

CUESTIONES FUNDAMENTALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO (COMPLIANCE)

Fátima Pérez Ferrer

Profesora Titular de Derecho Penal

Universidad de Almería

Fecha de recepción: 21 de octubre de 2018

Fecha de aceptación: 25 de noviembre de 2018

RESUMEN: En este artículo se realiza un análisis de las principales novedades introducidas en el artículo 31 bis del Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo, prestando especial atención a los denominados Programas de Cumplimiento Normativo o *Compliance Programs* como causas de exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, haber adoptado y ejecutado con eficacia antes de la comisión del delito, estos modelos de organización y gestión en los delitos en los que esté legalmente prevista tal responsabilidad.

ABSTRACT: In this article, an analysis is made of the main novelties introduced in Article 31 bis of the Criminal Code by LO 1/2015, of March 30, paying special attention to the so-called Regulatory Compliance Programs as causes for exemption from the criminal responsibility of legal persons, having adopted and executed effectively before the commission of the crime, these models of organization and management in the crimes in which such responsibility is legally provided.

For that reason and

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Causas de exención de responsabilidad penal, Programas de *Compliance*, Mapas de riesgos penales, el Responsable de Cumplimiento, Canal de Denuncias, y Cultura ética empresarial.

KEYWORDS: Criminal responsibility of juridical person, exemption from criminal liability, Compliance Programs, Maps of criminal risk, Compliancer Officer, whistleblower, and Business ethics Culture.

SUMARIO: I. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. 1. Introducción; 2. La Reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo; 3. Especial referencia a la exención de la responsabilidad penal por implantación de un Programa de Cumplimiento Normativo; II. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO O COMPLIANCE PROGRAMS; 1. Consideraciones Generales; 2. Contenido y requisitos de los Programas de Compliance; 3. El Compliance Officer; 4. El Canal de Denuncias; 5. Criterios de valoración de la eficacia de los Programas; III. VALORACIONES FINALES.

I. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. Introducción

La responsabilidad penal de las personas jurídicas fue introducida por primera vez en nuestro Ordenamiento por la LO 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal, en el artículo 31 bis, y que es, desde entonces, una realidad manifiesta en nuestro país. Esto ha significado la derogación definitiva del principio que establecía que las personas jurídicas no podían delinquir, -formulado en el axioma *societas delinquere non potest*-, y un antes y un después de la cultura corporativa en el marco normativo en España¹.

En efecto, y debido a la cada vez mayor frecuencia de la delincuencia y los abusos perpetrados a través de la *pantalla o fachada* de la persona jurídica, la Política Criminal contemporánea demandaba de forma urgente la irrupción de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Entre las razones dadas para justificar su introducción en el Preámbulo de esta ley se afirma que “*Se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas, siendo numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente, corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos*”.

Así, se introduce el artículo 31 bis del Código Penal que establece que las personas jurídicas son penalmente responsables de los delitos cometidos por sus representantes legales y administradores, o por las personas sometidas a la autoridad de estos, en nombre o por cuenta ajena de la persona jurídica y en provecho de ésta, incluyéndose un catálogo concreto de delitos, causas de exoneración y atenuación y penas aplicables para las empresas, y un catálogo cerrado de 31 delitos dispersos a lo largo de todo el articulado. Se trata de un sistema de incriminación cerrada (*numerus clausus*), de un catálogo cerrado, entre los que se incluyen la estafa, el descubrimiento y revelación de secretos, las insolvencias punibles, los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, contra el mercado y los consumidores, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos ecológicos, contra la ordenación del territorio y el urbanismo, contra los recursos naturales y el medio ambiente, corrupción, y delitos relativos al mercado de valores.

Lamentablemente, desde su incorporación, La mayoría de la doctrina ya venía señalado que el fracaso de la reforma de 2010 se debía, entre otros elementos, a la confusión y falta de claridad en la regulación de muchos de sus aspectos esenciales. ¿Qué se debe entender por “debido control”? En la *praxis* internacional, el control se relacionaba con la existencia de Programas de Cumplimiento Efectivo (*Compliance Programs*). Sin embargo, en esta originaria regulación de 2010 no había más referencia a los Programas de Cumplimiento de la contemplada en la atenuante de la letra d) del artículo 31 bis 4 CP al señalar “*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*”. La atenuante abría un interrogante sobre los beneficios que pudieran derivarse para la persona jurídica cuando tales medidas hubieran sido establecidas con anterioridad a la comisión del hecho delictivo. De la ausencia de la correspondiente eximente en nuestro texto punitivo podía deducirse que la previa adopción de un plan de prevención no excluía la responsabilidad penal de la persona jurídica, posición mantenida en la Circular 1/2011, de 1 de junio, de la Fiscalía General del Estado, relativa a la

¹ Con carácter general, Vid. CARBONELL MATEU, J.C.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 101, 2010, pp. 13 ss; ZUGALDIA ESPINAR, J.M.: *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los artículos 31 bis y 129 del Código Penal*, Valencia, 2013; el mismo en: “Modelos dogmáticos para exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas (A propósito de las SSTs de 2 de septiembre de 2015, 29 de febrero de 2016 y 16 de marzo de 2016”, *La Ley*, núm. 2089, 2016, pp. 1 ss, y TORRAS COLL, J.M.: “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Valoración del Programa Compliance”, *La Ley*, núm. 1785, 2018, p. 1.

Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, que reflejaba el recelo hacia este tipo de Programas señalando que: *“Su formalización no aporta, ni su inexistencia resta la capacidad potencial de incurrir en responsabilidad penal; (...) cualquier vacua formulación corporativa contra el delito o la más sofisticada operación de maquillaje articulada, en su caso, por medio de las denominadas Compliance Guide (...)”*.

De otro lado, resulta llamativo también que una reforma penal sustantiva de tal calado no viniese acompañada de una paralela reforma en la vertiente procesal que pudiera resolver los numerosos problemas interpretativos que se iban a suscitar en la práctica, -máxime cuando nuestro sistema procesal penal está fundamentalmente diseñado para personas físicas-. Pero habrá que esperar hasta la Ley 37/2011, de 10 de octubre, sobre medidas de agilización procesal, que introdujo las reformas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal consideradas pertinentes para adaptar la regulación adjetiva a la presencia de las personas jurídicas como eventuales autoras de delitos, y que no se resolvieron en su día².

Un año más tarde, la LO 7/2012, de 27 de septiembre, 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, incluyó también en el artículo 31 bis dentro del régimen general de responsabilidad de las Personas Jurídicas, a los partidos políticos y sindicatos, que, hasta ahora, estaban excluidos.

2. La Reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo

Escasamente cinco años después de la reforma de 2010, el 31 de marzo de 2015 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, sin apenas tiempo para haber evaluado la eficacia de tan novedosa normativa. El Apartado III del Preámbulo de la citada Ley señala que la reforma introducida supone una mejora técnica en la regulación de la citada responsabilidad, entre otras cosas, para delimitar adecuadamente el contenido de la expresión “debido control”, y con ello poner fin a las dudas interpretativas que se habían planteado con la anterior regulación³. Se introducen también cambios de gran calado tanto en la Parte Especial como en la Parte General del Código Penal que endurecen el régimen de responsabilidad.

En realidad, como señala el Fundamento Jurídico 5º de la Sentencia de Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016, en un supuesto de estafa a una sociedad inmobiliaria *“(...) En pocas materias como la que ahora nos ocupa, las soluciones dogmáticas son tan variadas. El debate permanece 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”*⁴.

² En concreto, se trataba de responder al interrogante acerca de cuál habrá de ser el régimen para designar la persona física que deba actuar en representación de esa persona jurídica en el procedimiento en el que se enjuicie su posible responsabilidad penal, no sólo en el ejercicio de la estricta función representativa, sino también a la hora de dirigir y adoptar las decisiones oportunas en orden a la estrategia de defensa a seguir como más adecuada para los intereses propios de la representada, lo que obviamente resulta de una importancia aún mayor. Sobre ello, Vid. Sentencia de Tribunal Supremo de 19 de julio de 2017, en un supuesto de blanqueo de capitales de un entramado familiar y empresarial destinado a introducir en el mercado lícito dinero procedente del narcotráfico.

³ El legislador vincula también la reforma a la asunción de *“ciertas recomendaciones”*, que no concreta, de algunas organizaciones internacionales. Se refiere, con toda probabilidad, a las recomendaciones hechas por la OCDE en el Informe adoptado por el Grupo de Trabajo el 14 de diciembre de 2012 correspondiente a la Fase 3 de la evaluación sobre el cumplimiento en España del Convenio sobre la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales internacionales.

⁴ Cfr. Sentencia de Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016, la cual estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, que condenó por un delito de estafa agravada a una sociedad inmobiliaria y a dos representantes, a la primer a la pena de multa y cese de la actividad por seis meses y a los segundos, a dos años de prisión y multa, casa y revoca su fallo para absolver a la empresa del

El núcleo de la reforma se centra, pues, en la nueva redacción dada al artículo 31 bis CP, que comporta importantes novedades en cuanto a su estructura y contenido⁵. Como el anterior precepto, consta de cinco apartados. En el primero, se mantienen los dos criterios de transferencia de la responsabilidad penal de determinadas personas físicas a la persona jurídica, -ahora mejor identificados con las letras a) y b) en los que se introducen algunas modificaciones relativas a la definición de las personas físicas (letra a), la precisión de que el debido control debe “*haberse incumplido gravemente*” (letra b), y la sustitución del término “*en provecho*” por “*en beneficio directo o indirecto*” (letras a y b). Los siguientes cuatro apartados están dedicados a regular los modelos de organización y gestión que pueden eximir de responsabilidad a las personas jurídicas, sustituyendo el contenido de los correspondientes apartados del anterior 31 bis, que se trasladan ahora a los nuevos artículos 31 ter, quáter y quinquies.

Los dos títulos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se detallan en el artículo 31 bis 1 del Código Penal al establecer que serán penalmente responsables en los siguientes supuestos:

- 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. (Este primer supuesto comprende a los Directivos, o personas con mayores responsabilidades en la entidad).
- 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. (Es el caso de personas indebidamente controladas por aquellas, o empleados).

Tal y como hemos visto *supra*, entre las modificaciones más importantes, se responde por la actuación de: a) Representantes legales –según la Circular de la Fiscalía de 2016, administradores, Apoderados singulares con poderes otorgados en escritura pública y debidamente inscritos en el Registro Mercantil, o Generales, como Gerentes o Directores Generales-; b) se sustituye la referencia a los administradores de hecho o de derecho – términos consolidados en la jurisprudencia-, por el concepto más ambiguo de “*aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica estén autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, u ostenten facultades de organización y control dentro de la misma* –incluidos mandos intermedios), y c) Los dependientes de los anteriores.

En caso de delitos cometidos por estos últimos (los sometidos a la autoridad de los Directivos) se limita la responsabilidad penal de la persona jurídica a los incumplimientos graves del deber de control. La Fiscalía entiende que están sometidos a la autoridad aquellos que operan bajo el ámbito del control, dirección, supervisión o vigilancia de la persona jurídica sin que sea necesaria vinculación formal con la empresa (contrato laboral o mercantil) quedando incluidos autónomos, subcontratados, etc. El hecho de producirse un incumplimiento grave puede permitir que junto con la persona jurídica, el omitente del control también sea responsable penalmente, por lo que se originaría así la simultánea concurrencia de los dos criterios de atribución de responsabilidad a la persona jurídica. Se entiende, además, que la clara disminución de la intervención punitiva que comporta la introducción del adverbio “*gravemente*” permite dejar fuera del ámbito penal aquellos

delito imputado y para minorar a los segundos la pena, fijándola en un año de prisión, al entender no concurrente la agravante del artículo 250.1.6° CP.

⁵ Sobre ello, Vid. Circular 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.

incumplimientos de menor entidad, de acuerdo con una razonable aplicación del principio de intervención mínima, y que sólo deberán ser sancionados en vía administrativa.

Se sustituye la expresión “*en su provecho*”, por la más amplia de actuación “*en beneficio directo o indirecto*” de la entidad, manteniéndose así la naturaleza objetiva de la acción, dirigida a conseguir un beneficio sin exigencia de que éste se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad. La Fiscalía interpreta que es válido cualquier tipo de beneficio, también los estratégicos, intangibles o reputacionales. En este sentido, también muy expresiva la Sentencia de Tribunal Supremo de 21 de junio de 2017, al entender que el término “beneficio” hace alusión a “*cualquier tipo de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete*”⁶.

Asimismo, se ha de señalar que la responsabilidad de la persona jurídica no excluye la responsabilidad penal persona de la persona física que comete el delito, sino que es cumulativa, conforme a la interpretación mayoritaria del Tribunal Supremo, entre otras, las ya citadas Sentencias de 13 de junio de 2016, y de 21 de junio de 2017⁷. De este modo, la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella, y según el apartado 3 de este mismo precepto, incluso ante el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia (artículo 31 ter CP). De otro lado, la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

Es una evidencia que, tras esta reforma, se incrementa el catálogo de delitos por los que la persona jurídica puede ser penada, optando el legislador por un sistema cerrado de enumeración taxativa de los ilícitos en la Parte Especial del Código. Así, nos encontramos con los siguientes: 1. Tráfico ilegal de órganos (artículo 156 bis); 2. Trata de seres humanos (artículo 177 bis); 3. Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores (artículos 187-189 bis); 4. Descubrimiento y revelación de secretos (artículos 197 a 197 quinquies); 5. Estafa (artículos 248-251 bis); 6. Frustración de la ejecución (artículos 257-258 ter); 7. Insolvencias punibles (artículos 259-261 bis); 8. Daños informáticos (artículos 264-264 ter); 9. Delitos relativos a la propiedad intelectual (artículos 270 a 272 y 288); 10. Delitos relativos a la propiedad industrial (artículos 273-277 y 288); 11. Delitos relativos a los secretos de empresa (artículos 278-280 y 288); 12. Delitos relativos al mercado y a los consumidores (artículos 281-286 y 288); 13. Delitos de corrupción en los negocios (artículos 286 bis-286 quáter y 288); 14. Blanqueo de capitales (artículos 301 y 302); 15. Delitos de financiación ilegal de partidos políticos (artículo 304 bis); 16. Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (artículos 305-308 bis y 310 bis); 17. Falsedad contable (artículos 310 y 310 bis); 18. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (artículo 318 bis); 19. Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (artículo 319); 20. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (artículos 325-328); 21. Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (artículo 343); 22. Delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes (artículos 348.1 a 3); 23. Delitos contra la salud pública, alimentarios y farmacéuticos (artículos 359-365 y 366); 24. Delitos contra la salud pública, tráfico de drogas (artículos 368-369 y 369 bis); 25. Falsificación de moneda (artículo 386); 26. Falsificación de tarjetas de crédito o débito y cheques de viaje (artículo 399 bis); 27. Cohecho (artículos 419-427 y 427 bis); 28. Tráfico de influencias (artículos 428-430); 29. Delitos de discriminación (artículos 510 y 510 bis); 30. Financiación

⁶ Vid. Sentencia de Tribunal Supremo de 21 de junio de 2017, y en una línea análoga, la Sentencia de Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016.

⁷ Vid. Sentencias de Tribunal Supremo de 13 de junio de 2016, y de 21 de junio de 2017.

del terrorismo (artículo 576), y 31. Delito de contrabando (Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando)⁸.

En este complejo contexto, la Circular 1/2016, de 22 de enero, 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, realiza en sus páginas una interpretación de las cuestiones que suscitan más dificultades en la nueva normativa. En ellas, recuerda que es esencial su interpretación porque el Anteproyecto no pasó a informe del Consejo Fiscal ni del Consejo General del Poder Judicial, y sigue manifestando una visión escéptica respecto de los Programas de Cumplimiento, aunque adelanta algunos criterios de valoración.

Lógicamente, una de las cuestiones que aquí se suscitan es ¿a qué personas jurídicas se aplica dicho régimen?. La Fiscalía, en esta misma Circular, interpreta que quedan exentas por imperativo legal (artículo 31 quinquies CP): 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. Se incluye así todo el sector público administrativo donde se encuadran los organismos autónomos, las entidades estatales de Derecho Público y los consorcios, conforme se establece en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Existe una expresa mención en el Código Penal a su aplicación a las sociedades mercantiles públicas que ejecutan políticas públicas o presten servicios de interés económico general, y a las que solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33⁹.

Junto a los Partidos Políticos, serán también penalmente responsables las fundaciones y entidades con personalidad jurídica que se consideren a ellos vinculadas, conforme a los criterios que se establecen en la Disposición Adicional Séptima de la LO 8/2007, de 4 de julio, sobre Financiación de los Partidos Políticos, tras la modificación operada por la LO 3/2015, de 30 de marzo, de Control de la actividad financiera de los Partidos Políticos. Debe destacarse que, a diferencia de otras personas jurídicas, en principio no obligadas a establecer Programas de Prevención, el artículo 9 bis de la LO 8/2007, introducido por la LO 3/2015, expresamente obliga a los Partidos Políticos a *“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”*.

Aunque no aparecen expresamente mencionadas, deben considerarse igualmente exentas de responsabilidad las fundaciones públicas, integradas en el sector público fundacional, dado su sometimiento al Derecho Administrativo; sus presupuestos, contabilidad, auditoría de cuentas y selección de personas se rigen por disposiciones administrativas, así como su régimen de contratación y control. Por último, con respecto a los Colegios Profesionales, la Circular de 2016, -rectificando el criterio anterior-, afirma que *“(...) el ejercicio de potestades públicas de soberanía o administrativas se aplica solo a las Administraciones Públicas y no a los entes de naturaleza asociativa o privada, como los Colegios Profesionales o las Cámaras de Comercio, que tendrán la consideración de personas jurídicas penalmente responsables”*.

Por otra parte, el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas diseñado por el legislador tiene su sistema propio de penas, y unas circunstancias modificativas específicas. Así, en lo que se refiere a las penas que pueden imponerse a las personas jurídicas, existe un amplio catálogo de penas específicas susceptibles de ser impuestas en el artículo 33.7 del Código Penal, con sus propias reglas de determinación en el artículo 66 del mismo texto. Todas ellas tienen la consideración de graves, lo que supone que prescriben a los diez años,

⁸ Llama la atención la ausencia de determinadas tipologías delictivas, tales como el delito de apropiación indebida, o el delito contra los derechos de los trabajadores, o la no inclusión de los delitos societarios. Por otro lado, el régimen del artículo 129 CP se aplica a los delitos previstos 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 que se contempla también para determinados delitos.

⁹ Aunque 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.

-de acuerdo con el artículo 133 CP-, y que sus antecedentes penales, de conformidad con lo previsto en el artículo 136 CP-, se cancelan pasados diez años sin haber delinquirado desde la extinción de la pena.

En relación a la pena pecuniaria, según el delito cometido por la persona física de que se trate, la multa adoptará una de las dos formas previstas para la sanción pecuniaria de la persona física: la de cuotas diarias o la proporcional. Y en cuanto a las penas privativas de derechos, el artículo 33.7 establece una serie de supuestos que contemplan desde la disolución de la persona jurídica, -determinando la pérdida definitiva de su personalidad jurídica y su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico¹⁰, hasta la intervención judicial, pasando por la suspensión de actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años, la clausura de locales y establecimientos, -también por un plazo que no podrá exceder de cinco años-, la prohibición de realizar en el futuro actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, -que puede ser de carácter temporal o definitiva-, o la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, contratar con el sector público¹¹ y gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social por un plazo que no podrá exceder de quince años, y se hace una detallada regulación del contenido de la pena de intervención judicial, cuya finalidad ha de ser la de salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores de la persona jurídica, por el tiempo que se estime necesario, y que no podrá exceder de cinco años¹².

Del mismo modo, se podrán adoptar como medidas cautelares contra las personas jurídicas, según lo establecido en el artículo 544 quáter LECrim, las recogidas en el artículo 33.7 CP y que son: la suspensión de sus actividades, clausura temporal de sus locales y establecimientos, intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.

Por último, incorpora el artículo 31 quáter como atenuantes específicas: a) El 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 en cualquier momento del proceso, aportando pruebas que sean nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos investigados; c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito; y 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. El motivo de dicha atenuante es conseguir que se aplique la cultura de cumplimiento corporativo.

¹⁰ Se ha de destacar en este punto, la Sentencia de Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016, en un supuesto de tráfico de drogas en el que se revoca la imposición de la pena de disolución de la persona jurídica cuando afirma que "(...) Para su imposición hay que ponderar, necesariamente, la proporción de la actividad lícita en relación con la relevancia de la actuación delictiva, así como tomar en consideración la afectación de los intereses de terceros inocentes, como los trabajadores que, además, no han podido defender adecuadamente sus intereses en el proceso por no ser partes en el mismo. Esta situación de desamparo en la que se encuentran los trabajadores de la entidad, ajenos a la comisión del delito, en el caso concreto, se vería agravada por no haber gozado la persona jurídica de una defensa autónoma e independiente de las personas físicas coacusadas". Y como consecuencia de esta reflexión el Tribunal Supremo excluye la pena de disolución que había sido impuesta en primera instancia a la sociedad condenada, con una plantilla de más de cien trabajadores, por entender que no se han aplicado adecuadamente las reglas de determinación de las penas aplicables a las personas jurídicas.

¹¹ A partir del 9 de marzo de 2018, el artículo 71.1.a) de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, contiene la prohibición de contratar con la Administración Pública para las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y para aquellas cuyos administradores o representantes, de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, hayan sido condenados mediante sentencia firme por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección de patrimonio histórico y el medio ambiente, o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio.

¹² La intervención puede afectar a toda la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. Asimismo, el contenido de la intervención y la determinación de quien se hará cargo de la misma, así como los plazos para elaborar los informes de seguimiento para el Juez se podrán determinar en la Sentencia o posteriormente en Auto. La intervención podrá ser modificada o suspendida en todo momento, previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal.

3. Especial referencia a la exención de la responsabilidad penal por implantación de un Programa de Cumplimiento Normativo

La LO 1/2015 de 30 de marzo ha introducido como causa de exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas, -en los delitos en que legalmente esté prevista tal responsabilidad-, haber adoptado y ejecutado con eficacia antes de la comisión del delito, Programas o Planes de Cumplimiento de prevención delictiva. Cabe significar que, aunque estos Programas van adquiriendo un protagonismo cada vez mayor en nuestro panorama legislativo, la implantación de los mismos no tiene en la actualidad un carácter obligatorio, aunque la propia dinámica del mercado acabará imponiéndose para las distintas entidades, al ofrecer una mayor garantía de idoneidad de cara a las posibles contrataciones, fundamentalmente en el sector público.

El legislador establece un doble sistema de exención, abordando 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 directivos que cuando se trata de sus subordinados. Así, el artículo 31 bis 2 señala, para el caso de Directivos, que: *“La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1ª. Adopción por el órgano de administración, antes de la comisión del delito, de modelo de organización y gestión eficaces para prevenir o reducir de forma significativa el riesgo de comisión de delitos de la misma naturaleza; 2ª. Atribución de la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisión la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3ª. Comisión del delito por parte de los autores personas físicas eludiendo fraudulentamente el modelo de organización y de prevención, y 4ª. Ejercicio adecuado de las funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2ª”*¹³.

Y para los delitos cometidos por empleados, en el artículo 31 bis 4 -con pocas diferencias de redacción respecto al anterior-, afirma que: *“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”*¹⁴.

Ab initio, se ha de partir de la consideración de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no solamente se basa en la existencia de un delito cometido por parte de una de las personas físicas previstas en el artículo 31 bis 1 del Código Penal, sino también en el hecho de que en esa persona jurídica pueda afirmarse la existencia de un *“estado de cosas de descontrol”* o un defecto de organización¹⁵. Y de conformidad con la regulación penal española vigente, este estado de descontrol no existirá si se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 31 bis 2 y 4 del Código Penal.

II. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO O COMPLIANCE PROGRAMS

1. Consideraciones generales

Durante los últimos años, los cambios normativos en el Código Penal, con la posibilidad de evitar la responsabilidad penal de las empresas, han incrementado las relaciones entre el Derecho Penal Económico y los Programa de *Compliance*, en la necesidad de buscar a un

¹³ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “La eximente de modelos de prevención de delitos. Fundamento y bases para una dogmática”, *Delito y Empresa*, Barcelona, 2018, pp. 211 ss.

¹⁴ En realidad, la única diferencia del doble régimen de exención de las personas jurídicas, se recoge en la condición 3ª 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.

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “La eximente de modelos...”, cit., pp. 22 ss.

estado de relativa armonía. Esto ha dado lugar a una mayor concienciación y a la implementación de Planes de Prevención y Control, -que deben cumplir los requisitos previstos en el artículo 31 bis 5 del Código Penal, como veremos más adelante-, y que deben ser respetuosos con el principio de legalidad y el resto de derechos fundamentales de nuestra Constitución, tal y como ya ha señalado el Tribunal Supremo en su reciente Sentencia de 28 de junio de 2018¹⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, estos Programas o modelos de organización y control han incorporado al Derecho Penal componentes más propios de la terminología mercantil que, sin embargo, son ya utilizados por la doctrina penal junto al resto de las tradicionales categorías dogmáticas, y aunque no aseguran una exoneración o atenuación automática de la responsabilidad penal de la persona jurídica, si pueden prevenir, detectar y gestionar conductas ilícitas, generando así la cultura organizativa del cumplimiento de la legalidad, y pudiendo fundamentar, en última instancia, la exoneración de su responsabilidad¹⁷.

Los Programas de *Compliance* pueden ser definidos como un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptados por las empresas para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan, con el objetivo de establecer mecanismos internos de prevención y gestión, formación, detección, minimización y control de los mismos. Encuentran su justificación en la evitación de riesgos como el daño reputacional o el deterioro de la imagen, la pérdida de confianza de proveedores y clientes, la dificultad de obtener financiación ajena, y de la conservación del talento o pérdida de valor para el accionista. Las autoridades y organismos regulatorios cada vez tienen un rol más activo, debido a que el marco legislativo en el que la empresa desarrolla sus actividades es cada vez más abundante y complejo.

Ahora bien, tal y como dispone la Circular 1/2016 de la Fiscalía, todo Programa de Cumplimiento Normativo debe adaptarse necesariamente a la normativa concretamente aplicable, a la naturaleza y tamaño de las personas jurídicas. De este modo, y para conocer su verdadero alcance, se hace necesario partir de una evaluación inicial de riesgos, consistente en concretar cuáles son los riesgos más importantes de la empresa a concretar y el perfil de riesgo de los Directivos y empleados.

En esta Circular, la Fiscalía General del Estado insiste en que, en puridad, los modelos de organización y gestión o *Corporate Compliance Programs* deben de tener por objeto no evitar la sanción penal de la Empresa, sino promover una “*verdadera cultura ética empresarial*”, y en este sentido, la propia Fiscalía ha criticado que sea causa de exención de responsabilidad cuando es el primer nivel quien comete la actuación delictiva.

Con carácter general, la implementación de los Programas de *Compliance* efectivos van a presentar dificultades en empresas de pequeño y mediano tamaño donde los procesos internos de negocio no están procedimentados y, por tanto, el establecimiento de un modelo de prevención de delitos es caro y poco efectivo. Este problema es especialmente importante en países como el nuestro, donde un alto porcentaje del tejido empresarial –aproximadamente el 99’8%-, está constituido por pequeñas y medianas empresas (PYMES), según datos del Ministerio de Economía y Competitividad del año 2018.

2. Contenido y requisitos de los Programas de Compliance

Para que estos 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 artículo 31 bis 5 del Código Penal requiere los siguientes requisitos:

¹⁶ Sentencia de Tribunal Supremo de 28 de junio de 2018, o en un sentido similar, la Sentencia de Tribunal Supremo de 19 de julio de 2017.

¹⁷ SIEBER, U.: “Programas de Compliance en el Derecho Penal de la Empresa: una nueva concepción para controlar la delincuencia económica”, *El Derecho Penal Económico en la era Compliance*, Arroyo Zapatero, L./Nieto Martín, A. (Dir.), Valencia, 2013, pp. 108 ss.

- a) Existencia de un mapa de riesgos, esto es, la identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los ilícitos¹⁸. Deben aquí determinarse las áreas sensibles de riesgos referidas a las categorías de delitos que puedan ser cometidas por la persona jurídica y diseñar las medidas concretas que habrán de adoptarse para prevenir, evitar o reducir de forma significativa el riesgo de comisión de los ilícitos penales.
- b) Establecimiento de Protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de la mismas. Se trata de establecer el modelo de organización y de gestión, el protocolo de toma de decisiones y de su ejecución, y concretar al personal responsable.
- c) Modelos de gestión de recursos financieros adecuados para prevenir la comisión de delitos que deben ser prevenidos (controles de carácter transversal, presupuesto propio, recursos materiales y humanos, etc.). Cabe destacar que, con cargo a los presupuestos, habrá de contemplarse una línea económica que pueda sufragar los gastos derivados de la aplicación y gestión de tales medidas.
- d) Obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado del modelo de prevención, es decir, el órgano de supervisión o *Compliance Officer* deberá contar con un mecanismo para recibir información sobre los riesgos e incumplimientos, a través de lo que se ha denominado “Canal de denuncias”¹⁹. Se trata de un medio de comunicación conformado por elementos físicos o informáticos en que trabajadores, Directivos e incluso terceros, pueden realizar consultas, comunicaciones o denuncias sobre irregularidades, malas prácticas, incumplimiento de normas o actos indebidos observados en el seno de la persona jurídica a la que pertenecen o con la que se relacionan, a fin de que el órgano responsable del cumplimiento normativo las investigue y, en su caso, adopte las medidas preventivas, de corrección o sancionatorias adecuadas.
- e) Establecimiento de un Sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las normas que establezca el modelo, y que afecte a empleados, Directivos y de los que aquellos dependan (Código de Conducta + Procedimiento de Actuación).
- f) Verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se ponga 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 necesarios²⁰. De este modo, podrían citarse, entre otros, la creación de nuevas áreas de negocio, apertura de departamentos o centros, reformas legislativas o criterios jurisprudenciales que requieran una adaptación del modelo, detección de disfunciones del mismo y cualquier cambio relevante que afecte a la organización, control o actividad de la persona jurídica. Esto es, el Programa de Cumplimiento no es estático, sino dinámico, al requerir un constante cambio y adaptación tanto a las circunstancias empresariales como a las legales.

En el caso de que solo pueda acreditarse parcialmente la concurrencia de las circunstancias constitutivas de la exención, la responsabilidad penal de la entidad puede quedar atenuada. Es más, la acreditación parcial no implica una rebaja de las exigencias probatorias sino sustantivas, es decir, que el modelo presenta algunos defectos o que solo se ha probado que hubo cierta preocupación por el control; un control algo menos intenso del exigido para la exención plena de responsabilidad penal, pero suficiente para atenuar la pena.

¹⁸ Vid. <http://www.informeannual2014.viscofan-com/sistema-de-gestion-de-riesgos.html>. Así, en relación al delito de cohecho regulado en el artículo 424 CP y que castiga “(...) al particular que ofreciera o entregara dádiva o retribución de cualquier clase a una autoridad o funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función”, las áreas afectadas serían la auditoría interna, la Dirección Financiera y el Comité de Dirección, y las actividades sensibles, las relaciones en general con la Administración Pública, la contratación con las mismas, la solicitud y gestión de subvenciones y las actividades de patrocinio.

¹⁹ Adecuación al Informe Jurídico 128/2007 AEDP “Creación de sistemas de denuncias internas en las Empresas” (Mecanismos de *Whistleblowing*).

²⁰ Sobre ello, Vid. *Goog Practice Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance*, publicado por el OCDE, 2010.

Como es sabido, entre las características que deben cumplir los mismos se han de destacar, en primer lugar, que sean personalizados y adaptados a la empresa y sus concretos riesgos (no copia de otros), previos -adoptados antes de la comisión del delito-²¹, operativos, en el sentido en el que se reduzca de forma significativa el riesgo, sencillos, y desde luego, redactados por escrito. Además, se han de determinar los equipos humanos que deben intervenir en el proceso, concretando la responsabilidad del *Compliance Officer* que es el que ostenta las facultades de organización y control, -como veremos más adelante-, aunque no tiene mayor exposición al riesgo penal que el resto. Si éste omite sus obligaciones de control, la persona jurídica no quedaría exenta de responsabilidad penal.

En este sentido, es fundamental el establecimiento de reuniones para determinar la relación de documentación necesaria para conocer los procesos sensibles; la recogida de la documentación y datos requeridos y la traslación del cuestionario para analizar los riesgos reales y potenciales derivados de sus actividades; la elaboración del cuestionario; la configuración de la memoria adaptada a la empresa; el establecimiento de Programas organizativos idóneos para cada tipología de delitos, y la presentación de la Memoria con toda la información a la Dirección de la Empresa. En las empresas de ciertas dimensiones, es importante la existencia de aplicaciones informáticas que controlen con la máxima exhaustividad los procesos internos de negocio de la empresa.

Actualmente, para la implantación del Programa de *Compliance* se requiere el Acuerdo de aprobación de la memoria por los Administradores en el Consejo de Administración; la formación de los Cuadros Directivos y de determinados trabajadores, que deberán firmar el documento conforme al cual la Sociedad se compromete con el Programa, debiéndose informar también al Comité. Además, se deberá crear la Comisión de Vigilancia y Control del modelo, aconsejándose revisiones periódicas de la documentación que garantice las medidas de vigilancia y de revisión de los procesos sensibles.

3. El Compliance Officer

El Código Penal, al describir los requisitos para que el modelo de prevención de delitos tenga la virtualidad deseada, hace una referencia indirecta a esta figura cuando prevé en el artículo 31 bis 2, la existencia de un “*órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control*”²².

En principio, el *Compliance Officer* es el responsable de establecer las normas y la aplicación de los procedimientos para asegurar que los Programas relativos al mismo en toda la organización son eficaces y eficientes. Se constituye como un asesor en cumplimiento normativo penal y defensor de la legalidad en el organigrama empresarial encargado de revisar, analizar y controlar que los procedimientos adecuados a tal fin se están llevando a cabo²³. Por regla general, no responderá de los delitos de la persona jurídica a la que asesora, a excepción de connivencia activa en la acción delictiva, -ya lo fuere como inductor, cooperador necesario o cómplice-. Pero, habrá que analizar, en cualquier caso, el encargo recibido y el contenido del contrato.

Según la Fiscalía, debe ser un órgano de la persona jurídica, lo que facilitará el contacto diario con el funcionamiento de la propia empresa, y puede estar integrado por una o varias personas -dependiendo del tamaño de la persona jurídica-; no deben ser los Administradores, o por lo menos, no en su totalidad. Deberá participar en la elaboración de los modelos y asegurar su buen funcionamiento. Debe ser personal capacitado con conocimiento y experiencia profesional suficiente, disponer de los medios técnicos adecuados

²¹ La existencia de un sistema de *Compliance* posterior a los hechos investigados y anterior a la apertura del juicio oral, no puede servir como eximente de la responsabilidad penal conforme al artículo 31 quáter d) del Código Penal (Vid. Sentencia de Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016).

²² Salvo en los supuestos de personas jurídicas de pequeñas dimensiones, en las que el órgano de administración puede realizar las funciones de *Compliance Officer*. Se trata de una previsión específica para “*aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuentas de pérdidas y ganancias abreviadas*”.

²³ GUTIERREZ PÉREZ, E.: “La figura del *Compliance Officer*. Algunas notas sobre su responsabilidad penal”, *La Ley*, núm. 6750, 2015, p. 1.

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 asigna²⁴.

No existe inconveniente alguno en que la entidad pueda recurrir a la contratación externa de las distintas actividades que la función de cumplimiento normativo implica²⁵. Lo verdaderamente relevante a los efectos que nos ocupa, es que la persona jurídica tenga un órgano responsable de esta función, 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 denuncia, más utilizados y efectivos cuando son gestionados por una empresa externa, -por ejemplo, un Despacho de Abogados-, que puede garantizar mayores niveles de objetividad y neutralidad, y complementar los conocimientos específicos para desempeñar la labor que, por sí, no puedan aportar los miembros internos de la empresa.

Entre sus funciones principales se encuentran las siguientes: 1. La gestión del modelo, es decir, la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo así como la vigilancia y control del personal sometido al mismo; 2. La información y formación a los directivos, trabajadores y empleados de la empresa acerca de la existencia del modelo y su contenido y, finalmente, la revisión y la actualización del mismo; 3. La revisión y modificación del modelo de prevención²⁶, y 4. También es posible que la empresa le encomiende la detección de los comportamientos delictivos, tanto través de la gestión del canal de denuncias como a través de las investigaciones internas a poner en marcha, bien como consecuencia de las informaciones que se reciban del canal de denuncias, bien como consecuencia de otro tipo de informaciones o de decisiones de política empresarial.

Según la doctrina mayoritaria, los requisitos necesarios para que pudiera darse una hipotética responsabilidad penal de esta figura, son²⁷:

- a) Que omita un delito que se podía impedir, tolerándolo o favoreciendo su comisión, no denunciando la irregularidad ante la Alta Dirección o bien no abriendo la correspondiente investigación para esclarecer comportamientos de dudoso riesgo penal²⁸.
- b) Que el delito pertenezca a la actividad empresarial y, en concreto, que corresponda al espectro de los que es garante el empresario, aunque no es ésta una cuestión pacífica, ya que algunos autores como LASCURAIN SÁNCHEZ dejan al blanqueo de capitales o la corrupción a funcionarios o empleados en otras empresas fuera de los delitos de “actividad empresarial”, al considerar que *“no son riesgos imbricados en la producción o en el servicio, sino sólo relacionados con él”*²⁹.
- c) No basta sólo con que este delito esté relacionado con la actividad empresarial, sino que ha de habersele asignado explícitamente al Responsable de Cumplimiento Normativo como riesgo penal objeto de control. En este supuesto, será esencial el contrato formalizado y el propio Programa de Cumplimiento para conocer qué riesgos penales se contenían.
- d) Para su sanción penal se habrá de estar al tipo subjetivo del delito. En los delitos que sólo contemplan su comisión dolosa, -la inmensa mayoría en este ámbito-, el actuar imprudente será atípico. Por lo que nos conduce a identificar

²⁴ Debe advertirse que las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, es decir, las que estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, las funciones del *Compliance Officer* podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 bis 3 del Código Penal.

²⁵ Vid. ENSEÑAT DE CARLOS, S.: *Manual del Compliance Officer*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

²⁶ Si las normas legales que rigen el funcionamiento de la empresa, el delictor de actividad en el que ésta opera o las condiciones ambientales de la empresa cambian, el programa ya no puede tener la misma validez, en términos de adecuación eficacia. Cualquier variación en el mapa de riesgos obliga a revisar y, en su caso, modificar el programa.

²⁷ GUTIERREZ PÉREZ, E.: “La figura...”, cit., p. 5.

²⁸ GUTIERREZ PÉREZ, E.: “La figura del...”, cit., p. 4.

²⁹ LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A.: “La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa”, *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, Nieto Martín, A., Valencia, pp. 272 ss.

y probar el dolo en el actuar del responsable de cumplimiento para poder acudir a la sanción penal.

De conformidad con lo anterior, la exposición personal al riesgo penal del *Compliance Officer*, no es superior a la de otros Directivos de la persona jurídica. Comparativamente, su mayor riesgo penal solo puede tener su origen en que, por su posición y funciones, puede acceder más frecuentemente al conocimiento de la comisión de hechos delictivos, especialmente dada su responsabilidad en relación con la gestión del Canal de Denuncias, - que analizaremos más adelante-, y siempre que la denuncia se refiera a hechos que se están cometiendo y que, por tanto, este Oficial de Cumplimiento pueda impedir con su actuación³⁰.

4. El Canal de Denuncias

Nuestro Código Penal, tras la reforma operada por la LO 1/2015, dentro de los requisitos que deben cumplir los modelos de organización y gestión con que deben contar las personas jurídicas, exige, en el artículo 31 bis 5 4º CP que impongan *“la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo de prevención”*. Además, el artículo 31 bis 1 b) del citado texto, establece *“los deberes de supervisión, vigilancia y control”* de la actividad de los subordinados por parte de quienes tienen funciones ejecutivas o de organización y control de la compañía.

Especial interés presenta aquí la adopción de un Canal de Denuncias como medio a través del cual una empresa recibe y gestiona las comunicaciones o informaciones formuladas por sus empleados y profesionales de la organización, sobre posibles hechos o conductas irregulares de las que hayan tenido conocimiento, y que según la Circular 1/2016 de la Fiscalía, debe asegurar la confidencialidad mediante sistemas que garanticen las comunicaciones (llamadas o mensajes telefónicos, correos electrónicos, etc.), sin riesgo de sufrir posteriores represalias.

Los Canales de Denuncias aparte de ser un elemento preventivo para el fraude, lo son también para su detección anticipada, siendo además elementos probatorios válidos ante los Tribunales, -aportando pruebas o reparando o disminuyendo el daño-. Así, se pone de manifiesto que los canales de denuncias no deberían ser anónimos, ya que *“(…) debería partirse del establecimiento de procedimientos que garanticen el tratamiento confidencial de las denuncias presentadas a través de los sistemas de whistleblowing, de forma que se evite la existencia de denuncias anónimas, garantizándose así la exactitud e integridad de la información contenida en dichos sistemas”*.

Sin embargo, y ante las dudas surgidas en la práctica sobre el carácter anónimo o no de las denuncias, la cuestión ha quedado al fin resuelta en el artículo 24 de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales que prevé que: *“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”*³¹.

El acceso a los datos contenidos en estos canales de denuncias quedará limitado exclusivamente a quienes, incardinados o no en el seno de la entidad, desarrollen las

³⁰ Sobre ello, Vid. ROBLES PLANAS, R.: “El responsable de cumplimiento (*Compliance Officer*) ante el Derecho Penal”, *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Silva Sánchez, J.M., Barcelona, 2013, pp. 319 ss.

³¹ De otra parte, esta Ley impone también a la organización el deber de preservar la identidad y garantizar la confidencialidad del denunciante -cuando no opte por el anonimato-, y ordena que los datos se conserven en el sistema únicamente el tiempo imprescindible para la averiguación de los hechos denunciados, con un límite de tres meses desde su introducción en el canal, salvo que la finalidad de la conservación sea dejar evidencia del funcionamiento del modelo de prevención de la comisión de delitos por la persona jurídica. Las denuncias a las que no se haya dado curso solamente podrán constar de forma anonimizada, sin que sea de aplicación la obligación de bloqueo prevista en el artículo 32 de este mismo texto. Transcurridos esos tres meses, los datos podrán seguir siendo tratados, por el órgano al que corresponda, para la investigación de los hechos denunciados, pero no se conservará en el propio sistema de información de denuncias internas.

funciones de control interno y cumplimiento, o a los encargados del tratamiento que eventualmente se designen a tal efecto. No obstante, será lícito su acceso por otras personas, o incluso su comunicación a terceros, cuando resulte necesario para la adopción de medidas disciplinarias o para la tramitación de los procedimientos judiciales que, en su caso, procedan. Los hechos constitutivos de ilícitos penales se notificarán a la autoridad competente y 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.

La persona jurídica debe informar y formar a sus empleados y Directivos antes de implantar el Canal de Denuncias y posteriormente, de forma periódica sobre la existencia, finalidad y funcionamiento de este canal, -accesible para todo el personal-, la forma de presentación de la denuncia, tramitación y plazos de resolución y sobre el traslado a la persona afectada de la existencia de la denuncia formulada en su contra, respetándose la normativa existente -tal y como hemos visto *supra*; en materia de protección de datos personales. Además, deberá realizarse un seguimiento y evaluación periódica del funcionamiento del Canal de Denuncias para detectar deficiencias y errores, que deberán subsanarse, y analizarse si los resultados son coherentes con la Política de Cumplimiento Normativo de la entidad.

Pero, ¿Quién puede ser el órgano gestor en los procesos de investigación y resolución de las denuncias que se formulen?. Este órgano podrá ser, por una parte, interno, que puede estar compuesto por el *Compliance Officer*, los Directivos y un asesor externo experto en materia sancionadora penal y/o administrativa, o en entidades pequeñas, solamente el *Compliance Officer*; de otra parte, puede ser externo, de conformidad con lo dispuesto en la Circular 1/2016, al señalar las ventajas de la externalización de la gestión del Canal de Denuncias, especialmente en la fase de recepción y gestión de las mismas, en cuanto a la imparcialmente y objetividad del órgano gestor, y con respecto al tratamiento, conservación y confidencialidad de los datos de carácter personal del denunciante; y en último lugar, puede tener un carácter mixto, siendo de carácter interno el órgano que instruye, y de carácter externo, el que resuelve, o viceversa.

Entre los procesos sensibles, -donde hay que tener especial cautela-, se pueden señalar los ámbitos de relaciones con las Administraciones Públicas y los partidos políticos, con la Hacienda y la Seguridad Social, en el ejercicio de las funciones del tráfico mercantil, ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente, seguridad colectiva, falsedades, trabajadores y ciudadanos extranjeros, tráfico de seres humanos, protección de datos, ámbito informático, receptación y blanqueo de capitales. Y es en este último aspecto donde recientemente se ha aprobado el Real Decreto-Ley 11/2018, de 31 de agosto, -por el que se traspone, entre otras, la Cuarta Directiva en materia de Prevención de Blanqueo de Capitales-, y donde se introduce un nuevo artículo 26 bis en la Ley 10/2010 de 28 de abril de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo, que exige ya expresamente que los sujetos obligados establezcan procedimientos internos para que sus empleados, directivos o agentes puedan comunicar, incluso anónimamente, información relevante sobre posibles incumplimientos en relación con lo dispuesto por la Ley 10/2010 de 28 de abril ya citada, su normativa de desarrollo o las Políticas internas implementadas para su cumplimiento a nivel corporativo.

5. Criterios de valoración de la eficacia de los Programas

Estos sistemas de cumplimiento y sus correspondientes metodologías son fundamentales para establecer una cultura de cumplimiento efectivo donde el delito dentro de una organización aparezca como un accidente. Sin duda, no resultará sencillo a Jueces y Fiscales comprobar que estos Programas cumplen los requisitos exigidos legalmente, y se rechaza que su mera tenencia sea un salvoconducto, aunque se valorará su existencia, y la importancia que tenga en la toma de decisiones de los Directivos y empleados. En otras palabras, no se puede crear una cultura de prevención de riesgos en aquellas entidades en las que no hay una auténtica cultura de cumplimiento normativo.

Aunque no se pueden establecer unos criterios uniformes aplicables a los diferentes tipos de organizaciones, su concreta estructura, sus modelos de negocio, o la naturaleza de sus

productos o servicios, parece oportuno intentar otorgar algunos criterios o pautas interpretativas en una materia tan novedosa, que valoren la adecuación y eficacia de los modelos de organización y gestión.

Así, las certificaciones de calidad sobre la idoneidad del modelo expedidas por terceros son – como afirma la Fiscalía en su Circular (19ª.3)-, un elemento adicional, pero que *“en ningún modo acreditan la eficacia del Programa ni sustituye la valoración que compete al órgano judicial”*³². Estas normas aportan una serie de responsabilidades, tareas y funciones dentro de las organizaciones con el fin de cumplir los más diversos objetivos de prevención de riesgos medioambientales, laborales, de políticas de seguridad de la información, o incluso criterios de responsabilidad social corporativa³³. De este modo, entre las normas generalistas, destaca la UNE-ISO 19600:2014, que recoge una serie de recomendaciones para la implantación de sistemas de gestión de *Compliance* o CMS (*Compliance Management Systems*)³⁴, y en las de carácter más específico, se han de señalar, además de la ISO 37001 de Gestión Antisoborno; OHSAS 18001 de Sistemas de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo; la ISO 27001 de Sistemas de Gestión de Riesgos y Seguridad, y la ISO 14001 de Sistemas de Gestión Ambiental.

Especial relevancia en este contexto presenta la UNE 19601:2017, sobre Sistemas de Gestión del Compliance Penal, y que con el objetivo de prevenir la comisión de delitos, pretende servir de guía en la procedimentalización interna de un modelo de organización y gestión de riesgos penales³⁵. Por tanto, se ocupa de desarrollar aquellos requisitos indicados de forma genérica en el artículo 31 bis 5 del Código Penal, así como alguna de las condiciones previstas en los artículos 31.2 y 4 bis del mismo cuerpo legal. En cualquier caso, y aunque una persona jurídica cumpla con esta norma, mostrando con ello una voluntad de respetar los mínimos de diligencia empresariales, esta voluntad de prevención general de riesgos no es suficiente, y para la exención de responsabilidad penal, la persona jurídica requerirá constatar que, además, ese modelo de organización y gestión generalmente adecuado, contenía las medidas de control y vigilancia idóneas para evitar o reducir significativamente el concreto riesgo materializado en un resultado delictivo.

Junto a lo anterior, se valorará también el compromiso y la Implicación del órgano de administración y de sus principales ejecutivos; la gravedad de la conducta, la naturaleza y extensión de la corporación, el número de implicados, el fraude empleado para eludir el modelo, la frecuencia y duración de la actividad criminal, etc. En cambio, no se valorará de igual modo si el beneficio para la sociedad es indirecto que si es directo.

En relación a las investigaciones internas, y a falta de otras previsiones al respecto, la doctrina más reciente ha señalado la especial importancia que tiene, si es la propia empresa quien descubre la conducta delictiva y lo pone en conocimiento de la autoridad, debiendo solicitar la exención de pena de la persona jurídica al evidenciarse, no solo la validez del modelo sino su coherencia con una cultura de cumplimiento corporativo.

Conviene recordar en este momento que la responsabilidad de la persona jurídica no puede ser la misma si el delito lo comete uno de sus Administradores o un Alto Directivo que si lo comete un empleado. El primer supuesto revela un menor compromiso ético de la sociedad y pone en entredicho la seriedad del Programa, de tal modo que *“(…) los Señores Fiscales presumirán que el Programa no es eficaz si un alto responsable de la Compañía participó, consintió o toleró el delito”*.

³² Sobre las certificaciones, Vid. más detalladamente FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.: *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, Pamplona, 2015, p. 28.

³³ NIETO MARTÍN, A.: “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Khulen, L./Montiel, J.P./Ortiz de Urbina Gimeno, L. (EDS.), Madrid, 2013, p. 26.

³⁴ Al respecto, Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Bajo Fernández, M./Feijóo Sánchez, B.J./Gómez-Jara Díez, C., Madrid, 2016, p. 97.

³⁵ Para profundizar, Vid. AGUILERA GORDILLO, R.: “Normalización o estandarización en el contexto del Compliance penal. Los riesgos de la impronta privatizadora en el Derecho Penal Corporativo”, *La Ley*, núm. 9834, 2018, p. 6.

Lo anterior enlaza directamente con la cuestión de la carga de la prueba, tratándose de una cuestión nada pacífica en la *praxis*. De este modo, un sector doctrinal sostiene que corre a cargo de la persona jurídica dicha prueba, al igual que acontece con las circunstancias modificativas de la responsabilidad eximentes o atenuantes. Sin embargo, otros autores, partiendo de que se trata de una cuestión relativa al tipo objetivo, entiende que obligar a la persona jurídica a probar que su organización no era defectuosa, comportaría una vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Para la Fiscalía, en su Circular 1/2016, no hay duda que es la propia empresa la que tiene 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 afectan a su organización.

Distinta es la posición del Tribunal Supremo al afirmar que cualquier pronunciamiento condenatorio de la persona jurídica habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el Derecho Penal, -Principios de oportunidad y legalidad-, y así, la Sentencia de Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016, -la primera que pretende elaborar una doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas-, en su Fundamento Jurídico Octavo, sostiene que *“(...) corresponde a la acusación acreditar lo que considera el núcleo de la tipicidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que consistiría en la ausencia de una cultura de respeto al Derecho como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal, como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica”*³⁶.

De esta manera, correspondería a la acusación acreditar la inexistencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito en el seno de la persona jurídica, en lugar de considerar que el objeto de la prueba no es la inexistencia, sino la disposición de estos instrumentos, y que corresponde a quien pretende exculparse, amparándose en ellos, argumentar y aportar una base racional suficiente para su apreciación³⁷. Ahora bien, tal posicionamiento no es compartido por todos los Magistrados de este Tribunal, y de ahí, que el voto particular formulado por siete Magistrados concurrente en dicha Sentencia disienta de la posición mayoritaria, y apunte que los presupuestos específicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o elementos del tipo objetivo a que alude la sentencia vienen expresamente definidos por el legislador en el artículo 31 bis 1^a) y b) del Código Penal, y estos son los que deben ser probados por la acusación y reflejados expresamente en el relato fáctico de la sentencia para permitir el adecuado juicio de subsunción. Pero no la ausencia de culpabilidad, pues a la acusación no le corresponde probar en cada caso un presupuesto de tipicidad tan evanescente y negativo como es demostrar que el delito ha sido facilitado por la ausencia de una cultura de respeto al derecho en el seno de la persona jurídica afectada. Preocupa, pues, en qué medida *“(...) la propuesta de inversión del sistema ordinario de prueba puede determinar un vaciamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, e incluso su impunidad”*³⁸.

Por último, en cuanto a la adopción de medidas disciplinarias contra los autores, se valorará la firmeza en las respuestas a vulneraciones precedentes y la existencia o no de anteriores procedimientos penales o en trámite, aunque se refieran a conductas delictivas diferentes a la investigada. Asimismo, se deberá considerar la actuación de la persona jurídica tras la comisión del delito, la restitución o reparación inmediata del daño, y la colaboración activa con la investigación, entre otros elementos. Operarán, sin embargo, en

³⁶ Vid. JIMÉNEZ SEGADO, C.: “¿Corresponde a la persona jurídica probar que ha adoptado programas de cumplimiento de prevención delictiva (Compliance Programs) para eximirse de responsabilidad penal o dicha prueba corresponde a la acusación?”, *La Ley*, núm. 556, 2016, p. 1.

³⁷ JIMÉNEZ, SEGADO, C.: “¿Corresponde a la persona jurídica...”, cit., p. 2.

³⁸ El voto particular a esta Sentencia es efectuado por los Excmos. Señores D. Cándido Conde-Pumpido, D. Miguel Colmenero, D. Luciano Varela, D. Alberto Jorge Barreiro, D. Antonio del Moral, D. Andrés Palomo y D. Joaquín Giménez García en la Sentencia del Pleno de esta Sala sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, recaída en el Recurso de Casación núm. 10.011/2015, interpuesto contra la Sentencia de instancia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con fecha de 3 de noviembre de 2014.

un sentido contrario, el retraso en la denuncia de la conducta delictiva o su ocultación, y la actitud obstructiva o no colaboradora con la justicia.

III. VALORACIONES FINALES

Tras este cambio de paradigma llevado a cabo tras la reforma de 2015, nuestro ordenamiento jurídico-penal traslada a las empresas la obligación de control interno para la prevención de delitos que puedan cometerse en su seno, a fin de que asuman una autorresponsabilidad a cambio de articular un conjunto de circunstancias eximentes y atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica. A nuestro juicio, merece una valoración positiva, que se traslade el coste de la prevención del delito en el ámbito empresarial del Estado a las personas jurídicas, entendiendo que la implementación de un Programa de Cumplimiento Normativo debe realizarse en todas las entidades que cuenten con cierta vocación de permanencia y viabilidad.

En este sentido, los Programas de *Compliance* se erigen como un mecanismo necesario para la prevención de la criminalidad económica y donde la finalidad principal es que cada uno de sus miembros conozca y asuma los valores básicos de cumplimiento normativo y ética corporativa. Nos encontramos, pues, ante herramientas autorregulatorias imprescindibles que se componen de múltiples elementos, cuya consecución depende, en gran medida, de la creación de una cultura corporativa de estricto cumplimiento de las normas y políticas éticas de la empresa instaurada en el seno de la persona jurídica. Constituyen, pues, un sistema de control social empresarial necesario para el Estado y el Derecho Penal en su tarea de controlar la criminalidad³⁹.

Tal y como hemos señalado, estos Programas se configuran como una estrategia de defensa preventiva ante una eventual imputación penal; no obstante, se ha de advertir que no se erigen en un salvoconducto para la impunidad de la persona jurídica frente a la acción penal, lo que la Fiscalía advierte con relativa claridad. Resulta evidente que el éxito de los programas de *Compliance* depende de la eficacia del modelo procesal en el que se implementen y del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. La comunicación, la formación y sensibilización, la supervisión y la verificación son elementos esenciales a valorar en estos Programas.

En definitiva, los Programas de *Compliance* efectivos, lejos de los Programas meramente “cosméticos” o de cara a la galería, -de los que ya se ha alertado en alguna ocasión-, serán aquellos que proporcionan una adecuada formación a los empleados y Directivos, que permitan que las normas y protocolos internos sean realmente adecuados, y que consigan que el compromiso con los valores éticos permee toda la organización, generando e inculcando una auténtica cultura ética corporativa. Sus niveles de exigencia deberán ser elevados en materias que supongan un beneficio para la organización, en contraposición a aquellos casos donde el beneficio es puramente secundario, lo que, sin duda, contribuirá a mejorar la confianza y la credibilidad ante distintos operadores económicos como factor esencial de un adecuado funcionamiento del mercado.

³⁹ NIETO MARTÍN, A.: “Problemas fundamentales del cumplimiento...”, cit., p. 21.