

Los programas de cumplimiento penal: origen, regulación, contenido y eficacia en el proceso

*Compliance program: origin, regulation, content
and effectiveness in the criminal process*

Dra. María Concepción RAYÓN BALLESTEROS
Universidad Complutense de Madrid.
mcrayon@ucm.es
María PÉREZ GARCÍA

Resumen: En el presente artículo se estudia el origen, regulación y contenido de los Programas de Cumplimiento penal, también denominados *Compliance Program*, con especial referencia a la eficacia de los mismos en el proceso penal para conseguir la exención o atenuación de responsabilidad de la persona jurídica

Palabras clave: delito corporativo, procedimiento para exigir responsabilidad a la persona jurídica, responsabilidad penal de la persona jurídica, Programa de cumplimiento penal.

Abstract: This article studies the origin, regulation and content of the criminal Compliance Programs, also known as *Compliance Program*, with special study about its effectiveness in the criminal process to obtain the exemption or mitigation of the responsibility.

Keywords: Corporate crime, procedure to demand liability to the legal entity, criminal liability of the legal entity, criminal Compliance Program.

Sumario:

- I. Origen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.
- II. La implantación de los modelos de cumplimiento en el Derecho Comparado.

- III. La reforma de la Ley Orgánica 1/2015 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.**
- IV. Concepto, elaboración y contenido de los Programas de Cumplimiento.**
- V. Eficacia de los Programas de Cumplimiento penal en el seno del proceso.**
- VI. Conclusiones**

Recibido: noviembre 2017.

Aceptado: enero 2018.

I. ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas que se ha introducido paulatinamente en nuestro ordenamiento jurídico supone la recepción de una tendencia procedente del derecho anglosajón, con más de un siglo de vigencia, pues ya desde el siglo XIX se fueron aprobando normas estatales y federales en Estados Unidos contemplando la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas¹. Este régimen de responsabilidad se ha ido incorporando paulatinamente en los ordenamientos jurídicos de gran parte de Europa² y nuestro país no ha sido una excepción.

Inicialmente existieron recomendaciones internacionales que reclamaban a los Estados que incorporaran este tipo de responsabilidad, destacando las recomendaciones de Naciones Unidas³ y del Consejo de Europa⁴ pero que no resultaban de obligatorio acatamiento. También la *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos* (OCDE) en su documento “Los principios de Gobierno Corporativo”⁵ consideró que es una función determinante del Consejo de Administración el asegurar en las empresas sistemas de control adecuados para la gestión de riesgos y el cumplimiento legal.

Por su parte la Unión Europea, en los últimos años, también ha recomendado a través de Protocolos de Convenios, Decisiones Marco, y Directivas⁶, que

¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *La responsabilidad penal de las empresas en los Estados Unidos*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 2006.

² La responsabilidad criminal de las personas jurídicas está admitida ya en los ordenamientos jurídicos de los países de nuestro entorno (Austria, Bélgica, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Holanda, Irlanda, Islandia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza).

³ La responsabilidad criminal de las personas jurídicas se ha propugnado desde Naciones Unidas: “Global Compact” o “Pacto Mundial” para promover una ciudadanía corporativa global.

⁴ El Consejo de Europa a través de la Recomendación 18/88, de 20 de octubre, del Comité de Ministros de los Estados Miembros.

⁵ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. “Principios de Gobierno Corporativo de la OCDE”. Publicado en 2004.

⁶ La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 establece literalmente que “los instrumentos jurídicos internacionales demandan una respuesta penal clara para las personas

los Estados miembros impongan a las personas jurídicas controles y sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias de carácter penal o administrativo, en el ámbito de la protección de los intereses financieros de la Unión, los fraudes y falsificaciones de los medios de pago, la trata de seres humanos, los delitos contra el medio ambiente, el tráfico de drogas, los delitos contra los sistemas informáticos, la contaminación procedente de buques, la explotación sexual de niños o el terrorismo.

En base a estas recomendaciones internacionales se ha ido instaurando paulatinamente en nuestro país la responsabilidad de las personas jurídicas. Se fundamenta en presupuestos diferentes a los existentes en el Código Penal en cuanto al sistema vigente para las personas físicas e implica que un proceso penal pueda dirigirse contra una persona jurídica como sujeto responsable de la acción penal y, en consecuencia, pueda resultar condenada al imponerle una pena. Este importante cambio de principios en cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha llevado a cabo de forma paulatina y progresiva, con sucesivas reformas legales:

- El Código Penal de 1995 introdujo las llamadas “consecuencias accesorias” del artículo 129, en virtud de las cuales jueces y tribunales podían imponer de forma motivada a las empresas, sociedades, fundaciones y asociaciones, las siguientes consecuencias: clausura de la empresa, disolución de la sociedad, asociación o fundación, suspensión o prohibición de sus actividades o la intervención de empresa para salvaguardar los derechos de trabajadores o de los acreedores.

- Posteriormente la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre introdujo el artículo 31.2 del Código Penal que estableció que, en los supuestos de actuación en nombre o representación de una persona jurídica, si se impusiera en sentencia una pena de multa al autor del delito, sería responsable del pago de la misma la persona jurídica en cuyo nombre actuó.

- Sin embargo la regulación expresa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha llevado a cabo con la aprobación de la Ley Orgánica 5/2010 de modificación del Código Penal⁷, que entró en vigor en diciembre

jurídicas”, sin embargo no existe ninguna obligación de este tipo impuesta por la Unión Europea, tan sólo puede hablarse de recomendaciones procedentes de organizaciones internacionales como las citadas.

⁷ A finales de 2006 se presentó un Proyecto de Reforma del Código Penal que estableció las bases de la reforma que no se aprobó. Volvió a considerarse de nuevo en el Proyecto de 2008 y finalmente fue aprobada en junio de 2010. Existe interesante bibliografía jurídica de análisis de ambos Proyectos de Ley de 2006 y 2008, que finalmente no vieron la luz, entre las

de 2010, a través del artículo 31 bis, el catálogo de penas que se pueden imponer directamente a las mismas del artículo 33.7 y un sistema de aplicación muy singular de estas penas detallado en el artículo 67 bis. El principal objetivo de política criminal se centra en conseguir que las empresas colaboren con el Estado en la prevención de delitos mediante la implementación de sistemas de autorregulación interna. Efectivamente, partiendo como base del principio de libre organización que preside toda actividad empresarial, se premia o incentiva la colaboración de la empresa en la prevención de delitos cometidos por sus empleados si adopta medidas reales, definitivas y activas.

- La reforma de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo de modificación del Código Penal que clarifica y detalla finalmente el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas en nuestro país reconociendo las recomendaciones internacionales en este sentido.

Comprobamos por tanto, que el sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas que se ha establecido paulatinamente en nuestro país, no ha hecho más que dar cumplimiento a las recomendaciones internacionales que se venían realizando principalmente desde Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Unión Europea.

II. LA IMPLANTACIÓN DE LOS MODELOS DE CUMPLIMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO

Para la implantación en España de los modelos de cumplimiento hemos acudido a precedentes existentes en otros países y, principalmente, al modelo de Estados Unidos, donde la responsabilidad penal de las empresas fue introducida con la intención de fomentar el buen gobierno corporativo, dada la imposibilidad del Estado de abarcar la concreta implementación de las precauciones necesarias para evitar la comisión de delitos en el seno de las corporaciones. Y en este sentido destacan las *US Federal Sentencing Guidelines for Corporations*⁸, en relación con la implementación de un *effective Compliance*

que destacan las aportaciones del profesor GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., que también ha estudiado en profundidad a través de numerosos artículos la responsabilidad penal de las empresas; destacamos su obra *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. Buenos Aires, Madrid 2010.

⁸ <http://www.ussc.gov/guidelines-manual/organizational-guidelines>, que es la web de la United States Sentencing Comisión. Tiene el siguiente contenido: Overview of the Organizational Guidelines, Organizational Guidelines Fine Primer, USSC Guidelines Manual, Special Reports and Discussions on Chapter Eight, Selected Articles and Materials on Chapter Eight, Supplementary Report on Sentencing Guidelines for Organizations (August 1991), Discussion Materials on Organizational Sanctions (July 1988).

and ethics Program, en la que se destacan como elementos esenciales de dicho Programa los siguientes:

- El establecimiento de procedimientos para prevenir y detectar la conducta criminal,
- La supervisión por parte del Consejo de Administración de la implementación del Programa de *Compliance*,
- El nombramiento de un *Compliance officer* con responsabilidad operativa y que debe dar cuenta de su actuación ante los miembros del Consejo de Administración,
- La monitorización y auditoría constante de la eficacia del Programa,
- El aseguramiento de que el Programa de *Compliance* es promovido dentro de la empresa mediante incentivos para actuar en cumplimiento del mismo,
- El establecimiento de las medidas disciplinarias adecuadas para el caso de incumplimiento del contenido del Programa.

En el entorno europeo debe destacarse en el Reino Unido *Bribery Act* de 2010 que permite la persecución de compañías internacionales que actúen en su territorio si éstas o sus socios se hallan involucrados en casos de corrupción, salvo que puedan acreditar fehacientemente que han implementado procedimientos adecuados de prevención al respecto.

También podemos citar en Italia el Decreto Legislativo 231/2001, de 8 de junio de 2001, sobre *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*, en cuyo artículo 6 se establece expresamente la exención de responsabilidad para las personas jurídicas que adopten modelos de organización y de gestión idóneos para prevenir la comisión de delitos. Las exigencias de dicho sistema de *Compliance* comprenden la individualización de las actividades de riesgo en función de la empresa, el desarrollo de protocolos específicos, la individualización de la modalidad de gestión de los recursos financieros, el desarrollo de obligaciones de información y la previsión de un específico sistema disciplinario.

Comprobamos así que las notas características de los Programas de Cumplimiento o *Compliance Program* es que son dirigidos por un responsable, el *Compliance officer*⁹ con funciones de vigilancia, asesoramiento, advertencia

⁹ Entre las responsabilidades del *Compliance officer* se encuentran las siguientes: elaborar los manuales internos, procedimientos y controles, asesorar en materia de cumplimiento

y evaluación de los riesgos legales de gestión de la persona jurídica según los estándares de conducta nacionales e internacionales.

En consecuencia, para prevenir los riesgos de imputación de responsabilidad criminal de una persona jurídica hay que establecer un sistema completo de control preventivo que garantice el cumplimiento de la compleja legislación en todos los ámbitos del Derecho junto a unos protocolos de actuación en caso de desviación, para responder ante el incumplimiento por detectar la comisión de cualquier irregularidad en la propia empresa, facilitando la ulterior actuación de los poderes públicos.

III. LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 1/2015 SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Con el propósito de mejorar los criterios de imposición de responsabilidad penal a las personas jurídicas la Ley Orgánica 1/2015 de modificación del Código Penal¹⁰ aborda temas muy importantes relacionados con la transformación de la justicia penal en profundidad¹¹. Sus novedades¹² más destacables respecto a

normativo, supervisar y gestionar los esfuerzos de los diferentes departamentos para el cumplimiento de la legislación vigente, analizar cambios estatutarios y reguladores, velar y vigilar el cumplimiento del sistema de prevención de riesgos, controlar internamente a todos los miembros de la empresa para que no se cometan infracciones de dicho sistema de prevención de riesgos, denunciar y proponer sanciones para aquellas personas que hayan infringido ese código de conducta penal, evitar la existencia de riesgos penales en la empresa, monitorizar y actualizar periódicamente el plan de cumplimiento y reportar sobre posibles incumplimientos, asegurar la formación apropiada en materia reguladora de todo el personal, actuar como el enlace entre los organismos reguladores y las unidades de negocio de la entidad y documentar todo aquello que pueda constituir una prueba de que se ha actuado diligentemente en la prevención y vigilancia de delitos.

¹⁰ El Proyecto de Ley fue presentado por el Gobierno ante el Congreso el día 21 de septiembre de 2013 consta de una extensa Exposición de Motivos con treinta y ocho apartados, un artículo único con doscientas disposiciones, dos disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria única y dos disposiciones finales. El Anteproyecto fue enviado el 5 de abril de 2013 al Consejo de Estado para su revisión, previa a la aprobación por el Consejo de Ministros. Desde el año 1995 el Código Penal se ha modificado en veinticinco ocasiones, siendo las reformas más importantes las operadas por la LO 15/2003 y la LO 5/2010.

¹¹ Concretamente se profundiza en la regulación de los delitos de administración desleal e insolvencia punible y se amplía la responsabilidad penal de las personas jurídicas clarificando ciertos conceptos confusos.

¹² La mayor parte de las novedades tienen su antecedente más próximo en el ordenamiento jurídico italiano, concretamente en varios artículos del Decreto Legislativo italiano 231/2001, de 8 de junio, 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” (publicada en la “Gazzeta Ufficiale”, Serie general, núm. 140, del 19 de junio de 2001- (“DL italiano 231/2001”). También los requisitos

la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas vigente son las siguientes:

- Se introduce una mejora técnica generalizada en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del “debido control”, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal intentando aclarar las dudas interpretativas. Por ello se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales¹³.

- Se amplía el ámbito de responsabilidad penal de la persona jurídica a los actos, no sólo de sus representantes legales, sino también de cualquier persona con capacidad decisoria o facultades organizativas o de control, suprimiéndose la referencia de la regulación actual a “los administradores de hecho o de derecho” lo que está generando cierta confusión en su interpretación literal en los casos sometidos a los tribunales de justicia. En este sentido el artículo 31 bis está redactado en la nueva Ley Orgánica 1/2015 que comentamos como sigue:

“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 por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”.

- Se reconoce expresamente que el establecimiento de un Programa de *Compliance* penal es causa expresa de exención de la responsabilidad penal

establecidos en la Ley chilena núm. 23393 de 25 de noviembre de 2009 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídica en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho. También son destacables los criterios del *Institut Wirtschaftsprüfer* en Alemania.

¹³ Ver el apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015.

de la persona jurídica. Efectivamente, el artículo 31 bis número 2 establece literalmente que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1ª) 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.

El concepto “medidas idóneas” podría interpretarse en el sentido como que no será suficiente con la implementación de unas medidas genéricas de vigilancia y control sino que éstas deben ser idóneas y específicas para cada empresa y la posible naturaleza de delitos que pudiera cometer, teniendo en cuenta preferentemente el sector de dedicación, la estructura de la empresa y su volumen de negocio¹⁴.

En relación a la referencia para la aplicación de la exención, en caso de haber adoptado y ejecutado con eficacia antes de la comisión del delito dichas medidas, no se refiere únicamente a haber redactado los modelos de prevención y control, sino que debe existir una efectiva implantación de los mismos en la organización junto con unos requisitos de prueba que demuestren su efectivo cumplimiento y vigilancia especificando en qué momento y por qué mecanismos se lleva a cabo. Todo ello debe ser custodiado en un repositorio seguro y específico.

2ª) 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. Por tanto, será precisa la creación de una figura y órgano independiente, dentro de la persona jurídica, que supervise y controle el modelo de prevención implantado¹⁵.

¹⁴ Como se indica en el preámbulo del RD 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2012, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo “Un enfoque orientado al riesgo que, no solamente, incrementará la eficiencia de las medidas a aplicar, sino que se presenta, igualmente como un elemento de flexibilidad de la norma, dirigida a un colectivo muy heterogéneo de sujetos”.

¹⁵ En este sentido puede recordarse el RD 304/2014, de 5 de mayo, de prevención del blanqueo de capitales, que en su artículo 35.2 dispone también que “los sujetos obligados establecerán un órgano de control interno responsable de la aplicación de los procedimientos de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo”.

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.

En consecuencia, si se consigue acreditar en el proceso que se han adoptado las medidas de control exigibles a la empresa, conforme a criterios razonablemente adecuados, examinados desde una perspectiva previa a la perpetración del delito, no será posible atribuir ninguna responsabilidad penal a la persona jurídica. La atenuación o exención de responsabilidad se convierten en incentivos para que las empresas implementen los Programas de *Compliance* adecuados y vigilen su cumplimiento.

Por tanto hay que destacar que, de ésta forma, se establece por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico una causa expresa de exención de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas si prueban que han adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, Programas de vigilancia y control para la prevención de los delitos. A partir de ahora va a resultar determinante la implementación de Programas de *Compliance* en las empresas, ya que conseguirán un nivel de gestión interno óptimo, mantendrán su reputación intacta e impedirán su imputación penal y la apertura de la correspondiente instrucción con las consecuencias negativas que ello implica.

Hasta la reforma de la Ley Orgánica 1/2015 la implementación de los Programas de Cumplimiento es considerados únicamente como atenuantes de la pena a imponer, siempre y cuando se establecieran antes del comienzo del juicio oral. Pero la consideración de una circunstancia atenuante no impide el inicio del procedimiento penal ni la imputación de la persona jurídica, con las implicaciones reputacionales negativas que ésto supone y que deben ser valoradas convenientemente.

- Se determinan los requisitos que deben reunir los Programas de *Compliance* penal para ser adecuados y funcionar de forma eficaz de manera que logren eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica. El artículo 31 bis número 5 establece:

- 1. Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.*
- 2. 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 aquéllos¹⁶.*
- 3. Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.*
- 4. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.*
- 5. Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.*
- 6. 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.*

De esta forma se determina que es adecuado el modelo de prevención si se ha adoptado, antes de la comisión del delito, y se ha ejecutado eficazmente. El mismo tiene que contener un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. A diferencia del texto vigente, el Proyecto de Reforma establece de manera pormenorizada cuáles han de ser las líneas directrices mínimas a que deben ajustarse los modelos de prevención, así como, lo que se debe exigir a dichos modelos para considerar que tienen un funcionamiento eficaz. Igualmente se establece la obligación de verificar periódicamente la eficacia del Programa con su eventual actualización y la regulación específica de un sistema disciplinario que sancione las infracciones. Este aspecto es también muy importante, pues hasta ahora se desconocía si los Programas de Cumplimiento implementados en las compañías iban a ser considerados judicialmente o no para el fin para el que estaban siendo elaborados. En este sentido la reforma proyectada es sumamente clarificadora lo cual es de agradecer.

- Se introduce un nuevo artículo 31 ter, que establece que la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o

¹⁶ A éste respecto destaca NIETO MARTÍN, A., “El artículo 31 bis del Código Penal y las reformas sin estreno”, en *Diario La Ley* de 11 de febrero de 2014 p. 7 que “parece que quiere indicar que con relación a cada área de riesgo determinará quiénes son las personas responsables para controlarlo, o quizás hace referencia al diseño de procesos de decisión basados en las autorizaciones, la división de funciones o el principio de cuatro ojos”.

funciones de representación, *aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas 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. 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.*

- Se mantienen las circunstancias concretas de atenuación de la pena con una lista cerrada con *numerus clausus* dada la especial naturaleza de las personas jurídicas y no resultarles de aplicación las circunstancias atenuantes que se recogen en el artículo 21 del Código Penal previsto específicamente para las personas físicas. Se introduce un nuevo artículo 31 quater, con el siguiente contenido: *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.

- En todo caso, el alcance de las obligaciones de supervisión de la persona jurídica se condicionan a sus dimensiones y así se establece que en las personas jurídicas de pequeñas dimensiones - entendiéndose por tales las que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada¹⁷- las funciones de supervisión a que se refiere la

¹⁷ Conforme a la Ley 14/2013 que afecta, en concreto, a la presentación de cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, podrán formular *la Cuenta de Pérdidas y Ganancias*

condición 2ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración.

- La responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicable al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas. Se extiende el régimen de responsabilidad penal a las Sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general si bien *solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación 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.*

- Se mantienen en el artículo 33.7 del Código Penal las penas aplicables a las personas jurídicas ya existentes: multas, disolución de la persona jurídica, suspensión de actividades hasta por cinco años, clausura de locales, inhabilitación para contratar con el sector público u obtener subvenciones, prohibición de realizar determinadas actividades e intervención judicial.

- Se incluye la regulación de la cancelación para los antecedentes penales de las personas jurídicas y de las consecuencias accesorias impuestas¹⁸.

- Se prevé la agravación de las penas en el caso de existencia de organizaciones delictivas¹⁹.

Con la introducción de todas estas mejoras legislativas mediante la Ley Orgánica 1/2015 observamos una tendencia a consolidar y mejorar la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas, aunque la forma de proceder del legislador resulte criticable por haber generado incertidumbre durante su vigencia y dar la impresión de improvisación en los aspectos de derecho sustantivo y no contar aún con las reformas procesales necesarias y razonables.

abreviada las empresas 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.

¹⁸ Según la Exposición de Motivos apartado VIII.

¹⁹ Apartado XXVII de la Exposición de Motivos.

IV. CONCEPTO, ELABORACIÓN Y CONTENIDO DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

El *Corporate Compliance Program*, es hoy en día una herramienta totalmente imprescindible en el funcionamiento de toda persona jurídica dada la gran cantidad de exigencias éticas y legales civiles, penales, laborales y administrativas que se imponen para su adecuado funcionamiento.

Puede ser definido²⁰ como un protocolo integrado estatutaria, orgánica y jerárquicamente en las personas jurídicas, que las mismas se autoimponen voluntariamente, y que sirve para ejercer el “debido control” al que se refiere el Código Penal y para evitar conductas indeseables de sus directivos y de todo el personal en general, con la finalidad de controlar y aminorar los riesgos de que la empresa incurra en responsabilidad criminal. El hecho de que en una empresa exista un Programa de cumplimiento efectivo, determina importantes consecuencias ante la eventual comisión de un delito con apertura de un procedimiento judicial y refuerza lo que se ha venido denominando “cultura del cumplimiento”²¹.

Los Programas de Cumplimiento o *Compliance Programs* constan de un conjunto de instrumentos para ser efectivos como son un código ético, un canal de denuncias, un protocolo de investigaciones internas, unos controles generales y específicos, un código de conducta y un catálogo de medidas tendentes a evitar el incumplimiento de las normas por parte de los miembros de una empresa.

El Programa de *Compliance* que deben implementar los departamentos de cumplimiento normativo de las empresas resulta totalmente necesario para la exención de responsabilidad de la persona jurídica.

²⁰ La doctrina española, con independencia de utilizar los conceptos Compliance y Compliance Program importados del derecho estadounidense, también alude al término “prevención”. Así, autores como MAGRO SERVET, lo denominan “plan de prevención jurídica de las empresas”. No obstante se utilizan también otros términos como: protocolos de minimización de riesgos delictivos, códigos de ética, códigos de conducta empresariales, etc. Vid. MAGRO SERVET, V., “Hacia la necesidad de implantación del plan de prevención jurídica en las empresas”, *Diario La Ley* n° 7633, 19 mayo 2011, p. 1.

²¹ Sobre la denominada cultura del cumplimiento BACHMAIER WINTER, L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: definición y elementos de un Programa de *Compliance*”, en *Diario La Ley* de 5 de octubre de 2012, p. 5. mantiene que se identifica con “la voluntad de actuar dentro del marco legal y, específicamente, con la adopción de un sistema de incentivos para el cumplimiento, así como de un sistema de sanciones en caso de incumplimiento. La creación de la cultura del cumplimiento constituiría el marco legal genérico y más amplio para la prevención de conductas delictivas”.

Con carácter previo a la redacción del *Compliance Program*, resulta necesario realizar un diagnóstico de los riesgos de cada empresa, elaborando un Programa de prevención que pueda ser exhibido y aportado al Juzgado o Tribunal competente para defender la eximente o atenuante que proceda. El Programa de cumplimiento no será redactado a modo de modelo abstracto o formulario, ni como un simple formalismo ritual, sino que debe ser redactado cuidadosamente para cada empresa teniendo en cuenta su actividad, su funcionamiento interno, su exposición a los posibles delitos, el volumen de negocio, el sector concreto de actuación y su nivel de riesgo. Además, tal y como ya destacó la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, los sistemas de cumplimiento normativo han de ser implementados en la organización concreta y aplicados efectivamente lo cual deberá ser acreditado en el correspondiente procedimiento.

En base a lo anterior, y analizando el proceso para elaborar y adoptar efectivamente el Programa de cumplimiento para cada persona jurídica, habría que tener en cuenta la reciente norma ISO 19.600/2014 que contempla los *Compliance management system guidelines* y que comprendería las siguientes fases:

- Definición y concreción de objetivos de cumplimiento con determinación del alcance de los mismos.

- Localización y estudio de la normativa aplicable, contemplando tanto regulaciones locales, nacionales e internacionales que puedan afectar a la empresa, como normativas sectoriales, mercados regulados, códigos deontológicos que obligan a determinado tipo de personal, etc.

- Evaluación de riesgos en base al alcance previamente determinado para efectuar un inventario previo de los bloques normativos aplicables en relación con los objetivos de cumplimiento e identificar las conductas de riesgo asociadas a cada uno de ellos.

- Diagnóstico de la situación actual teniendo especialmente en cuenta las medidas ya implantadas.

- Planificación de los órganos de gobierno y el equipo directivo a través de un Plan Rector, creando las estructuras organizativas necesarias y asignando autoridad y responsabilidad para ejecutarlo.

- Desarrollo del plan con la elaboración de los Programas de Cumplimiento, junto con un sistema efectivo de controles que garantice su aplicación, confección de códigos éticos o de buena conducta, concreción de un plan de

formación e información periódica a trabajadores y directivos, procesos de *due diligence*, etc.

- Implantación y formación a través de sesiones y reuniones con el equipo directivo, con quienes han de implementar y verificar los controles, con los auditores, con todo el personal de la empresa para que vayan conociendo y asumiendo el modelo elegido, así como concienciándose del valor del mismo.

- Establecimiento de canales de comunicación para detectar posibles nuevos riesgos o incumplimientos.

- Evaluación, monitorización y mejora para verificar el seguimiento del cumplimiento, mediante protocolos y procedimientos que aseguren la eficacia del propio modelo.

- Planificación de auditorías que permitan detectar desviaciones entre lo establecido y lo realmente ejecutado.

- Análisis de los fallos de cumplimiento para obtener conclusiones y poder implementar los cambios necesarios para su consecución efectiva. En todo momento se mantendrá informado al Consejo de Administración.

La nueva UNE 19601 establece los requisitos para sistemas de gestión de Compliance penal²² con el objetivo de prevenir la comisión de delitos y reducir el riesgo penal en las organizaciones y con ello, favorecer una cultura ética y de cumplimiento. Las organizaciones que implanten correctamente este modelo estandarizado pueden llegar a ver atenuada su responsabilidad penal o incluso ser eximidas, al demostrar la debida diligencia y las mejores prácticas a la hora de prevenir y detectar la comisión de delitos en su seno. La Norma establece los siguientes requisitos para las organizaciones que deben:

- Identificar, analizar y evaluar los riesgos penales.
- Disponer de recursos financieros, adecuados y suficientes para conseguir los objetivos del modelo.
- Usar procedimientos para la puesta en conocimiento de las conductas potencialmente delictivas.

²² La UNE 19601 desarrolla requisitos que responden a lo indicado por el Código Penal para los modelos de gestión y prevención de delitos pero también va más allá, incorporando las buenas prácticas en materia de Compliance, mundialmente aceptadas.

- Adoptar acciones disciplinarias si se producen incumplimientos de los elementos del sistema de gestión.
- Supervisar el sistema por parte del órgano de Compliance penal.
- Crear una cultura en la que se integren la política y el sistema de gestión de Compliance.

El sistema que establece la UNE 19601 presenta la denominada estructura de Alto Nivel, común a todas las normas internacionales ISO de sistemas de gestión, con lo que es integrable en otros sistemas de gestión; por ejemplo, en los descritos en la Norma UNE-ISO 19600 Sistemas de gestión de Compliance. Directrices o en la UNE-ISO 37001.

A los efectos que nos interesan en este breve estudio hay que destacar que la mera implantación de la Norma UNE 19601 no conllevará la exoneración o atenuación automática de la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero sí puede constituir un elemento fundamental para acreditar que ésta actuó de forma diligente antes de la comisión del delito y que empleó las mejores prácticas, conforme a modelos estandarizados y consensuados para crear una cultura de prevención que redujera de forma significativa el riesgo de su comisión²³.

A nivel práctico para la elaboración concreta de los Programas de *Compliance* para cada organización deben tenerse en consideración los siguientes aspectos:

- Los valores de la empresa.
- La adaptación de todas las conductas que se producen en el seno de la empresa, tanto de directivos como de empleados, a las exigencias legales incluyendo los elementos de los nuevos tipos delictivos introducidos por la reformas más recientes como son la estafa de inversores y la corrupción de particulares.
- El nombramiento de un responsable de cumplimiento penal o *Compliance officer*.
- La formación continuada en materia penal para todo el personal de la empresa, tanto escrita a través de manuales como oral mediante la impartición de jornadas y seminarios con comprobación de asistencia y realización de controles.

²³ Esta norma será certificable por una tercera parte independiente; un modo de asegurar que se aplica eficazmente. La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre la reforma del Código Penal considera que las certificaciones podrán ser valoradas como un elemento adicional de la eficacia de los modelos a la hora de eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas que hayan implantado modelos para la prevención de delitos.

- La necesidad para prevenir la actividad delictiva o sus efectos.
- Las consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.
- Los protocolos de investigación que se establecen para el caso de incumplimiento de las medidas contenidas en el modelo y el desarrollo de un régimen disciplinario que responda a las infracciones detectadas en el seno de la organización.
- Las sanciones en caso de incumplimiento.
- Las medidas para incentivar el cumplimiento de la norma.
- Las políticas, protocolos y manuales de buenas prácticas en los ámbitos sectoriales que den adecuada respuesta a los diversos riesgos penales: protección de datos, medioambientales, fiscales, seguridad de la información, etc.
- La habilitación y gestión de un canal de comunicación y de gestión de denuncias permitiendo a cualquier trabajador informar confidencialmente las infracciones apreciadas.
- Formas de implantación, revisión y actualización de las medidas adoptadas.
- Formas de evaluación y mejora constante de todo el protocolo de cumplimiento mediante un sistema de monitorización que pueda verificar su eficacia en la prevención del riesgo²⁴.

V. EFICACIA DE LOS “PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO PENAL” EN EL SENO DEL PROCESO

La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico supone un gran cambio en nuestro sistema procesal por lo que hubiera sido conveniente promulgar una reforma con las normas procedimentales para hacer posible la adecuada implantación y que los intervinientes en el proceso tuvieran una clara referencia normativa²⁵.

²⁴ O más esquemáticamente como afirma ALONSO ÁLVAREZ, J., “La prevención de delitos en el Código Penal”, en *Diario La Ley* de 14 de mayo de 2014, un Programa de cumplimiento ha de incluir al menos: un código ético o código de conducta, un canal de denuncias, un régimen sancionador, un protocolo postdelictivo, un mapa de riesgos y un reglamento interno que organice todo el sistema preventivo frente al delito”.

²⁵ La regulación vigente tan sólo contiene tres disposiciones transitorias que, aunque pensadas para dar respuesta a cuestiones de derecho sustantivo, tienen una gran incidencia en

Sin embargo esta regulación de las cuestiones procesales no se ha llevado a cabo por el legislador de modo que deben ser aplicadas las normas vigentes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal desde 1882 para las personas físicas, lo cual no resulta siempre posible ni razonable²⁶.

Por nuestra parte destacaremos seguidamente algunas de las cuestiones que hemos considerado más controvertidas a efectos prácticos en relación con los Programas de *Compliance*, destacando que existen procesalistas más autorizados²⁷ que se han ocupado de este tema y que realizan una extrapolación de la legislación vigente para determinar su forma de aplicación concreta en el ámbito específico de responsabilidad de las personas jurídicas.

- Finalidad de la fase de instrucción cuando se investiga un delito corporativo: será indagar sobre la comisión del delito individual y al mismo tiempo averiguar los hechos referidos al delito corporativo encontrando el déficit estructural de la persona jurídica que han posibilitado un déficit en los mecanismos de control y gestión y han posibilitado la comisión del ilícito penal.

- Momento procesal en el que despliega su efecto el plan de cumplimiento para exonerar o atenuar la responsabilidad penal a la persona jurídica (en instrucción, en la fase intermedia o en la fase de juicio). En este sentido resulta relevante el autor de 11 de mayo de 2017 del Juzgado Central de Instrucción número 4 de la Audiencia Nacional que considera en fase de instrucción que el Programa de *Compliance* de la empresa a la que investiga “contenía medidas de vigilancia y control idóneas para evitar la comisión de ilícitos” y que consecuentemente no procede abrir la fase intermedia contra dicha entidad. Ello resulta coherente con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

el ámbito procesal: la primera es la relativa a la aplicación de la nueva ley a aquellos delitos y faltas cometidos a partir de su entrada en vigor, la segunda se refiere a la forma de practicar la revisión de las sentencias firmes que puedan verse afectadas por la nueva regulación al ser más favorable al reo, la tercera aborda la cuestión de los recursos pendientes en los que cabe alegar la nueva regulación si resulta más favorable.

²⁶ Ante este panorama que origina una gran inseguridad jurídica se llegó a solicitar por algunos autores la suspensión de la entrada en vigor la responsabilidad penal de las personas jurídicas hasta que se establecieran las necesarias modificaciones procesales, incluso mediante la tramitación por el procedimiento de urgencia de las mismas.

²⁷ De la abundante bibliografía sobre el tema destacamos a nuestro juicio las dos excelentes monografías cuya autoría corresponde a BANACLOCHE PALAO, J.; ZARZALEJOS NIETO, J., y GÓMEZ JARA DÍEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*. Editorial La Ley Madrid 2011; GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica*. Editorial Marcial Pons, Madrid 2012.

Gran parte de los procesos penales contra personas jurídicas desde la entrada en vigor ha afectado a personas jurídicas con nula o mínima estructura organizativa, por ejemplo el primer caso que llegó a la Sala Segunda del Tribunal Supremo y que dio lugar al Plano de 29 de febrero de 1916, se refería en gran parte a sociedades pantalla que no cuentan con mecanismos de prevención y detección del delito. Sin embargo a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 cuyo ponente fue el Excmo. Sr. Marchena Gómez se han venido estableciendo los requisitos que deben regular la interpretación de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El Tribunal Supremo se ha referido con claridad al fundamento de punición de las personas jurídicas exigiendo un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a todas persona jurídica, y por tanto si durante la fase de instrucción no se han acreditado indicios racionales de ese defecto estructural la persona jurídica no debe verse sometida a un juicio oral que va a suponer un elevado coste reputacional, que no sólo afecta a la empresa en cuestión sino también a numerosos terceros que se relacionan con ella²⁸ como proveedores, trabajadores, accionistas, etc.

Esto precisamente debe incentivar a las personas jurídicas a la adopción de los sistemas de cumplimiento con la consiguiente disminución del riesgo de comisión de delitos para su detección y posteriormente para la colaboración con las autoridades.

- **Medidas cautelares que pueden imponerse a la persona jurídica:** según lo establecido en el art. 33.7 del Código Penal, serán la clausura temporal de los locales y establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial. Son todas medidas restrictivas de derechos de la persona jurídica a efectos de su responsabilidad penal, no de su responsabilidad civil. Podrán imponerse también las medidas cautelares reales que se consideren convenientes para el supuesto concreto en orden a asegurar el cumplimiento de la pena y la responsabilidad civil en que haya incurrido la persona jurídica. Su imposición requerirá el *fumus boni iuris* con la existencia de indicios sólidos de responsabilidad penal de la persona jurídica suficientemente acreditados, y el *periculum in mora* cuando sea necesario acordarla para evitar un determinado riesgo.

- **Representación de la persona jurídica en el proceso penal por delito corporativo:** una vez abierto el proceso penal contra la persona jurídica se

²⁸ Esta interpretación resulta totalmente coherente con la actuación de la fiscalía general estadounidense pues sus fiscales al valorar si la persona jurídica cuenta o no con un Programa eficaz de Compliance consideran que en caso de que sí lo tuvieran no deben formular acusación.

necesita que su representante sea una persona física para que se entienda con las autoridades públicas de persecución penal y el resto de sujetos intervinientes en el proceso. En este sentido el artículo 119.1.a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que, al citar a la persona jurídica para comparecer en el proceso como imputada, se la requerirá para que designe un representante, así como abogado y procurador para su defensa y representación respectivamente. De esta forma el representante de la persona jurídica imputada será una persona física designada libremente con arreglo a sus procedimientos o mecanismos internos de funcionamiento²⁹, que podrá ser o no el *Compliance officer* según convenga. Además esta persona, tendrá derecho a guardar silencio y no confesarse culpable en nombre de la persona jurídica. El único límite que existe al respecto es que el artículo 786 bis.1 párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal impide designar a quien haya de declarar en el juicio como testigo por lo que deberá ser tenido en cuenta a efectos de estrategia procesal quién va a ser designado como tal. Todos estos aspectos resultan determinantes en el desarrollo de la estrategia procesal y la evolución del procedimiento.

- Líneas de actuación y defensa para la persona jurídica y su representante imputado con especial referencia al conflicto de intereses entre ambas partes: en estos casos la intervención del *Compliance officer* debe ser valorada. Hay que tener en cuenta que no existe ninguna prohibición legal para excluir como representante de la persona jurídica a quien también se encuentre imputado por lo que sólo cabe esperar que la propia persona jurídica evite esa situación de conflicto y designe como representante en juicio a una persona que no se encuentre imputada, pero si no es así puede argumentarse que el imputado pueda declarar en el juicio como testigo respecto a los demás coimputados, no encontrándose nada previsto legalmente para la fase de instrucción que es generalmente donde más conflictos se plantean.

- El valor de las declaraciones realizadas por las partes: uno de los problemas más relevantes que se plantea en este tipo de procesos es la declaración de la persona jurídica a través de su representante. En principio a la persona jurídica se le reconoce, a estos efectos, los mismos derechos que al imputado y al acusado, de forma que tienen derecho a la no autoincriminación, al secreto de las comunicaciones postales telegráficas y telefónicas y a la inviolabilidad del domicilio. En estos casos se produce una concurrencia de derechos fundamentales de la persona jurídica con la persona física que son susceptibles de ser objeto de restricción en las actuaciones concretas que se producen en cada caso.

²⁹ Si la persona jurídica imputada no designa abogado o procurador se le designarán de oficio. La falta de designación del representante implicará la preclusión de aquellas facultades de las que dispone para su defensa y no supone en ningún caso que el abogado interviniente se convierta en representante procesal de la parte.

- **El valor de la declaración del *Compliance officer* en el proceso penal por delito corporativo:** como abogado interno de la empresa, podría declarar, tanto en fase de instrucción como en fase intermedia o de juicio, acogiéndose al privilegio de confidencialidad entre abogado y cliente que establece nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 263 y 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 437.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Este privilegio abarcaría a las comunicaciones entre directivos y empleados de la persona jurídica, por un lado, y el abogado interno así como los informes y documentos generados por el abogado en desarrollo de sus labores como *Compliance officer*. Es posible que éste haya conocido anteriormente los hechos aparentemente delictivos de modo que disponga de información sobre los mismos tanto en lo relativo al delito base y los hechos internos de la persona jurídica con contenido inculpatario o incluso haya confeccionado documentos o informes de contenido inculpatario para la persona jurídica. Su eventual deber de declaración sería gravemente perjudicial para la atribución de responsabilidad criminal a la persona jurídica. La única solución jurisprudencial la ha ofrecido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁰ considerando que el privilegio de confidencialidad entre un abogado y su cliente no se aplica a las relaciones entre una empresa y su abogado interno, entendiéndose por tal el que es empleado en base a su dependencia de la misma.

En cuanto a los abogados externos no se plantearán problemas pues podrán negarse a declarar y a exhibir los documentos relacionados con el asesoramiento realizado a la persona jurídica. Precisamente como apunta GASCÓN INCHAUSTI³¹ ésta “eventual externalización de los servicios puede ser la fórmula para que la empresa garantice la confidencialidad y pueda así decidir, en el caso concreto, si se beneficia de ella o prefiere colaborar con las autoridades”.

- **La presunción de inocencia también ampara a las personas jurídicas:** este principio aplicado, tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas, obliga al fiscal a probar la existencia de un delito corporativo de la misma persona que aplicado a las personas físicas obliga a probar la existencia de un delito individual. En este sentido resulta relevante la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 que “exige al Fiscal, como representante del *ius puniendi* del Estado, el mismo esfuerzo probatorio que le es requerido para justificar la procedencia de cualquier otra pena cuanto esta tenga como destinataria a una persona física. El proceso penal es incompatible con una doble vía probatoria”.

³⁰ Sentencia de 18 de mayo de 1982, asunto 155/1979 y 14 de septiembre de 2010 dictada en casación en el asunto C-550/2007 P.

³¹ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica*. Editorial Marcial Pons, Madrid 2012, p. 145.

- **Prueba de la existencia y vigencia de los Programas de *Compliance*:** como acabamos de indicar para intentar exonerar o minorar la responsabilidad penal de la persona jurídica resulta determinante demostrar que se han tomado todas las medidas posibles para evitar la comisión del delito. Conforme a las reglas generales de la prueba corresponde la carga de probar la falta del Programa de cumplimiento a la acusación, mientras que corresponde a la persona jurídica probar la existencia de los controles adecuados. Las pruebas que pueden aportarse en este sentido pueden ser de diferente tipo:

- Prueba de declaración del representante legal designado por la persona jurídica.

- Pruebas documentales, integradas por los Programas de *Compliance* y las manifestaciones de su cumplimiento, aplicación y control en el sector de actividad concreto.

- Pruebas periciales, consistentes en informes de expertos que se pronuncian sobre la aptitud del Programa de cumplimiento de la persona jurídica y de sus mecanismos de control para evitar la comisión de hechos delictivos.

- Pruebas testificales, consistentes en la declaración de los directivos, administradores y empleados que han tenido conocimiento de los actos de control e incluso testificales de terceras personas como proveedores o clientes.

- Puede acudirse también a la prueba por indicios de los que se deduzca la reacción interna de la empresa ante la comisión del supuesto delito.

- **Falta de colaboración de la empresa imputada en el proceso penal en la aportación de documentos:** hay que destacar que, como generalmente se solicita la intervención judicial de la persona jurídica como medida cautelar, el interventor judicial podrá acceder a todas las dependencias y locales y podrá recibir toda la información que estime necesaria para el ejercicio de sus funciones según el artículo 33.7 del Código Penal, por lo que “resultará ilusorio defender el derecho de la persona jurídica a no colaborar con la investigación, porque el Juez instructor ha podido hacerse cargo de todas las fuentes de información y prueba con las que aquélla podría administrar sus derechos a no confesarse culpable o a no declarar contra sí misma”³².

³² BANACLOCHE PALAO, J.; ZARZALEJOS NIETO, J., y GÓMEZ JARA DÍEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*. Editorial La Ley, Madrid 2011, p. 267.

- **En cuanto a la ejecución de la sentencia**, que corresponderá al órgano enjuiciador, el artículo 33.7 del Código Penal establece las penas que pueden imponerse a las personas jurídicas teniendo en cuenta las variables del artículo 66 bis.

La pena más habitual es la de multa que podrá fraccionarse durante un periodo de cinco años cuando su cuantía ponga en peligro la supervivencia de la persona jurídica o el mantenimiento de sus puestos de trabajo o lo aconseje el interés general. En caso de impago de la multa se tratará de cobrar su cuantía por la vía de apremio de acuerdo con la establecido en las reglas generales pudiéndose acordar la intervención de la persona jurídica hasta el pago total de la multa.

En cuanto al resto de las penas interdictivas por la comisión de un delito corporativo plantea especial interés la intervención judicial en cuyo caso el tribunal determina el contenido de la intervención y la persona que deberá llevarla a efecto con una serie de plazos en los que deberán presentarse los informes de seguimiento.

La disolución de la persona jurídica será excepcional e implicará la pérdida definitiva de su personalidad jurídica y su capacidad de actuar en el tráfico jurídico. Se llevará a efecto mediante la correspondiente inscripción en el Registro público y la liquidación de su patrimonio.

VI. CONCLUSIONES

Con el sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas es imprescindible que los administradores y directivos de las empresas adopten las medidas necesarias para que sus organizaciones cumplan con las obligaciones exigidas por la normativa legal aplicable, implementando los modelos de control adecuados para ello, detectando posibles desviaciones y sancionándolas.

La Ley Orgánica 1/2015 de reforma del Código Penal que entró en vigor el 1 de julio de 2015 se determinan las características y requisitos de los Programas de Cumplimiento y se amplía el ámbito de responsabilidad de las personas jurídicas. En cuanto a la elaboración de estos Programas de Cumplimiento en cada empresa se pueden destacar las siguientes fases:

- En primer lugar, es preciso realizar el diagnóstico de la situación de la entidad para evaluar los riesgos internos y externos que le afectan. Deberá de realizarse siempre este análisis, incluso en las entidades que ya disponen de

Programas de Cumplimiento normativo desarrollados con anterioridad a la reforma de 2010, pues es necesario adaptarlos al nuevo marco legal.

- Seguidamente hay que elaborar el plan de cumplimiento teniendo en cuenta el sector de actividad, el volumen de negocio, la exposición a los riesgos y su estructura. Las medidas que contenga deberán de estar en perfecta consonancia con los riesgos detectados y también ser acordes con las novedades legislativas.

- Debe implementarse efectivamente el plan concreto con las medidas de prevención y detección junto con los controles necesarios para descubrir la actuación delictiva y supervisar su aplicación para mejorar la implementación para el futuro.

Desde nuestro punto de vista consideramos que hubiera sido conveniente la regulación concreta de los aspectos procesales necesarios para adaptar la legislación criminal al ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas, de manera que se dispusiera también en este ámbito procesal de una normativa clara.

En todo caso hay que destacar que la instauración de la denominada “cultura del cumplimiento” en las organizaciones empresariales tiene que emanar desde su cúpula y descender hacia el resto de directivos llegando a todos los empleados. Los máximos dirigentes de las organizaciones tienen que situar los códigos éticos empresariales y las políticas de *Compliance* al frente de todas sus decisiones y prácticas para que penetren en toda la organización; de esta forma se genera la confianza de la clientela y del mercado en general, se configura una buena reputación e imagen de la empresa y, en general, se mejoran los resultados. Sus ventajas se extienden, por tanto, mucho más allá del mero cumplimiento legal o de evitar una sanción en un proceso penal.

