al propio *compliance program penal* o sobre la atribución de medios y recursos para el control del riesgo.

3ª) La gestión de recursos financieros dirigidos a impedir delitos que han de ser prevenidos es el tercer elemento que debe satisfacer todo *compliance program penal* (Art. 31 bis 5.3º C.P.). Este requisito se presta a diversas interpretaciones, algunos apuntan que conlleva la obligación de dotar de los recursos necesarios para poder desplegar los medios y controles recogidos en el propio *compliance*. Sin embargo, entiendo que estamos una interpretación desacertada en tanto que se trataría más bien de una precisión concerniente a la misma eficacia del *compliance* -aspecto realmente vinculado con aquello que dispone en el artículo 31 bis 2.1ª C.P.-. Los objetivos esenciales de este requisito son, en esencia, tres: impedir que los recursos financieros de la persona jurídica se desvíen hacia actividades ilícitas, imposibilitar el blanqueo de capitales y las conductas fraudulentas que produzcan menoscabo de las arcas públicas.

En vista de los acontecimientos relacionados con la delincuencia económica, no resulta desacertado sostener que, precisamente, los ámbitos señalados engloban las conductas más habituales, por lo que considero muy importante implementar estructuras y procedimientos que atiendan este requisito, desarrollando una verdadera función fiscalizadora, articulando controles financieros y no financieros realmente eficaces.

4ª) Con relación a la obligación de informar sobre riesgos e incumplimientos al órgano con la *función de compliance* (Art. 31 bis 5.5º C.P.), entiendo que deben tenerse en cuenta seis aspectos fundamentales: quiénes son los destinatarios de esta obligación, sobre qué riesgos se ha de informar, qué sujeto es el responsable de recibir las informaciones, cómo debe ser el procedimiento que lo regule y, por último, la relevante la labor de concienciación y formación relacionada con esta obligación.

Sobre los posibles destinatarios, asumo que, cuanto más amplios y laxos sean los criterios, más se incrementan las posibilidades de recibir informaciones, lo que repercute positivamente en la eficacia del modelo. No obstante, creo que debe mantenerse una posición realista, de modo que, aunque se posibilite e, incluso se

incentive por diversos medios la emisión de denuncias por parte de los clientes o beneficiarios finales, ha de tenerse claro que sobre quienes se puede generar un verdadero efecto vinculante -en virtud de las inclusión de previsiones que en este sentido contemplan las cláusulas contractuales y en el propio *compliance*- es respecto a los propios miembros que conforman el ente corporativo y otras partes interesadas (*stakeholders*) cuyos lazos se sustenten contractualmente como, por ejemplo, socios de negocio, proveedores, etc.

Sobre la opción de establecer o no un catálogo de supuestos tasados de riesgos o incumplimientos respecto a los que exista obligación de informar, entiendo que señalar y limitar aquellos casos en que debe informarse resulta injustificado e ineficaz. Durante del desarrollo de la actividad de cualquier empresa pueden presentarse muy diversos supuestos de riesgos o incumplimientos por lo que, creo que la labor de catalogación comprometería unos esfuerzos que deberían ser dedicados a otras cuestiones. Además, tasar el tipo de supuestos denunciabiles, que no tendría otra justificación que evitar una saturación de las vías de denuncia que, hoy por hoy, se encuentra bastante alejada de la realidad, sólo legitimaría implícitamente la posibilidad de no denunciar otros casos que también pueden resultar penalmente relevantes. En virtud de lo apuntado, concluyo que, sin perjuicio de poder clasificar las denuncias según algún tipo de parámetro, debe formalizarse la obligación de informar acerca de cualquier tipo de riesgo o incumplimiento, sin más limitación que la buena fe del informante.

Estimo que el sujeto receptor de tales informaciones debe ser, en todo caso, el *compliance officer*. Por consiguiente, independientemente de que se externalice o no el canal de denuncias, esta figura debe recibir íntegramente la información. Establecer filtros previos de la información antes de que pueda llegar a este órgano supone despojarle de una responsabilidad expresamente contemplada en el Código y creo que ello desnaturaliza la propia *función de compliance*. Por otro lado, es importante que, desde la emisión de la denuncia, se respeten con pulcritud los derechos del denunciante o *whistleblower* y denunciado, teniendo especialmente en cuenta las disposiciones relativas a la protección de datos de carácter personal y los principios que rigen un procedimiento sancionador. En este contexto, se aprecia una clara

tendencia a la anonimización del denunciante, de modo que, la nueva legislación que se prevé adoptar en materia de protección de datos asume expresamente la posibilidad de recibir denuncias anónimas. Asimismo, debe respetarse el criterio de comunicación temprana al órgano de administración, órgano que, además, al culminar el proceso de investigación deberá tomar las decisiones oportunas, al detentar las atribuciones esenciales en materia de gestión y niveles de riesgo.

Quizás, sobre este requisito, la formación y la labor de concienciación sean los aspectos más relevantes. En efecto, creo que un miembro del ente corporativo no puede estar obligado a tener conocimientos jurídico-penales que le permitan apreciar un riesgo con repercusión penal, pero si debe haber recibido una formación que le permita discernir entre aquello que se ajusta a los códigos internos de conducta y cualquier otro desvío o irregularidad susceptible de ser denunciada. Además, las tareas de concienciación tendentes a eliminar los aspectos peyorativos del delator y a destacar la importancia para la organización de respetar la norma resultan, a mi juicio, esenciales para garantizar la materialización de esta exigencia.

5ª) Del quinto de los requisitos, aquel relativo al establecimiento de un sistema disciplinario que castigue el incumplimiento (Art. 31 bis 5.5º C.P.), considero interesante la lógica que contempla y que podría denominarse *bicondicionalidad del cumplimiento*. Por un lado, esta exigencia tiene por objetivo sancionar los incumplimientos de los procedimientos y medidas contemplados en el *compliance* a través de la aplicación de un código de conducta -donde se recogen infracciones y sanciones-. Por otro lado, el propio *compliance* tiene como una de sus pretensiones esenciales perseguir los incumplimientos, especialmente, a través de la obligación de denunciarlos y de la presente exigencia relativa al sistema disciplinario.

Otro aspecto que estimo destacable es aquel relativo a la aplicabilidad del código de conducta tanto sobre los trabajadores como sobre directivos, extremo subrayado por la Circular FGE 1/2016. Se trata, sin lugar a duda, de un potente estímulo para fomentar el cumplimiento en toda la organización. De conformidad con aquello, considero que debe prestarse especial atención a la compatibilidad de lo que prevea el código de conducta con el marco contractual y derechos que asisten a los miembros

de la corporación. De tratarse de una relación mercantil -algo habitual en determinados puestos directivos o staff asesor-, la labor armonizadora resulta mucho más fácil en tanto que la mera previsión de cláusulas que aborden la materia pueden legitimar la aplicación código. La situación se torna más compleja respecto a los trabajadores por cuenta ajena. Por ello, entiendo que deben tomarse las debidas cautelas a la hora de redactar el código de conducta, de modo que sea totalmente compatible y respetuoso con la normativa laboral específicamente aplicable (por ejemplo: el Estatuto de los Trabajadores y los convenios colectivos aplicables). Al fin y al cabo, el código de conducta dimanante del *compliance* es normativa jurídico-privada y los derechos de los empleados devienen del Derecho Público. No obstante, se está adoptando la tendencia a asumir en el tradicional catálogo de infracciones y sanciones contenido en los convenios colectivos previsiones relativas al *compliance* y viceversa, en este caso, las disposiciones del modelo y convenio vendrían a coincidir en materia sancionadora (lo que resulta más recomendable).

Un último aspecto sobre el que se debe incidir es la importancia de establecer sanciones proporcionadas y adecuadas a la infracción cometida, ya que cualquier exceso puede provocar efectos contraproducentes y perjudiciales para la persona jurídica. Resulta paradigmática la *profecía que se autocumple*: la adopción de un código de conducta muy riguroso y cruel cuando, generalmente, los miembros de la organización han venido cumpliendo con sus deberes genera que los propios miembros se perciban a sí mismos como villanos -que cumplen con sus obligaciones porque existe una intensa fuerza que los intimida-. Pues bien, se ha demostrado que ello facilita que comiencen a asumir conductas inherentes a este tipo de personas irrespetuosas con la norma. Además, en otros supuestos la punibilidad exacerbada puede provocar un aumento del incumplimiento cuando ante pequeños incumplimientos han de aplicarse sanciones muy intensas. Un último aspecto que estimo necesario es que el establecimiento de un sistema sancionador no sólo conlleve la mera existencia de un catálogo de infracciones y sanciones, sino también de procedimientos que garanticen su verdadera aplicación.

6ª) La revisión y mejora del propio *compliance program penal* constituye el último requisito del compliance (Art. 31 bis 5.6º C.P.). De este elemento extraigo la

importancia de que el *compliance program penal* recoja expresamente el plazo para efectuar la revisión periódica u ordinaria -aspecto señalado por la propia Fiscalía-. Sobre la necesidad de realizar verificaciones extraordinarias, entiendo que deberán tener lugar ante la manifestación de alguna de estas circunstancias: la infracción relevante de las disposiciones del *compliance*, cambios organizativos de alguna trascendencia y, además, ante cualquier otra circunstancia que pudiera influir en alguna medida en los estudios relacionados con el riesgo (por ejemplo, una reforma del Código Penal).

-XI-

En el Derecho Penal, al igual que en otros contextos tradicionalmente reservados al Derecho Público, el influjo de lo privado pretende acaparar cada vez mayor protagonismo. Esta tendencia resulta más que patente en la cuestión de la responsabilidad penal corporativa y los *compliances*. Los procesos de normalización y estándares de *compliance* son, en mi opinión, la muestra más evidente de ello. Se trata de normas cuyo origen no deriva de la voluntad del legislador; ni siquiera de un Administración Pública *sensu stricto*, sino que son fruto de entes privados o semi-públicos. Son textos elaborados por comités conformados mayoritariamente por personas vinculadas a lobbies empresariales y que se redactan con una más que cuestionable vocación de jugar un papel trascendente a la hora de dilucidar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Particularmente, soy reticente a otorgar a este tipo de normas cierta importancia jurídico-penal y a considerar más sólido y eficaz un *compliance program penal* por el hecho de gozar de una certificación emitida por una entidad evaluadora de naturaleza privada.

El estándar UNE 19601:2017 *Sistemas de gestión de compliance penal* es una de las normas más representativas en nuestro país del fenómeno de la estandarización. Al margen de las críticas aducidas sobre la escasa legitimación que, bajo mi parecer, detentan los entes que elaboran este tipo de normas, dicha norma presenta algunos aspectos que, entiendo, en nada contribuyen a consolidar la idea de que la persona

jurídica que lo haya implementado ha adoptado un modelo de prevención realmente eficaz:

Es un texto elaborado con la finalidad de que pueda ser adoptado y ejecutado en cualquier tipo de organización -tenga o no ánimo de lucro-. A tal fin, postula su aplicación según el principio de proporcionalidad dependiendo de la naturaleza y circunstancias de la persona jurídica. Pues bien, considero que esta aspiración conculca *ab initio* el presupuesto consistente en adoptar un *compliance program penal* adaptado a la realidad del ente que lo implementa. La versatilidad que ofrece el estándar no supone una ventaja porque, a mi juicio, quiebra la necesaria *idoneidad* del *compliance*. Creo que no puede concebirse un texto que pueda aplicarse en las más diversas organizaciones sin que existan resortes o ambigüedades que posibiliten interpretar de un modo mucho más laxo algunos sus preceptos, extremo que no puede presuponerse respecto a un *compliance* específicamente elaborado *ex professo*. Además, que pueda ser utilizado para entes corporativos con o sin ánimo de lucro es prueba de las carencias que ha de tener, por ejemplo, en relación con los controles financieros o situaciones de conflicto de interés.

Otro de los aspectos criticables de la norma es el alto grado de discrecionalidad que otorga a la persona jurídica en elementos que resultan trascendentales para ejecutar eficazmente el modelo. La atribución que se realiza a la propia organización para que sea ésta la que determine los factores externos o internos relevantes para alcanzar los objetivos de *compliance penal* o para determinar el alcance objetivo y subjetivo del sistema de gestión de *compliance penal*, son algunos de los ejemplos más sugestivos. Asimismo, considero que el estándar recoge una afirmación que resulta muy representativa de la confusión y ambigüedad que acompaña todo el texto: cuando se ocupa de abordar las tareas del órgano con la función de *compliance* señala en su encabezamiento que «*el órgano de compliance penal, trabajando conjuntamente con la dirección, debe ser responsable de:*». No resulta desacertado sostener que esa premisa quebranta frontalmente la necesaria autonomía del *compliance officer* en el ejercicio de sus funciones que preceptúa el artículo 31 bis 2.2ª del Código Penal.

Extremos como los señalados ratifican mi percepción del estándar como una norma que contempla un amplio repertorio de conceptos, estructuras y procedimientos que pueden ser utilizados tanto para adoptar medidas eficaces de prevención, detección y reacción frente a riesgos o incumplimientos de trascendencia penal, como para articular medidas y desplegar controles que, en la práctica, resulten altamente ineficaces -lo que se viene denominando *paper compliance*-. No todo es rechazable, sin embargo, de la norma UNE 19601:2017. Merece destacarse un apartado de la misma, su *Anexo C*, que se ocupa de la información que debe documentarse y encontrarse al alcance de los sujetos implicados. Este tipo de información sí coadyuva a evitar conductas delictivas vinculadas a las asimetrías informativas, por lo que su contenido sí habría de ser tenido en cuenta a la hora de elaborar un *compliance program penal*.

BIBLIOGRAFÍA

AXELROD, R.; *The Evolution of Cooperation*, 1984.

AXELROD, R.; «An Evolutionary Approach to Norms», en *The American Political Science Review*, Vol. 80, No. 4, 1986.

BACIGALUPO, E.; *Compliance y Derecho Penal*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2011.

BACIGALUPO SAGESSE, S.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001.

BAJO FERNÁNDEZ, M.; «Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal» en *Revista para el análisis del Derecho Indret 3/2008*, Barcelona, 2008.

BAJO FERNÁNDEZ, M./ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J./ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.; *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas (2ª Ed.)*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2016.

BAUCELLS LLADÓS, J.; «Las penas previstas para las personas jurídicas en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico» en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, Santiago de Compostela, 2013.

BELL, D./ RAIFFA, H./ TVERSKY, A.; *Decision Making: Descriptive, normative, and prescriptive interactions*. Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

BOUDON, R.; *The unintended consequences of social action*. Ed. St. Martin Press, New York, 1982.

BOBBIO, N.; *Contribución a la Teoría del Derecho*, edición a cargo de Alfonso Ruiz), Ed. Fernando Torres, Valencia, 1980.

BONATTI BONET, F. (Coord.) / AAVV; *Memento experto sistemas de gestión de compliance - Normas ISO y UNE 19601*. Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2017.

CABECERANS CABECERANS, J./ CUENCA MÁRQUEZ, J.; «El Compliance Officer y los límites constitucionales de sus investigaciones» en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 2, 2015.

CANCIO MELIÁ, M.; *Los delitos de terrorismo: Estructura típica e injusto*. Ed. Reus, Madrid, 2010.

CANALS I AMETLLER, D.; *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad: control, inspección y certificación*. Ed. Comares, Granada, 2003.

CARBONELL MATEU, J.C./MORALES PRATS, F.; «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en AAVV/ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dirs.); *Comentarios a la reforma penal de 2010*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

CASANOVAS YSLA, A.; *Compliance penal normalizado. El estándar UNE 19601*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2017.

COBO DEL ROSAL, M.; «Societas delinquere non potest» en *Revista Anales de Derecho* (Univ. de Murcia), núm. 30, 2012.

COFEE, J.; «The attorney as gatekeeper: an agenda for the SEC», en *Columbia Law and Economic Working Paper*. No. 221, 2003.

CONGREGADO RAMÍREZ DE AGUILERA, E./ POMARES HERMÁNDEZ, I./ RAMA MATÍAS, E.; «Análisis económico del derecho: una revisión selectiva reciente», en *Derecho y Conocimiento* vol. 1, 2001.

CORTÉS BECHIARRELLI, E.; «Causas de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (CP arts 31 bis, 3 y 4 a), b) y c)» en AAVV; *Memento experto responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*,. Ed Francias Lefebvre, Madrid, 2015.

COSCULLUELA MONTANER, L.; *Manual de Derecho Administrativo, Tomo 1* (15ª Ed.). Ed. Civitas, Pamplona, 2004.

COSTA SANJURJO, P.; *Organización de empresas y responsabilidad penal corporativa (Tesis doctoral inédita)*. Universidad Politécnica de Cataluña, Barcelona, 2015.

COURANT, D.; «Pensar el sorteo. Modos de selección, marcos deliberativos y principios democráticos» en *Revista Internacional de Filosofía, DAIMON*, n.º 72 septiembre-diciembre, Murcia, 2017, pp. 59-80.

CRUZ BLANCA, M.J.; «Modificaciones en las reglas generales para la aplicación de las penas operadas por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, del Código Penal», en AAVV/MORILLAS CUEVA (Dir.); *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Ed. Dykinson, Madrid, 2015.

CUELLO CONTRERAS, J.; *El derecho penal español. Curso de iniciación. Parte General*. Ed. Civitas, Madrid, 1996.

DARNACULLETA I GARDELLA, M.M.; *Autorregulación y Derecho público: La autorregulación regulada*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.; «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español», en AAVV/ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L (DIR.) /DE LA MATA BARRANCO, N.J. (Coord.); *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2013.

DEL MORAL GARCÍA, A.; «A vueltas con los programas de cumplimiento y su trascendencia penal», en *Revista de Jurisprudencia*, octubre, 2017.

DEL RÍO, M.; «La tesis de la separación del derecho y la moral y su impacto en la formación ética de los abogados. Hacia la innovación social en el derecho» en *Revista Iberoamericana para la Investigación y el Desarrollo Educativo*, núm. 11, 2015.

DEL ROSAL BLASCO, B.; «La delimitación típica de los llamados hechos de conexión en el nuevo artículo 31 bis n.º 1, del Código Penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 103, 2011.

DEL ROSAL BLASCO, B.; «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención», en AAVV/MORILLAS CUEVA (Dir.); *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Ed. Dykinson, Madrid, 2015.

DEL ROSAL BLASCO, B.; «Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado» en *Diario La Ley*, N.º 8732, *Sección Doctrina*, abril, 2016.

DEULOFEU, J.; *Prisioneros con dilemas y estrategias dominantes. Teoría de Juegos*. Ed. RBA, Rodesa, 2011.

DÍAZ LÓPEZ, J.A.; «Propuestas para la práctica de la mediación penal», en *Revista para el análisis del Derecho InDret* 3/3011, Barcelona, 2011.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», en *Revista para el análisis del Derecho Indret* 1/2012, Barcelona, 2012.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Posición de garante del compliance officer por infracción del deber de control: ‘una aproximación tópica’», en ARROYO ZAPATERO, L./ NIETO MARTÍN, A. (Dirs.); *El derecho penal en la era Compliance*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DOPICO GÓMEZ ALLER, J.; «Consecuencias accesorias aplicables a entes sin personalidad jurídica» en AAVV; *Memento experto responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*. Ed Francias Lefebvre, Madrid, 2015.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Dir.); *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.; «Responsabilidad penal de las personas jurídicas» en AAVV/ ORTIZ DE URBINA GIMENA, I. (Coord.); *Memento experto Reforma Penal 2010*. Ed. Francis Lefebvre, Santiago, 2010, número 292.

ELSTER, J.; *Tuercas y tornillos. Una introducción a los conceptos básicos de las ciencias sociales*. Ed. Gedisa, Barcelona, 1990.

ELSTER, J.; *The cement of society: a study of social order*. Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

FARALDO CABANA, P.; «Las penas» en AAVV; *Memento experto responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*,. Ed Francias Lefebvre, Madrid, 2015.

FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., «La Normativización del Derecho Penal: ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?», en GÓMEZ-JARA DÍEZ C.; *Teoría de sistemas y derecho penal: Fundamentos y posibilidades de aplicación*. Ed. Comares, 2005.

FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.; *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Ed. Reus, Madrid, 2007.

FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.; «La teoría de la ignorancia deliberada en el Derecho Penal: Una peligrosa doctrina jurisprudencial», en *Revista para el análisis del Derecho Indret* 3/2015, Barcelona, 2015.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.; *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*. Ed. Civitas Pamplona, 2015.

FIGUEREDO MOREIRA, D.; «Crisis y regulación de mercados financieros. La autorregulación regulada: ¿una respuesta posible?», en *Revista de Administración Pública*, nº. 180, 2009, pp. 9-19.

FISSE, B./ BRAITHWAITE, J.; *Corporations, Crime and Accountability*. Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1993.

GARGARELLA, R./ OVEJERO, F./ MARTÍ, J.L.; *Nuevas Ideas republicanas: Autogobierno y libertad*. Ed. Paidós Ibérica, Barcelona, 2004.

GASTIL, J./RICHARDS, R.; «Making direct democracy deliberative through random assemblies», en *Politics and Society* Vol. 41, nº 2, 2013, pp. 253-281.

GINER DE SAN JULIÁN, S.; *Teoría Sociológica Clásica*. Ed. Ariel, Madrid, 2001.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.; «Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, Artículos RECPC 08-06*, 2006, p.05:1-05:27.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.; «La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», Cap. VIII en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A.; *Autorregulación y sanciones*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2008.

GÓMEZ TOMILLO, M.; «Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho Penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 25, septiembre 2001.

GÓMEZ TOMILLO, M.; *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010.

GONZÁLEZ COLOMER, J.A; SCHEMMELE, A.; BLUMENBERG, A.; «La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento», en

AAVV/ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (DIRS.); *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia, 2013.

GONZÁLEZ RUS, J.J.; «La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas» en AAVV/ PALMA HERRERA (Dir.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*. Ed. Dykinson, Madrid, 2014.

GONZÁLEZ TAPIA, M.I., «Las consecuencias accesorias del art. 129: La nueva responsabilidad penal de los entes sin personalidad jurídica» en AAVV/ PALMA HERRERA (Dir) *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*. Ed. Dykinson, Madrid, 2014.

GRACIA MARTÍN, L.; «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18-05, pp. 1-95, 2016.

GUTIÉRREZ MUÑOZ, C.; *El estatuto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos de Derecho material (Tesis doctoral inédita)*. Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2016.

HAYEK, F.; *The Fatal Conceit*, Ed. The University of Chicago Press, Chicago, 1988

HABERMAS, J.; *Teoría de la acción comunicativa: Tomo I. Racionalidad de la acción y racionalización social y Tomo II. Crítica de la razón funcionalista (1ª Ed. Reimp.)*. Ed. Trotta, Madrid, 2010.

HABERMAS, J.; *Teoría de la acción comunicativa: Tomo II. Crítica de la razón funcionalist (1ª Ed. Reimp.)*. Ed. Trotta, Madrid, 2010.

JAKOBS, G.; *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho pena funcional*. Ed. Civitas, Madrid, 1996.

KELLOGG, F., «What Precisely is a 'Hard' Case? Waldron, Dworkin, Critical Legal Studies, and Judicial Recourse to Principle», en SSRN, Pernambuco, 2013, p 1-33.

KENT, M. / CARL, F. / SIDAK, J.; «The deterrent effect of antitrust enforcement», en *Journal of Political Economy*, Vol.89, University of Chicago, Chicago, 1981.

LARA, N.; «Teoría de juegos, ventanas rotas y negocios rotos» en AGUIAR, F./LARA, N./BARRAGÁN, J; *Economía, sociedad y teoría de juegos*. Ed. McGraw-Hill, Madrid, 2008.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.; «Compliance, debido control y unos refrescos», en ARROYO ZAPATERO, L./NIETO MARTÍN, A.; *El derecho penal en la era Compliance*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

LINARES LEJARRAGA, S.; «Democracia y sorteo de cargos» en *Revista Internacional de Filosofía, DAIMON*, n.º 72 septiembre-diciembre, Murcia, 2017, pp. 45-58.

LÓPEZ NOVO, J.; «Neoinstitucionalismo económico y teoría sociológica», en LAMO DE ESPINOSA E./RODRÍGUEZ J.E.; *Problemas de teoría social contemporánea*. Madrid, CIS, pp. 291-327.

LUHMANN, N.; *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Trad. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

LUHMANN, N.; *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, Barcelona, 2005, p. 19. Tit. orig.: *Organisation und Entscheidung. Autopoiesis, handlung un kommunikative verständigung*, 1982.

MACKAAY, E.; «La Teoría de los Juegos se apodera del Derecho» trad. Enrique A. Bour, 17/18, *Le droit saisi par le jeu*, en *Droit et Société*, 1991.

MAGLIE, C.; «Models of corporate criminal liability in comparative law» en *Washington University Global Studies Lay Review*, vol 4:547, january, 2005.

MAPELLI CAFFARENA, B.; *Las consecuencias jurídicas del delito*. Ed. Civitas, Navarra, 2011.

MARAVER GÓMEZ, M.; *El principio de confianza en derecho penal: Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. Ed. Civitas, Madrid, 2009.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.; *Derecho penal económico y de la empresa*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MATURANA, H./ VARELA, F.; *El árbol del conocimiento*. Ed. Universitaria de Santiago de Chile, Santiago de Chile, 1984.

MATURANA, H./ VARELA, F.; *De máquinas y seres vivos. Autopoiesis: La organización de lo vivo*. Ed. Universitaria de Santiago de Chile, Santiago de Chile, 1994.

MATUS ACUÑA, J. P., «La certificación de los programas de cumplimiento», en ARROYO ZAPATERO, L./ NIETO MARTÍN, A.; *El derecho penal en la era Compliance*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MINTZBER, H.; *La estructuración de las organizaciones*. Ed. Ariel Economía, Barcelona, 1984.

MIR PUIG, S.; «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004.

MIR PUIG, S.; «Las nuevas penas para personas jurídicas: una clase de “penas” sin culpabilidad» en AAVV/ MIR PUIG, S./ CORCOY BIDASOLO, M./ GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.)/ HORTAL IBARRA, J.C/ VALIENTE IVAÑEZ, V (coords.); *Responsabilidad de la empresa y compliance*. Ed. Edisofer, Madrid, 2014.

MIR PUIGPELAT, O.; *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*. Ed. Civitas, Madrid, 2004.

MONTIEL, J.P., «Autolimpieza empresarial: Compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales» en AAVV/ KUHLEN, L.; MONTIEL, J.P.; y

ORTIZ DE URBINA, I. (Eds.); *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

MORCILLO MORENO, J.; «Una crisis marcada por la globalización: Intervención, desregulación y autorregulación regulada» en BLASCO ESTEVE, A (Coord.); *El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2012.

MORILLAS CUEVA, L.; «La Cuestión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas» en *Revista Anales de Derecho* (Univ. de Murcia), núm. 29, 2011.

MUÑOZ CONDE, F.; *Derecho Penal Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

NIETO MARTÍN, A.; «Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa» en *Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales* N.º 5, 2008.

NIETO MARTÍN, A.; «La privatización de la lucha contra la corrupción», en ARROYO ZAPATERO, L./ NIETO MARTÍN, A.; *El derecho penal en la era Compliance*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

OCDE: *Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery: A joint OECD analysis*, 2012.

OSTROM, E.; *Understanding Institutional Diversity*. Ed. Princeton University Press, Princeton, 2005.

PALMA HERRERA, J.M., «El papel de los Compliance en un modelo vicarial de responsabilidad penal de la persona jurídica» en AAVV/ PALMA HERRERA (Dir.) *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*. Ed. Dykinson, Madrid, 2014.

PALMA HERRERA, J.M./AGUILERA, R; *Compliances y responsabilidad penal de la persona jurídica*. Ed. Aranzadi, Pamplona, 2017.

PARSONS, T.; *La estructura de la acción social*, 1937.

PERDOMO TORRES, J.F./MONTEALEGRE LYNETT, E., «Funcionalismo y Normativismo Penal», en *Los desafíos del Derecho penal en el Siglo XXI, Libro homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs*, Lima, 2005.

PÉREZ ARIAS, J.; *Sistema de atribución de Responsabilidad Penal a las personas jurídicas*. Ed. Dykinson, Madrid, 2014.

PÉREZ ARIAS, J.; «La persona jurídica como sujeto penalmente responsable: un pretendido fundamento sociológico», en *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Madrid, 2014.

POLAINO NAVARRETE, M.; *Lecciones de Derecho Penal. Parte General Tomo I (3ªEd)*. Ed. Tecnos, Madrid, 2017.

POLAINO NAVARRETE, M.; *Lecciones de Derecho Penal. Parte General Tomo II (2ªEd)*. Ed. Tecnos, Madrid, 2016.

POSNER, R. A.; *The Economics of Justice*. Ed. Harvard University Press, Harvard, 1983.

PRADEL, J.; «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho francés: “algunas cuestiones”» en *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 4, 1999, pp. 662 y ss.

PUYOL MONTERO, J.; *Criterios prácticos para la elaboración de un código de compliance*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

PUYOL MONTERO, J.; «El “Compliance” y el estatuto de la profesión de “Compliance Officer”» en *Diario La Ley*, nº3, febrero, 2017.

RAGUÉS I VALLÈS, R.; «¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político criminal», en *Revista para el análisis del Derecho Indret 3/2006*, Barcelona, 2006.

RAGUÉS I VALLÈS, R.; «La responsabilidad penal del testafierro en los delitos cometidos a través de sociedades mercantiles: Problemas de imputación subjetiva» en *Revista para el análisis del Derecho Indret 3/2008*, Barcelona, 2008.

RAMÓN RIBAS, E.; «Consecuencias accesorias, art. 129 CP», en AAVV/ Quintero Olivares (Dir.), *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2010.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G.; «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los principios básicos del sistema» en *Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, septiembre, 2010.

RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A.; *La doctrina de la acción finalista*, Valencia, 1953.

RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «La protección de los Whistleblowers por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y procesales», en ARROYO ZAPATERO, L.; NIETO MARTÍN, A. (coords). *Eurodelitos de Fraude y corrupción*. Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006.

ROXIN, C., «Sentido y límites de la pena estatal», en *Problemas básicos del Derecho Penal*, Madrid, 1976.

ROXIN, C., «La imputación al tipo objetivo», en *Imputación objetiva y antijuridicidad*, 2002.

ROXIN, C.; «El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata», en *REJ-Revista de Estudios de la Justicia* N.º 7, 2006.

SALVINA VALENZANO, A.; «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Italia», en *Revista Derecho Penal* nº 53, oct-dic, Colombia, 2015, pp. 160-194.

SAMUELSON, P./NORDHAUS, W.; *Economía*. 18ª Ed. Ed. Mc Graw Hill, Madrid. 2005.

SATZ, D. / FEREJOHN, J. A.; «Rational choice and social theory», en *The Journal of Philosophy*, Vol.91, no.2, New York, 1994.

SCHÜNEMANN, B.; *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de la empresa*, Mannheim, 1988.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.; «La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas», en *Revista para el análisis del Derecho Indret* 2/2006, Barcelona, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.; «La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto», en *Diario la Ley*, nº 7464, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.; «Deberes de vigilancia y compliance empresarial» en AAVV/ KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (Eds.); *Compliance y teoría del Derecho penal*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.; *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. Ed. Edisofer, Madrid, 2013.

SIEBER, U.; «Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica», en ARROYO ZAPATERO, L./ NIETO MARTÍN, A.; *El derecho penal en la era Compliance*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

SPAGNOLO, G./ LE QOC, C./ BIGONI, M. / FRIDOLFSSON, S.; «Trust, Salience and Deterrence: Evidence from an Antitrust Experiment», en *IFN Working Paper No. 859*, Stockholm, 2011.

TENA SÁNCHEZ, J.; «Estrategias de diseño institucional, cumplimiento y virtud cívica», en *Revista de Ciencia Política*, Vol. 29, nº1, Barcelona, 2009.

TIEDEMANN, K.; «Constitución y Derecho Penal» (Trad.: Arroyo Zapatero) en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11, núm. 33, septiembre-diciembre 1991.

TYLER, T.; *Why People Obey the Law*. Ed. Princeton University Press, Princeton, 2006.

ULLMANN-MARGALIT, E.; *The Emergence of Norms*, Ed. Clarendon Library of Logic & Philosophy, Oxford, 1977.

URRUELA, A.; «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español en virtud de la lo 5/2010: perspectiva de *lege lata*», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXII, Santiago de Compostela, 2012.

VELASCO NÚÑEZ, E.; «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales» en *Diario La Ley* nº 7883, 2012.

WEBER, M.; *Economía y sociedad*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1964.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.; «Las “consecuencias accesorias” aplicables como penas a las personas jurídicas en el cp español», en *Anuario de Derecho Penal*, Universidad de Friburgo, 1997.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.; «Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica», en *Cuadernos de Política Criminal* nº 81, Madrid, 2003.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.; *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad jurídica y de sus directivos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencias del Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo número 1828/2002 de fecha 25 de octubre (RJ 2002/10461).

Sentencia del Tribunal Supremo número 480/2009 de fecha 22 de mayo (RJ 2010\662).

Sentencia del Tribunal Supremo número 772/2009 de fecha 3 julio (RJ 2009\6704).

Sentencia del Tribunal Supremo número 520/2008 de fecha 15 de julio (RJ 2008\4285).

Sentencia del Tribunal Supremo número 434/2010 de fecha 4 de mayo (RJ 2010\5580).

Sentencia del Tribunal Supremo número 65/2010 de fecha 9 de febrero (RJ 2010\3264).

Sentencia del Tribunal Supremo número 606/2010 de fecha 25 junio (RJ 2010\7169).

Sentencia del Tribunal Supremo número 918/2008 de fecha 31 de diciembre (RJ 2009\5966).

Sentencia del Tribunal Supremo número 162/2012 de fecha 15 de marzo (RJ 2012\4064).

Sentencia del Tribunal Supremo número 154/2016 de fecha 29 de febrero (RJ 2016\600).

Sentencia del Tribunal Supremo número 221/2016 de fecha 16 de marzo (RJ 2016\824).

Sentencia del Tribunal Supremo número 516/2016 de fecha 13 de junio (RJ 2016\2531).

Sentencia del Tribunal Supremo número 583/2017 de fecha 19 de julio (RJ 2017\4864).

Sentencia del Tribunal Supremo número 668/2017 de fecha 11 de octubre (RJ 2017\4598).

Sentencia del Tribunal Supremo número 827/2016 de fecha 3 de noviembre (RJ 2016\5204).

Sentencia del Tribunal Supremo número 121/2017 de fecha 23 de febrero (RJ 2017\953).

Sentencias de Audiencias Provinciales

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres número 458/2015 de 23 de octubre (JUR 2015\288373).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de número 575/2016 de 1 de diciembre (JUR 2017\6216).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia número 221/2017 de 31 de marzo (ARP 2017\900).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra número 38/2017 de 30 de junio (ARP 2017\1021).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid número 710/2016 de 13 de octubre (JUR 2016\255564).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza número 176/2016 de 22 de septiembre (JUR 2016\236854).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca número 141/2017 de 20 de noviembre (JUR 2017\313327).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona número 94/2016 de 14 de diciembre (ARP\2016\1237).

Sentencias de otros órganos y autos citados

Sentencia de la Audiencia Nacional número 29/2016 de 15 de julio (JUR 2016\168006).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid número 845/2016 de 11 de octubre (JUR 2016\252230).

Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 12 de julio de 2012 (TJCE 2012\197).

Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional de fecha 4 de mayo de 2016 (Diligs. Previas 62/2015).

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 3 de noviembre de 2017 (Diligs. Previas 5563/2013).



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

