

**ADVERTIMENT.** L'accés als continguts d'aquesta tesi queda condicionat a l'acceptació de les condicions d'ús estableties per la següent llicència Creative Commons:  [http://cat.creativecommons.org/?page\\_id=184](http://cat.creativecommons.org/?page_id=184)

**ADVERTENCIA.** El acceso a los contenidos de esta tesis queda condicionado a la aceptación de las condiciones de uso establecidas por la siguiente licencia Creative Commons:  <http://es.creativecommons.org/blog/licencias/>

**WARNING.** The access to the contents of this doctoral thesis it is limited to the acceptance of the use conditions set by the following Creative Commons license:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=en>



**Universitat Autònoma  
de Barcelona**

Facultad de Derecho  
Departamento de Ciencia Política y Derecho Público

Programa de Doctorado en Derecho Público y Filosofía  
Jurídico Política

Tesis doctoral:

***Compliance Program Penal y sus efectos en la  
exención y atenuación de la responsabilidad penal  
de la persona jurídica***

junio de 2017

Doctorando: Jaume Antich Soler

Director: Doctor Joan Baucells Lladós

*A mi padre por despertar en mí la curiosidad  
por el saber y el amor por las ciencias...*

*A Laura, Sophia y Jaume por su amor incondicional  
y  
por su infinita paciencia...*

*A Joan por todo lo que me ha enseñado... por creer y  
tener confianza en mí a lo largo de todo el desarrollo de la  
Tesis... por su apoyo constante, inasequible al desaliento, y  
por su dedicación...*

## RESUMEN

Desde la entrada en vigor en el año 2010 de la reforma que del Código Penal hizo la L.O. 5/2010, de 22 de junio, son numerosas las cuestiones que se han venido planteando en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el importante cambio de paradigma que ha supuesto.

Se constata la necesidad de crear una Teoría del Delito para las personas jurídicas, y en tal sentido nos postulamos a favor de que ésta se parezca en la mayor medida de lo posible a la existente para las personas físicas. Así, aprovechando el ingente acervo intelectual volcado a lo largo de más de tres siglos para el Derecho Penal de las personas físicas podrá levantarse una sólida Teoría del Delito para las personas jurídicas. Sin embargo, no puede hacerse un calco de otra, sino que habrá que adaptarse con gran flexibilidad a las particularidades que las personas jurídicas presentan, tomando siempre como rumbo el mantenimiento de las garantías y principios ordenadores del Derecho Penal.

La presente Tesis se ocupa de estudiar primero el *Compliance* como disciplina autónoma, como rama del saber específica que aúna distintas materias, luego se dedica al estudio del Sistema, el Modelo y el Fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España, y finaliza con el desarrollo de una investigación cualitativa siguiendo el método de las entrevistas semiestructuradas, para analizar los efectos eximentes y atenuantes de los *Compliance Programs*.

De manera que, tras la investigación entendemos que más allá de lo que dispone el Código Penal, no se determina como deben ser el contenido de los *Compliance Programs* para eximir de responsabilidad penal, pues el artículo 31 bis 5, así como del artículo 31 bis 2 y 3 del Código Penal han de ser objeto de un pormenorizado desarrollo que conlleva de facto un nivel de exigencia superior al que de una mera lectura de tales preceptos pudiera parecer.

En otro orden, podemos adelantar aquí la existencia de tres vías de exoneración de responsabilidad penal y de tres tipos de atenuantes para las personas jurídicas. Así la persona jurídica quedará exonerada por la anulación del Injusto de la persona física de cualquiera de las dos vías de imputación previstas en el artículo 31 bis 1 del Código Penal, también quedará exonerada en sede de Injusto por la concurrencia de una Causa de Justificación, y finalmente también podrá quedar exonerada en sede de Culpabilidad por la acreditación de una Causa de Exculpación.

En relación a los tres tipos de atenuantes cabe señalar que existen unas atenuantes *ex ante* vinculadas a las Causas de Justificación, unas atenuantes *ex post* vinculadas a la Cultura de Cumplimiento, y unas atenuantes procesales que son iguales para las personas físicas y las jurídicas.

## ABSTRACT

After the reform of the Criminal Code on 2010 (L.O. 5/2010, June 22th) many issues have been raised about the criminal responsibility of corporations and the change of the paradigm.

It is necessary to create a Crime Theory for corporations. It would be as similar as we have for people. On this way, we can take advantage of our heritage build for the last three centuries. However, it could not be like a simple copy, it should be adapted for particularities of corporations, taking care of the maintenance of the guarantees and principles of criminal law.

We study the Compliance as a discipline first, a branch of knowledge that brings together different subjects. After that, we study the System, the Model and the Foundation of the criminal liability in Spain for corporations. Finally, we develop a qualitative research with method of interviews to analyze the effects of the Compliance Programs as exempting and mitigation circumstances.

Thus, after this investigation we must understand that beyond the provisions of the Criminal Code there is a higher level of requirements. It is not determined how it should be the contents of the Compliance Programs to exempt of criminal responsibility. The “article 31 bis 5”, as well as “article 31 bis 2 and 3” of the Criminal Code must be the subject of a detailed development.

We can distinguish three ways of exemption from criminal responsibility and three types of mitigating circumstances for corporations. Thus, corporations could be exonerated by the nullification of the “Injustice” of both physical person provided at the “article 31 bis 1” of the Criminal Code. Also, the corporation could be exonerated by the nullification of the “Culpability”.

In relation of the three types of mitigation circumstances it should be noted that the first is an *ex ante* mitigation circumstances linked to the causes of justification. Furthermore, we have some of them *ex post* linked to the culture of Compliance, and finally we have the procedural mitigation circumstances as we have for natural persons and corporations.

## RESUM

D'ençà que va entrar en vigor l'any 2010 la reforma que del Codi Penal va fer la L.O. 5/2010, de 22 de juny, son nombroses les qüestions que s'han vingut plantejant al voltant de la responsabilitat penal de les persones jurídiques i l'important canvi de paradigma que ha suposat.

Es constata la necessitat de crear una Teoria del Delicte per a les persones jurídiques, i en aquest sentit ens postulem en favor de que aquesta s'assembli tant com sigui possible a l'existent per a les persones físiques. Així, aprofitant l'ingent patrimoni intel·lectual recollit al llarg de més de tres segles per al Dret Penal de les persones físiques podrà aixecar-se una sólida Teoria del Delicte per a les persones jurídiques. No obstant, no pot fer-se un calc d'altra, ja que haurà d'adaptar-se amb gran flexibilitat a les particularitats que les persones jurídiques presenten, prenent sempre com a rumb el manteniment de les garanties y principis ordenadors del Dret Penal.

La present Tesi s'ocupa d'estudiar primer el Compliance com a disciplina autònoma, com a branca del saber específica que junta diferents matèries, després es dedica a l'estudi del Sistema, el Model, i el Fonament de la responsabilitat penal de les persones jurídiques a Espanya, i finalitza amb el desenvolupament d'una investigació qualitativa seguint el mètode de les entrevistes semiestructurades, per tal d'analitzar els efectes eximts i atenuants dels *Compliance Programs*.

De manera que, després de la investigació entenem que més enllà d'allò que disposa el Codi Penal , no es determina com ha de ser el contingut dels Compliance Programs per tal d'eximir de responsabilitat penal, doncs l'article 31 bis 5, així com l'article 31 bis 2 y 3 del Codi Penal han de ser objecte d'un detallat desenvolupament que comporta de facto un nivell d'exigència superior al que d'una mera lectura de tals preceptes podria semblar.

Per altra banda, podem avançar aquí l'existència de tres vies d'exoneració de responsabilitat penal y de tres tipus d'atenuants per a les persones jurídiques. Així la persona jurídica quedarà exonerada per l'anul·lació de l'Injust de la persona física de qualsevol de les dues vies d'imputació, també podrà quedar exonerada en seu d'Injust per l'acreditació d'una Causa de Justificació, i finalment també podrà quedar exonerada en seu de Culpabilitat per l'acreditació d'una Causa d'Exculpatió.

En relació als tres tipus d'atenuants convé fer notar que existeixen unes atenuants *ex ante*, vinculades a les causes de justificació, unes atenuants *ex post*, vinculades a la Cultura de Compliment, i unes atenuants processals que son iguals per a les persones físiques i jurídiques.

## **ÍNDICE.....5**

*Abreviaturas.....10*

*Introducción.....12*

### **PRIMERA PARTE: COMPLIANCE PENAL Y EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.**

|   |
|---|
| <i>1. Aproximación al Compliance y otros conceptos afines.....18</i>  |
| <i>    1.1 Concepto de “Compliance”.....18</i>  |
| <i>    1.2 Delimitación con conceptos afines: “Compliance”-“Compliance penal”; “Compliance”-“Compliance Program”.....19</i> |
| <i>    1.3 Materias de cumplimiento.....29</i>  |
| <i>    1.4 Los pilares básicos del “Compliance”.....38</i>  |
| <i>2. Elementos esenciales de un “Compliance Program penal”.....41</i>  |
| <i>    2.1 Elaboración de un Compliance Program penal.....43</i>  |
| <i>    2.2 Implementación de un Compliance Program penal.....46</i>   |
| <i>    2.3 Contenido de un Compliance Program penal.....47</i>  |
| <i>        a) Mapa de riesgos.....48</i>  |
| <i>        b) Protocolos de adopción de decisiones.....61</i>   |
| <i>        c) Recursos financieros adecuados.....73</i>   |
| <i>        d) Canales de denuncia.....76</i>  |
| <i>        e) Códigos éticos y sanciones disciplinarias.....102</i>   |
| <i>        f) Verificación periódica.....106</i>  |
| <i>3. Compliance Program penal y exención de la responsabilidad penal en el derecho comparado.....117</i>                   |
| <i>    3.1 EEUU.....118</i>   |
| <i>    3.2. Italia.....123</i>  |
| <i>    3.3. Chile.....126</i>   |
| <i>    3.4. Alemania.....126</i>  |
| <i>    3.5. Austria.....129</i>   |
| <i>    3.6. España.....132</i>  |

## **SEGUNDA PARTE: FUNDAMENTO Y EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA.**

|  |     |
|--|-----|
| 1. <i>El sistema de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el código penal español</i> .....   | 141 |
| 1.1. <i>Elementos del sistema</i> .....  | 141 |
| a) <i>un sistema de doble vía</i> .....  | 142 |
| b) <i>un sistema de responsabilidad penal acumulativa, pero a la vez independiente</i> .....   | 146 |
| c) <i>responsabilidad penal directa</i> .....  | 147 |
| d) <i>un sistema de sujetos activos limitados</i> .....  | 148 |
| e) <i>un sistema de numerus clausus de delitos por los que responden las personas jurídicas</i> .....  | 151 |
| f) <i>un sistema de penas propio</i> .....   | 163 |
| g) <i>un sistema con sus propias reglas de determinación de la pena</i> .....  | 169 |
| h) <i>un sistema blindado para evitar su burla</i> .....   | 170 |
| i) <i>un sistema con sus propias reglas de responsabilidad civil ex delicto</i> .....  | 170 |
| j) <i>un sistema con sus propias reglas procesales</i> .....   | 172 |
| k) <i>un sistema con medidas cautelares propias</i> .....  | 173 |
| l) <i>un sistema de eximentes y atenuantes propias</i> .....   | 175 |
| 1.2. <i>Algunos presupuestos del sistema para el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas</i> .....                      | 178 |
| 2. <i>El modelo de responsabilidad penal de las personas jurídica escogido en el código penal español en relación al derecho comparado</i> ..... | 179 |
| 2.1. <i>Modelo de heteroresponsabilidad</i> .....  | 180 |
| 2.2. <i>Modelo de autoresponsabilidad</i> .....  | 191 |
| 2.3. <i>Modelo mixto</i> .....   | 200 |
| 2.4. <i>Algunas conclusiones sobre el modelo español: hacia un modelo de autoresponsabilidad</i> .....   | 205 |
| 3. <i>Fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español</i> .....                                      | 208 |
| 3.1. <i>Introducción: hacia una teoría del delito de la persona jurídica</i> .....   | 208 |
| 3.2. <i>Propuestas de Injusto y Culpabilidad propios de la persona jurídica</i> .....  | 211 |
| a) <i>La teoría constructivista</i> .....  | 212 |

|   |     |
|---|-----|
| b) Teorías basadas en el defecto de organización como presupuesto del Injusto y Culpabilidad por falta de Cultura de Cumplimiento en el momento del hecho .....   | 220 |
| c) Teorías del hecho de referencia o de conexión y Culpabilidad por el defecto de organización.....   | 226 |
| d) Teorías de Injusto y Culpabilidad propias sustentado en la concepción significativa de la acción.....  | 232 |
| e) El hecho de conexión de la persona física como condición objetiva de punibilidad, Injusto propio de la persona jurídica por defecto de organización y Culpabilidad por permanente organización defectuosa más o menos grave..... | 234 |
| f) Teorías de Injusto como acción propia ex ante de la persona jurídica y Culpabilidad por defecto de organización .....  | 237 |
| 3.3. Propuestas de estado de Injusto y sin Culpabilidad propias .....   | 240 |
| 3.4. Propuestas de Injusto de la persona física y Culpabilidad de la persona jurídica.....  | 242 |
| 3.5. Propuestas con Injusto y Culpabilidad de la persona física y defecto de organización como condición objetiva de punibilidad.....   | 243 |
| 3.6. Propuestas con Injusto por defecto de organización y sin Culpabilidad...245  |     |
| 3.7. Propuestas de fundamento similar al derecho internacional: Offense vs. Defense.....  | 247 |
| 3.8. Conclusión: una propuesta de Injusto propio y Culpabilidad propios....249  |     |
| a) Presupuestos.....  | 249 |
| b) El Injusto de la persona jurídica.....   | 251 |
| c) La Culpabilidad de la persona jurídica.....  | 255 |
| d) Consecuencias sistemáticas y procesales .....  | 260 |
| 4. Exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas .....   | 261 |
| 4.1. Por concurrencia de una causa de exención en la persona física .....   | 263 |
| a) Error de tipo.....   | 264 |
| b) Causas de justificación.....   | 266 |
| c) Causas de exculpación.....   | 268 |
| d) La no punibilidad de la persona física.....  | 270 |
| e) La extinción de la responsabilidad penal de la persona física.....   | 273 |

|  |     |
|--|-----|
| 4.2. Por concurrencia de una causa de exención en la persona jurídica.....   | 275 |
| 4.2.1) La exclusión del Injusto de la persona jurídica: la implementación de un “Effective Compliance Program” como “exclusión del defecto de organización”..... | 277 |
| a). En la primera vía de conexión.....   | 280 |
| b). En la segunda vía de conexión.....   | 299 |
| 4.2.2) La exclusión de la Culpabilidad de la persona jurídica: La implementación de una “Cultura de Cumplimiento” .....  | 301 |
| 5. La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.....  | 306 |
| 5.1. Las atenuantes propias de la persona jurídica.....  | 306 |
| 5.1.1 Atenuantes <i>ex ante o coetáneas</i> , del artículo 31 bis 2 último párrafo del CP.....   | 306 |
| 5.1.2 Atenuantes <i>ex post</i> , del artículo 31 quater del Código Penal, vinculadas a las causas de excusación de la PJ.....                                   | 315 |
| 5.1.3 La circunstancia atenuante de dilaciones indebidas.....  | 325 |
| 5.2. La atenuación del injusto: la acreditación parcial del “Effective Compliance Program”.....  | 307 |
| 5.3. La atenuación de la Culpabilidad: la acreditación parcial de la implementación de una “Cultura de Cumplimiento” .....                                       | 315 |

### **TERCERA PARTE: INVESTIGACIÓN CUALITATIVA**

|  |     |
|--|-----|
| 1. Concepto de Investigación Cualitativa.....  | 327 |
| 2. Breve historia de la Investigación Cualitativa.....   | 329 |
| 3. Los métodos de la Investigación Cualitativa.....  | 331 |
| 4. El diseño de las investigaciones.....   | 335 |
| 5. Las entrevistas semiestructuradas.....  | 355 |
| 6. Porque aplicar la Investigación Cualitativa en este trabajo.....                              | 341 |
| 6.1 Las necesidades de la investigación .....  | 341 |
| 6.2 Características y límites de la investigación cualitativa.....                               | 343 |
| 6.3 Diferencias con la Investigación cuantitativa. Ventajas de la Investigación Cualitativa..... | 344 |

|  |            |
|--|------------|
| 7. Punto de partida y objetivos .....  | 346        |
| 8. Las personas entrevistadas y el contexto .....  | 347        |
| 9. Desarrollo y conclusiones .....   | 348        |
| 9.1. Sobre el impacto del sistema de RPPJ y su futura evolución .....  | 348        |
| 9.2 Sobre cuál es el contenido que ha de tener un Compliance Program para eximir de RPPJ .....   | 350        |
| 9.2.1) «1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos».....   | 350        |
| 9.2.2) «2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos»..... | 358        |
| 9.2.3) «3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos».....  | 359        |
| 9.2.4) «4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención».....                                     | 361        |
| 9.2.5) «5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo».....   | 365        |
| 9.2.7) Sobre Principios esenciales de un buen sistema de Compliance .....  | 366        |
| 9.2.8) Sobre la valoración de los Compliance Programs. Compliance Programs de “maquillaje” y Compliance Programs Penales Efectivos .....   | 376        |
| 9..3 Certificaciones .....   | 376        |
| 9.4 Sobre la Función de Compliance .....   | 377        |
| 9.5 Acerca de la cuestión de Compliance Program global o solo Compliance Program Penal .....   | 379        |
| <b>CONCLUSIONES .....</b>  | <b>383</b> |
| <b>BIBLIGRAFÍA .....</b>   | <b>387</b> |

## **ABREVIATURAS**

AAP: Auto de la Audiencia Provincial

AEPD: Agencia Española de Protección de Datos

*Ad. Ex./Ad Exemplum:* Por ejemplo

Art.: Artículo

Cc: Código Civil

CCo: Código de Comercio

CE: Constitución Española

*Cfr.:* Confróntese

Cit.: Citado

coord./s: coordinador/es

CP: Código Penal

CP: Código penal

dir./s: director/es

ECP: *Effective Compliance Program*

Ed.: Editorial

EEUU: Estados Unidos de América

*Ibid:* en el mismo lugar

L.O.: Ley Orgánica

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LeCrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LO: Ley Orgánica

LOPD: Ley Orgánica de Protección de Datos

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

LPRL: Ley de Prevención de Riesgos Laborales

LRJPAC: Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

LRPM: Ley Orgánica de Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores

LSC: Ley de Sociedades de Capital

MOG: Modelos de Organización y Gestión

Nº: Número

Núm.: Número

*Op. Cit.*: Obra citada

*Loc. Cit.*: Lugar citado

p./pp.: Página/s

PJ: Persona Jurídica (Personas Jurídicas)

RDL: Real Decreto Legislativo

RPPJ: Responsabilidad penal de las personas jurídicas

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

ss: Siguientes

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TR: Texto Refundido

UE: Unión europea

*Vid.*: Véase

## INTRODUCCIÓN

Parece que fue ayer que leímos en el BOE el cambio de paradigma kuhndiano que se avecinaba, y seguramente muchos ya alcanzaron a ver la importancia que iba a suponer, tanto para el Derecho Penal como para otras áreas del Derecho como el Derecho Laboral, Mercantil, Administrativo y Procesal. La legislación de 2010, ya apuntaba elementos que debían ser tomados en consideración a la hora de analizar la RPPJ, sin embargo, adolecía de la concreción necesaria en determinados aspectos y conceptos, y dejaba abierta a interpretaciones muy diversas todo lo relativo a su fundamento, modelo y vías de exoneración y atenuación de responsabilidad penal. Posteriormente, con la reforma de 2015, y la aparición de algunas sentencias en la materia parece despejarse el horizonte para poder clarificar las cosas. No en vano la doctrina ha hecho un importante esfuerzo para dar encaje al ordenamiento una necesidad apremiante, el desarrollo dogmático de una Teoría del Delito para las PJ, y desde entonces han sido muchas las ricas aportaciones al acervo de la RPPJ.

Sin embargo, queda aún un largo camino por hacer en este nuevo horizonte del Derecho Penal de la RPPJ. Pues a la complejidad que supone instalar una ficción del derecho, como es la PJ en un campo como el Derecho Penal, que se caracteriza por ser precisamente un “edificio” muy trabajado, desarrollado desde hace más de 3 siglos, en el que la persona física era el único sujeto posible capaz de cometer delitos, todavía quedan importantes voces que se resisten a aceptar a este cambio de paradigma que haría añicos el conocido brocado *Societas delincuere non potest*.

Así, en la línea de profundizar en las cuestiones más problemáticas, este trabajo tiene por objeto analizar de qué manera se concibe la exoneración y la atenuación de la RPPJ, tomando en cuenta el sistema, el modelo, y el fundamento de la RPPJ en el código penal español. Para ello, entendemos que resulta necesaria la creación de una Teoría del Delito de las PJ, en la que todas las aportaciones intelectuales, sean en un sentido u otro, han contribuido a enriquecer y a hacer avanzar dicho reto. Ya adelantamos en estas líneas que creemos necesario que la fundamentación de RPPJ se parezca en la medida en la que ello sea posible a la prevista para las personas físicas. Así, entendemos necesario conservar las categorías dogmáticas de Injusto y Culpabilidad.

En nuestra investigación partimos de la base de que las categorías de Injusto y Culpabilidad de la PJ se forman del mismo modo que las de las personas físicas. Es decir, principalmente a través de la configuración de las circunstancias o causas que bien justifican y por lo tanto exoneran de responsabilidad (eliminando el Injusto), bien por qué existen causas de exculpación (que eliminan la Culpabilidad). Es en esa construcción a través de su reverso en negativo como se deben configurar las categorías dogmáticas de Injusto y Culpabilidad. Por lo tanto, en la medida que la reforma penal de 2015 ha introducido como eximido de la RPPJ haber “*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*” en este trabajo analizamos los *Programa de cumplimientos* y los contenidos que ha de tener para que se acredite la inexistencia de un defecto de organización, lo cual tendrá como consecuencia la eliminación del Injusto, y por lo tanto de la RPPJ. También analizamos como se construye la Cultura de Cumplimiento, y la relación que el *Programa de cumplimiento (o Compliance Program)<sup>1</sup>* tiene en ello, de tal suerte que acreditada que esté una Cultura de Cumplimiento y de fidelidad al Derecho, puede llegar a exculpar a la PJ. Puesto que una PJ a pesar de no tener un *Programa de cumplimiento penal efectivo (o también llamado Effective Criminal Compliance Program, Effective Compliance Program Penal, entre otra)* puede acreditar una cultura de cumplimiento.

En la línea de lo expuesto, esta tesis pretende concretar qué es lo que requiere un *Programa de cumplimiento penal* para que, siendo considerado eficaz, exima de RPPJ, así como determinar qué elementos hay que tomar en consideración en la valoración de los mismos ante un hecho criminal.

El método de investigación que hemos seguido contiene, de un lado, una aproximación a los conceptos de “cumplimiento” (o Compliance) y delimitación de otros afines, como “cultura de cumplimiento” (que a menudo se llama Cultura de Compliance) o “cumplimiento penal” (que algunos autores llaman Compliance penal), tan imprescindibles para el abordaje del objeto de la tesis. Dedicaremos además un apartado a desarrollar una serie de conceptos nuevos, que de forma directa o indirecta ha venido a introducir el legislador y que debe ser tenido en cuenta. Así, conceptos como “*Compliance Officer*” (o Responsable de Cumplimiento), “Defecto de

---

<sup>1</sup> En este trabajo utilizaremos tanto la expresión *Compliance Program*, como la de Programa de Cumplimiento, indistintamente, e incluso avanzaremos hasta utilizar el de Sistema de Gestión de Compliance Penal.

Organización”, “Cultura de Compliance”, entre otros, serán desarrollados para su mejor comprensión y encaje en nuestro sistema.

El trabajo continúa con una parte de investigación jurídica, siguiendo un método más tradicional de investigación a través del análisis de los textos legales, la jurisprudencia, y la dogmática existente en la materia sobre aspectos clave como la sistemática de la RPPJ en España, los modelos existentes de RPPJ en el derecho comparado y la determinación del modelo español, así como la fundamentación de la RPPJ en el Código Penal español. Investigación que nos lleva a la conclusión contenida en nuestra propuesta de un Injusto propio y una Culpabilidad propia para la PJ, con sus consecuencias sistemáticas y procesales. Luego, una vez delimitados estos importantes aspectos, y siguiendo la misma metodología, abordamos la exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, así como su atenuación. Con todo ello realizado, ya podemos entrar a conocer a fondo lo relativo a los *Compliance Programs* efectivos, partiendo de lo expuesto por el propio Código Penal, pero yendo más allá, yendo a aquello que hoy en día ya se impone, de una u otra forma, en el diseño, implementación, actualización, y valoración de los *Programa de cumplimientos* para ser considerados efectivos. Conviene señalar que, para acercarnos a una materia tan nueva, por un lado, y a la vez tan compleja conviene tener en cuenta la existencia de normas internacionales, la preexistencia de precedentes del Cumplimiento y la cristalización de la legislación en España con su evolución.

En este sentido debemos tener en cuenta las normas emanadas desde NNU, como el Convenio de Siracusa sobre Delincuencia Organizada de Naciones Unidas, y el Convenio de Mérida sobre la Corrupción, desde el Consejo de Europa la Recomendación 18/88, de 20 de octubre, del Comité de Ministros de los Estados Miembros, desde la Unión Europea, las distintas Decisiones Marco, así como de qué forma las han desarrollado países como Austria, Bélgica, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Holanda Polonia, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza, teniendo en cuenta también el Corpus Iuris para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea.

A nivel nacional, debemos atender a la forma en cómo se ha venido introduciendo la RPPJ, así veremos que ya se habla de RPPJ en el año 2003, que la primera vez que aparece la PJ como sujeto del delito es en el año 2010<sup>2</sup>, las modificaciones y

---

<sup>2</sup> VII “Se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las

ampliaciones que efectuaron las leyes como la LO 7/2012, de 27 diciembre, y la del contrabando, hasta que llegamos a la LO 1/2015. También debemos tener en cuenta las sentencias tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales, y alguna muy significativa de los Juzgados Penales y de Instrucción.

Finalmente, hay que distinguir entre los fundamentos de la RPPJ, los modelos de RPPJ, y el sistema de RPPJ, a fin de poder situarnos mejor en el plano dogmático, y poder realizar un análisis más ajustado a la realidad. El orden que seguiremos es importante, por cuanto cada capítulo estudiado viene a constituir un elemento básico a tener en cuenta para el siguiente. Así empezaremos con el estudio del Sistema de RPPJ español, para continuar con el análisis del modelo de RPPJ en nuestro Código Penal, y tras ello abordaremos el fundamento de la RPPJ. En el capítulo dedicado al sistema.

En otro orden, el modelo de RPPJ que establece nuestro Código Penal ha sido objeto de amenos debates que han llegado incluso hasta nuestros más altos Tribunales.

---

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...). Esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea.

Para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha optado por establecer una doble vía. Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación.

Se deja claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física. En consecuencia, se suprime el actual apartado 2 del artículo 31.

En este ámbito se concreta un catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas, añadiéndose - respecto a las hasta ahora denominadas consecuencias accesorias (disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos...)-, la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social. Se opta en este punto por el sistema claramente predominante en el Derecho comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición, según el cual la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas sólo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo artículo 66 bis. Igualmente, se tiene en cuenta el posible fraccionamiento del pago de las multas que les sean impuestas a las personas jurídicas cuando exista peligro para la supervivencia de aquellas o la estabilidad de los puestos de trabajo, así como cuando lo aconseje el interés general. Además, se regulan taxativamente los supuestos de atenuación de la responsabilidad de las personas jurídicas, entre los que destacan la confesión de la infracción a las autoridades, la reparación del daño y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro puedan cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

En este apartado, al objeto de evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda ser burlada por una disolución encubierta o aparente o por su transformación, fusión, absorción o escisión, se contienen previsiones específicas donde se presume que existe la referida disolución aparente o encubierta cuando aquélla continúe con su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, trasladándose en aquellos casos la responsabilidad penal a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y extendiéndose a la entidad o entidades a que dé lugar la escisión.”

Podemos decir al respecto que no existe en España, a día de hoy, una postura pacífica e incontrovertida ni sobre el modelo ni tampoco sobre el fundamento de la RPPJ. En este sentido la trascendental STS 154/2016, de 29 de marzo, del pleno, señaló: “*En pocas materias como la que ahora nos ocupa las soluciones dogmáticas son tan variadas. El debate parece inacabable y el hecho de que algunos autores que han abanderado las propuestas más audaces a la hora de explicar la responsabilidad penal 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*”. En este sentido, en la fundamentación de la RPPJ, la concepción de Injusto y Culpabilidad viene determinada, por los elementos que las anulan. Y la concepción de Injusto y Culpabilidad tiene a su vez importantes consecuencias tanto en las vías de exoneración y atenuación de RPPJ, como procesales. Para poder proceder al estudio de la fundamentación de la RPPJ, es necesario tener en cuenta los elementos que configuran el sistema, así como determinar el modelo de RPPJ. Veamos pues, a continuación, el Sistema de RPPJ en el España.

Esta primera parte, aporta, sin duda, una clara y fundamentada respuesta a la pregunta que trae objeto esta Tesis. Más, ésta se ve complementada, enriquecida, e incluso transformada a través de una segunda investigación realizada con el método de investigación cualitativa. Así, en esta segunda parte, mediante entrevistas a profesionales con amplia experiencia en distintos sectores, nos acercamos, al concreto devenir y proceder, al conocimiento en profundidad, de primera mano, de la Función de *Cumplimiento*, del *Programa de cumplimiento*, de su diseño e implementación, de su actualización, y de su valoración. Para este interesante cometido hemos contado con la participación de Especialistas en Diseño de *Programa de cumplimientos*, Fiscales especialistas en Delitos Económicos encargados de la valoración de dichos *Programa de cumplimiento*, bien en Diligencias preprocesales, bien en instrucción o incluso en el Juicio Oral. También hemos contado con *Compliance Officers*, concretamente con un *Chief Compliance Officer*. El método de investigación cualitativa permite al investigador conocer de primera mano la auténtica realidad que se esconde más allá de lo que puede estar permitido conocer a través de una explicación del “laboratorio jurídico”. Ello se consigue con la confidencialidad y anonimato de los participantes, quienes pueden exponer con total libertad lo que ven, lo que oyen, lo que viven, y lo que piensan en relación a los *Programa de cumplimientos*, la RPPJ, y su quehacer profesional. El sistema de entrevista abierta permite acceder a un conocimiento que de

otra forma nos estaría vetado. Y dicho conocimiento es del máximo interés con importantes efectos en esta investigación. Dicho de otra manera, sin la aplicación de esta metodología de investigación cualitativa - muy utilizada además en la investigación sociológica-, no habríamos accedido al citado conocimiento específico, y las conclusiones a las que habríamos llegado serían sustancialmente distintas en muchos aspectos.

## **PRIMERA PARTE: COMPLIANCE PENAL Y EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.**

### **1. Aproximación al “Compliance” y otros conceptos afines.**

#### **1.1. Concepto de Compliance<sup>3</sup>.**

Mencionaba SIEBER<sup>4</sup> que la aparición de conceptos como *Programa de cumplimientos, Risk Management, Value Management* y *Corporate Governance, Business ethics, Integrity Codes, Codes of Conduct* y *Corporate Social Responsibility* si bien han venido a describir nuevos conceptos de dirección empresarial, a pesar de tener objetivos y procedimientos distintos “*ni se pueden diferenciar entre ellos de manera precisa ni tampoco es posible definirlos claramente*”.

En nuestra opinión existe un gran elenco de conceptos jurídicos que no vienen determinados en el Código Penal, e incluso algunos que son indeterminados. Ello puede provocar cierta inseguridad jurídica si no son bien delimitados, y en cualquier caso debe rehuirse todo atisbo de incertidumbre que pueda afectar a la PJ en su camino al cumplimiento normativo y la cultura de Cumplimiento.

Por ello, entendemos necesario clarificar conceptos. Así una primera aproximación al término sería que por “Compliance” (Cumplimiento normativo) entendemos un conjunto de elementos que configuran un área del saber relacionado con la forma de proceder correctamente las personas físicas y las personas jurídicas en aras de respetar todo el conjunto normativo existente, tanto de *hard law* como de *soft law*. Además, el “Compliance” contiene un trasfondo más filosófico-espiritual, de principios

---

<sup>3</sup> La dogmática española utiliza indistintamente el término *Compliance* y el de Cumplimiento, o Cumplimiento Normativa que tal vez sería más correcto. Nosotros utilizaremos ambos, aunque principalmente el término *Compliance* por cuanto entendemos es más específico de un área concreta del saber, se utiliza dicha terminología en las normas UNE e ISO. Ello sin perjuicio de que se pueda hablar tanto de *cultura de Compliance* como de *Cultura de Cumplimiento*. Además, a efectos de homogeneización a nivel internacional conviene empezar a utilizar los mismos conceptos y la misma terminología a fin de facilitar ese futuro proceso. Por ello, y por la futura evolución que prevemos del *Compliance*, nosotros seríamos más partidarios de utilizar el término original en inglés. Del mismo modo somos más partidarios de la expresión sistema de *Compliance* que sistema de cumplimiento normativo, y *Compliance Program* nos gusta más que *Programa de Cumplimiento*, y ello por cuanto la referencia a esa terminología parece concretar más el contenido de aquello a lo que nos referimos, pues un programa de cumplimiento parece algo más genérico, y ello sin perjuicio de utilizar el de *Cumplimiento normativo* bien cuando autores los citen o bien cuando por el contexto de la explicación pueda ser conveniente su uso.

<sup>4</sup> SIEBER, U., “Programas de *cumplimiento* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, AAVV ARROYO ZAPATERO, L., - NIETO MARTÍN, A. (dirs.) –*El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 65.

y valores, vinculado con la Ética. Es decir, una nueva forma de conducirse y de conducir la persona jurídica en su ámbito de actividad.

Veamos ahora con más detenimiento y profundidad estos nuevos conceptos.

## **1.2 Delimitación con conceptos afines: “Compliance-Compliance penal”; “Compliance-Compliance Program”.**

Son frecuentes las confusiones<sup>5</sup> por asimilaciones entre los conceptos de cumplimiento y cumplimiento penal, así como programa de cumplimiento y cumplimiento. Por ello, en las próximas líneas vamos a fijar con claridad cuáles son estos conceptos y como se delimitan. Así *Compliance Program* quedaría más delimitado al concepto de programa de cumplimiento (concreto y objetivo), pudiendo usar el vocablo *Compliance* para referirnos a él (como forma abreviada de denominarlo). Sin embargo, *Compliance* puede abarcar mucho más, refiriéndose a todo el conjunto de acciones y programas de una PJ en aras de implementar una auténtica cultura de cumplimiento y fidelidad al Derecho, así como también puede hacer referencia a todo lo que afecte al cumplimiento normativo, y a la Función de Cumplimiento (por ejemplo, el *Compliance Officer*)<sup>6</sup>.

Otra importante cuestión es la relativa a tomar un concepto amplio de *Compliance* o estrictamente vinculado a la RPPJ. Y si *prima facie* pudiera parecer que debemos acotarnos estrictamente a aquello que solo afecta a la RPPJ, en esta obra

---

<sup>5</sup> Así por ejemplo ENSEÑAT DE CARLOS, S., recuerda las diferencias entre *Compliance* y Asesoría Jurídica, así como entre *Compliance* y Auditoría interna. En el primer caso pone el claro ejemplo de protección de la propiedad industrial en el que el Abogado de la PJ pensará en medidas para evitar la vulneración por terceros y el *Compliance Officer*, pensará en medidas para evitar que los empleados de la PJ puedan vulnerar la propiedad industrial de terceros. En relación a la segunda diferenciación señala las siguientes diferencias: 1) “*La monitorización de Cumplimiento supervisa únicamente los controles y riesgos de Cumplimiento, mientras que Auditoría Interna supervisa todos los controles, procesos y áreas de la organización, incluida la propia función de Cumplimiento*”. 2) “*La monitorización de Cumplimiento se lleva a cabo con mayor inmediatez al posible riesgo o incumplimiento, mientras que las revisiones de Auditoría Interna generalmente ocurren tiempo después de que haya sucedido el hecho*”. 3) “*La monitorización de Cumplimiento se realiza de forma más frecuente y continua, permitiendo que se identifiquen los problemas de forma temprana y que se corrijan antes de que el problema se agrave y conduzca a un incumplimiento, mientras que las revisiones de Auditoría Interna generalmente detectan las deficiencias cuando el riesgo o el incumplimiento ya se ha producido*.” 4) “*Los miembros de la función de Cumplimiento, manteniendo su independencia, pueden, y deben, participar en el diseño de las políticas, los procedimientos y los controles, mientras que los miembros de Auditoría Interna son personas totalmente independientes del negocio*”. Op. Cit., p. 30 y ss.

<sup>6</sup> Ello lo vemos en “cursos de *Compliance*”, “Asociaciones de *Compliance*”, “Sección de *Compliance*” de Colegios profesionales, así como en títulos de libros, artículos, etc.

defendemos la necesidad de no desechar todo aquello que pudiera venir a acreditar una cultura de cumplimiento (o de Compliance) arraigada y viva en la PJ a efectos de una ulterior valoración con importantes consecuencias.

Así, si bien para algunos autores como SÁIZ PEÑA<sup>7</sup> que abogan por un concepto más amplio de *Compliance*, la dogmática penalista en general ha venido delimitando el concepto de Compliance como la abreviación de *Compliance Program* (Programa de cumplimiento) y referido al ámbito penal en la RPPJ. Ésta solo se centraría en la exclusiva prevención de riesgos penales para evitar la responsabilidad penal de la persona jurídica, siendo lo relativo a otros ámbitos un “algo más” que no está de más.

Para VELASCO NÚÑEZ y SAURA ALBERDI<sup>8</sup>, el “*Compliance*” como concepto general “*se refiere al cumplimiento normativo, a la cultura de ética corporativa y al sometimiento a la ley en cualquiera de sus ámbitos por parte de las empresas. De manera que dicho término incluye desde la normativa de otros países para impedir situaciones de cohecho o blanqueo de capitales en las transacciones internacionales, hasta cualquier tipo de normas dirigidas a la persona jurídica de las que en nuestro país regulan su funcionamiento, incluyendo los riesgos penales, laborales, etc.*”

En nuestra opinión la vinculación del “*Compliance Program Penal*<sup>9</sup>” con un *Compliance Program* más amplio, global, que abarca la prevención no solo de riesgos penales sino también administrativos y el cumplimiento de estándares internacionales, es cada vez mayor. De un lado, la remisión a otros ordenamientos en el Código Penal conduce con mucha frecuencia a situaciones donde, como señala NIETO MARTÍN, la infracción administrativa constituye la antesala de la infracción penal. Además, en la valoración de los *Compliance Programs Penales* ya se apunta a la revisión del historial de infracciones, aunque no sean penales, en esa área concreta de la PJ.

Desde la perspectiva de SÁIZ PEÑA debemos coincidir con él en que el concepto “*Compliance*” ha venido siendo definido de diferentes formas abarcando

---

<sup>7</sup> SÁIZ PEÑA, C.A., *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015. p. 37 y ss. También, desde esa perspectiva debemos coincidir con las 5 grandes confusiones que se han venido dando entorno al Cumplimiento y que de forma precisa aclara este autor (*vid et cfr. pp. 29 a 45*).

<sup>8</sup> VELASCO NUÑEZ, E. – SAURA ALBERDI, B., *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y Compliance*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 35.

<sup>9</sup> También llamado de otras formas como *Criminal Compliance Program*, o Programa de Cumplimiento Penal, y por nuestro legislador “Modelos de Organización y Gestión”, aunque todos estos quieren decir lo mismo.

distintos contenidos, si bien con un denominador común el cumplimiento normativo. ENSEÑAT DE CARLOS<sup>10</sup>, desde esa perspectiva más global dice que un Programa de Compliance es un documento detallado en el que se explica cómo se van a llevar a cabo en la organización los compromisos y las obligaciones que han establecido en la Política de Compliance. Y éste ha de incluir el conjunto de elementos necesarios para hacer realidad la eficacia de los compromisos adquiridos y cumplir con los requisitos exigidos.

Resulta también interesante la definición que acuña ARTAZA VARELA<sup>11</sup> para quien el Programa de Cumplimiento “*consiste en el conjunto sistemático de esfuerzos llevados a cabo por los integrantes de la empresa tendentes a asegurar que las actividades llevadas a cabo por ésta no vulneren la legislación aplicable*”.

Otra perspectiva nos la da CARRAU CRIADO<sup>12</sup>, quién lo entiende como “*el sistema de prevención de incumplimientos normativos que se establece en una organización con la finalidad de determinar los eventos de riesgos de que se produzcan, sistematizar su detección, procurar su control, y arbitrar las medidas a adoptar ante su ocurrencia*”.

Desde un punto de vista más estrictamente penalista tenemos otras definiciones como la elaborada por PASCUAL CADENA<sup>13</sup>, quien define el *Compliance* como un sistema jurídico creado para la prevención de los riesgos penales de la empresa o persona jurídica; en otras palabras, el plan de prevención de los delitos imputables a una persona jurídica. Teniendo como *Plan*<sup>14</sup> todo el sistema montado en cuando a la prevención de los riesgos penales o delitos, y constará de los seis elementos básicos siguientes: 1. Código de conducta; 2. Procedimientos de detección de los delitos; 3. Procedimientos de actuación corporativa; 4. Procedimiento de denuncias; 5. Procedimientos de control, detección y prevención; 6. Procedimientos de reparación, sanción, modificación y revisión.

---

<sup>10</sup> ENSEÑAT DE CARLOS, S., *Manual del Compliance Officer. Guía práctica para los responsables de Compliance de habla hispana*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p.36 y ss.

<sup>11</sup> ARTAZA VARELA, O., *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites*, Marcial Pons, 2013, Barcelona, p. 118 y ss.

<sup>12</sup> CARRAU CRIADO, R., *Compliance para Pymes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 9.

<sup>13</sup> PASCUAL CADENA, A., *El Plan de Prevención de Riesgos Penales y Responsabilidad Corporativa*, Editorial Wolter Kluwer S.A., Barcelona, 2016, p. 21.

<sup>14</sup> *Vid infra.* en Contenido de un *Compliance Program*, las distintas posiciones entorno a los elementos esenciales de éstos.

Interesantes son también las definiciones que dan otros autores, como GALLEGOS SOLER<sup>15</sup> que dice que se pueden considerar “*como un conjunto de deberes de actuación y reglas técnicas que tiene que reflejar el ‘estado de la ciencia’ en relación con la diligencia debida de una persona jurídica determinada en aras da la evitación de la lesión de bienes jurídico-penales que se encuentren en su esfera de actuación (interna y externa)*”. Especificando como destino de ello el control de los riesgos de la PJ. Por otro lado, DE VICENTE MARTÍNEZ<sup>16</sup> define los Programas de cumplimiento o programas de cumplimiento normativo como “*modelos de organización y gestión con efecto exonerador de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, que “*comportan exigencias de naturaleza societaria, propia estructura orgánica corporativa, requieren un alto grado de desarrollo y tienen una evidente finalidad preventiva*”. No tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial”.

Como vemos distintos son los enfoques y matices en las distintas definiciones que se van dando entorno a los conceptos de *Compliance Program* y *Compliance Program Penal*. El *Compliance Program Penal*, es el referido en los artículos 31 bis .2.1<sup>a</sup>, 31 bis. 4, y 31bis.5 del CP, dónde se les llama Modelos de Organización y Gestión.

Otro concepto que requiere una definición es el de la Función de Cumplimiento, referida al órgano de supervisión y control, con poderes autónomos de iniciativa y control sobre las obligaciones que señala el artículo 31 bis del CP. es aquella que se refiere a la que realizan empleados de la PJ especializados, es una forma de llamar a los *Compliance Officers*, *Chief Compliance Officers*, etc., pudiendo referirse a la que realiza un solo empleado (según el tipo de PJ), o puede referirse también a la que realiza todo un Comité de Cumplimiento Multifuncional en una organización.

Un Sistema de Compliance, o Sistema de Cumplimiento es pues todo el conjunto que conforma tanto el *Programa de cumplimiento* (o la suma de todos los Programa de cumplimientos de la PJ), así como todo lo relativo a la *Función de Cumplimiento (Compliance Officer)*, visto como un sistema de gestión que lo integra todo.

---

<sup>15</sup> GALLEGOS SOLER, J-I., “Criminal Compliance y Proceso penal: reflexiones iniciales”, AAVV MIR PUIG, S. – CORCOY BIDASOLO, M. – GÓMEZ MARTÍN, V., (dirs.) y HORTAL IBARRA, J.C. – VALIENTE IVAÑEZ, V. (coords.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014, p. 216.

<sup>16</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Vademécum de Derecho Penal*, 4º Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 89.

Respecto del concepto de Código Ético, también conocido como código de conducta, conviene señalar que no debe ser confundido con el *Compliance Program*. Para ENSEÑAT DE CARLOS<sup>17</sup>, el Código Ético constituye el núcleo en torno al cual se construye el modelo de prevención de Cumplimiento, y debe desarrollar y formalizar la visión y valores de la PJ, así como servir de guía a todo el personal de la PJ. Este código, señala esta autora, “*debe ser aprobado por el órgano de administración de la organización y debe recoger su compromiso con los principios de la ética empresarial y la transparencia en todos sus ámbitos de actuación, estableciendo un conjunto de principios y pautas de conducta dirigidos a garantizar el comportamiento ético y responsable de todos sus administradores, directivos y empleados en el desarrollo de su actividad*”. En sentido parecido se pronuncia NIETO MARTÍN<sup>18</sup> y señala además su carácter vinculante para todo el personal de la PJ, destacando que reflejan un Cultura corporativa positiva. Lo cual, entendemos permite acercarnos más al concepto de Cultura de Compliance. Aunque antes conviene también tener en cuenta la explicación que ofrecen del Código Ético, VELASCO NÚÑEZ y SAURA ALBERDI, de que se trata de “*una normativa voluntaria que se autoimponen algunas personas jurídicas y refleja una serie de principios que no tienen por qué limitarse a las categorías de delitos cuya prevención constituye el contenido del PPD*<sup>19</sup>”.

Veamos ahora la Cultura de Compliance<sup>20</sup> o también llamada Cultura de Cumplimiento. Para ESCUDERO<sup>21</sup> por cultura de Compliance se entienden los valores implantados en la organización que conducen al cumplimiento del marco normativo que haya quedado encuadrados en el alcance del *Compliance Program*.

---

<sup>17</sup> ENSEÑAT DE CARLOS, S., *Manual del Compliance Officer. Guía práctica para los responsables de Cumplimiento de habla hispana*, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra) 2016, p. 95 y ss. Debe estar redactado en lenguaje claro y conciso y ser de fácil acceso para todos los empleados y para todas las personas que actúan en nombre de la organización. Debe quedar constancia de su difusión, aceptación y actualización por cuanto es un documento vivo en la PJ.

<sup>18</sup> NIETO MARTÍN, A., “Código ético, evaluación de riesgos y formación”, AAVV, NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 135 y ss. Señala además que código ético y cultura corporativa son ambivalentes.

<sup>19</sup> VELASCO NÚÑEZ, E. – SAURA ALBERDI, B., *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y Compliance* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 35.

<sup>20</sup> La AsS 3806 definía ya, “*Compliance Culture*” como: “*The values, ethics and beliefs that exist throughout an organization and interact with the Organization's structures and control systems to produce behavioural norms that are conducive to Compliance outcomes*”. Vid. <https://www.saiglobal.com/PDFTemp/Previews/OSH/as/as3000/3800/3806-2006.pdf>, fecha de consulta 17-6-2017.

<sup>21</sup> ESCUDERO, M., en “Diagnóstico y mapa de riesgos de Compliance”, AAVV SÁIZ PEÑA, C.A. (coord.), *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 542.

Desde otra perspectiva COCA VILA<sup>22</sup>, entiende que la cultura de cumplimiento implica que “*tanto trabajadores como directivos*” han interiorizado la “*necesidad de que todo lo que sucede en la empresa, de puertas para afuera y de puertas para adentro, sea respetuoso para con el Ordenamiento jurídico.*” Definición que se complementa con la de CASANOVAS YSLA<sup>23</sup>, que apunta que la cultura de cumplimiento en una organización se ve condicionada por un elemento clave como es el “*apoyo de alto nivel*”, por lo que será lo primero que se mirará cuando se juzgue el modelo de cumplimiento.

Para la FGE<sup>24</sup> la promoción de una verdadera cultura ética corporativa es el objeto de los modelos de organización y gestión, y destaca que la verdadera eficacia de éstos radica en “*la importancia que tales modelos tengan en la toma de decisiones de los dirigentes y empleados, y en qué medida constituyen una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento*”. Y de una forma muy próxima, señala BONATTI BONET<sup>25</sup>, que la norma UNE 19601 realiza una mención a la Cultura de Compliance muy alineada con los postulados de la Circular de la FGE vista, y la hermenéutica de nuestros más altos Tribunales. Señala que en el apartado 7.1 de la citada UNE 19601 se dice que “*el desarrollo de una cultura de Compliance exige que el órgano de gobierno y la alta dirección tengan un compromiso visible, consistente y sostenido en el tiempo con un estándar común y publicado de comportamiento que se requiera en todas las áreas de la organización, así como a sus socios del negocio*”.

Desde nuestro enfoque la Cultura de Compliance (o Cultura de Cumplimiento) acredita una concreta idiosincrasia de la PJ que determina la existencia de una voluntad de cumplimiento, la extensión y desarrollo de una serie de principios y valores, de maneras de actuar y proceder con respeto a las normas<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> COCA VILA, I., “*¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?*”, AAVV (dir.) SILVA SÁNCHEZ, J.M. – (coord.) MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 56.

<sup>23</sup> CASANOVAS YSLA, A., *Legal Compliance. Principios de Cumplimiento Generalmente Aceptados*, Difusión Jurídica, Madrid, 2013, p. 201.

<sup>24</sup> Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, p. 63.

<sup>25</sup> BONATTI BONET, F., *Implementación y certificación de sistemas de Compliance Penal conforme a la norma UNE 19601:2017*, Lefebvre-El Derecho, en formato E-Book, pp. 81 y 82.

<sup>26</sup> Así, también podemos decir que los empleados que han trabajado en una empresa en la que existía una Cultura de Cumplimiento, si cambian de empresa, en la nueva llegarán con la expectativa de encontrarse también con una Cultura de Cumplimiento, que debería ser muy parecida, cuanto menos en lo fundamental.

El concepto de Riesgo en Derecho puede referirse a distintos conceptos según el ámbito de aplicación al que nos refiramos<sup>27</sup>. En el ámbito penal suele trabajarse con el concepto de riesgo permitido. Como veremos autores como ENSEÑAT DE CARLOS abordan nuevos conceptos de riesgo en el Cumplimiento.

El concepto de riesgo para una PJ en el ámbito del Cumplimiento y de la RPPJ adquiere unos matices que conviene reseñar. Así para CARRAU CRIADO<sup>28</sup>, el “riesgo de cumplimiento”, o riesgo normativo es la posibilidad de que se produzca una acción u omisión en una organización que implique una infracción de una norma imperativa o prohibitiva. ENSEÑAT DE CARLOS<sup>29</sup> aborda toda una interesante estructura y conceptualización de distintos tipos de riesgos en relación con la PJ.

Como bien señala ESCUDERO<sup>30</sup>, el concepto de riesgo lo encontrábamos definido en la Guía ISO 73:2009 “*como el efecto de la incertidumbre en los objetivos, matizando que dicho efecto es una desviación de lo esperado, que la incertidumbre es el estado de carencia de información relacionada, con la comprensión o el conocimiento de un evento, su consecuencia o su probabilidad. Y que los objetivos pueden responder a diferentes aspectos y se pueden aplicar a diferentes niveles*”.

La Diligencia debida<sup>31</sup> es un concepto que ha sido objeto de distintas aproximaciones, de una cierta evolución, y de diferentes formas de definirla. Pero es un común denominador que por tal se entiende aquella actuación conforme a Derecho, esperada y exigible, de acuerdo con el sentido común en las circunstancias concretas del caso<sup>32</sup>.

Sobre el Control<sup>33</sup>, POSADO, dice debiera considerarse como el proceso para asegurar que las actividades reales que se efectúan se ajustan a las planificadas por la

<sup>27</sup> Así son múltiples las concepciones de riesgo que nuestro ordenamiento prevé, como *ad ex* nos señala el Diccionario del Español Jurídico, citando “riesgo aduanero, riesgo asegurado, riesgo de cambio, riesgo de crédito, riesgo de liquidez, riesgo de mercado, riesgo de tipo de interés, riesgo en la reputación, riesgo laboral, riesgo operativo, riesgo permitido, riesgo significativo, riesgo y ventura” (*vid. et cfr. P. 1481 y 1482*). Siendo que en general lo define como la *contingencia o proximidad de un daño*.

<sup>28</sup> CRIADO CARRAU, R., *Compliance para Pymes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 9.

<sup>29</sup> ENSEÑAT DE CARLOS, S., *Op. Cit.*, p. 65 y ss.

<sup>30</sup> ESCUDERO, M., *Op. Cit.*, p. 534.

<sup>31</sup> Este término lo encontramos por ejemplo en relación a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y también en la normativa de Prevención del Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo.

<sup>32</sup> BONATTI BONET, F., apunta que en los Sistemas de Compliance que se desarrollan bajo un enfoque basado en el riesgo se viene a exigir de todos los miembros de la organización en general, y de manera muy singular, a aquellos que ostentan posiciones con especial exposición a riesgos penales se viene a establecer una “Diligencia debida reforzada”. *Vid. Implementación y certificación de sistemas de Compliance Penal conforme a la norma UNE 19601:2017*, Lefebvre-El Derecho, en formato E-Book, p.82.

<sup>33</sup> Cita distintos conceptos de “control” en el ámbito de la empresa que reproducimos a continuación por su interés: 1) “control como función coercitiva y restrictiva, para inhibir o impedir conductas punibles,

organización, permitiendo así mantenerse dentro de los estándares definidos por la empresa. Siendo los Estándares<sup>34</sup> “una unidad de medida que sirve como modelo, guía o patrón con base en la cual se efectúa el control”.

Es ciertamente interesante lo que señala BONATTI<sup>35</sup> desde la perspectiva de las importantísimas aportaciones de las normas ISO y UNE, de que “si pretendemos alinear todos los Sistemas de Gestión deberemos comenzar por un vocabulario común a todos ellos”. Este autor, señala en total 47 términos que “permiten construir un lenguaje común, universal y comprensible para cualquier organización y modelo de gestión que diseñemos conforme a la norma UNE 19601, se trata tan sólo de adecuar la terminología de cada organización a ese lenguaje universal y tendremos un extraordinario punto de partida para nuestro sistema”. Por su claridad, reproduciremos a continuación, íntegramente, el cuadro elaborado por BONATTI BONET<sup>36</sup> en relación a esos 47 términos:

|   | <i>ANEXO SL</i>                           | <i>UNE 19601</i>                                   | <i>UNE 19600</i>              | <i>ISO 37001</i>              |
|---|---|--|-------------------------------|-------------------------------|
| 1 | <i>3.1 Organización</i>                   | <i>3.20 Organización</i>                           | <i>3.1 Organización</i>       | <i>3.2 Organización</i>       |
| 2 | <i>3.2 Parte Interesada o Stakeholder</i> | <i>3.23 Parte Interesada</i>                       | <i>3.2 Parte Interesada</i>   | <i>3.3 Parte Interesada</i>   |
| 3 | <i>3.3 Requisito</i>                      | <i>3.27 Requisito</i>                              | <i>3.13 Requisito</i>         | <i>3.4 Requisito</i>          |
| 4 | <i>3.4 Sistema de Gestión</i>             | <i>3.31 Sistema de Gestión de Compliance Penal</i> | <i>3.7 Sistema de Gestión</i> | <i>3.5 Sistema de Gestión</i> |
| 5 | <i>3.5 Alta Dirección</i>                 | <i>3.2 Alta Dirección</i>                          | <i>3.3 Alta Dirección</i>     | <i>3.6 Alta Dirección</i>     |
| 6 | <i>3.6 Eficacia</i>                       | <i>3.11 Eficacia</i>                               |                               | <i>3.9 Eficacia</i>           |
| 7 | <i>3.7 Política</i>                       | <i>3.24 Política de Compliance Penal</i>           | <i>3.8 Política</i>           | <i>3.10 Política</i>          |
| 8 | <i>3.8 Objetivo</i>                       | <i>3.19 Objetivo de</i>                            | <i>3.9 Objetivo</i>           | <i>3.11 Objetivo</i>          |

---

como llegar con impuntualidad a un plazo de entrega, utilizar los sistemas en beneficio propio, etcétera.”

2) “Control como verificación de alguna cosa para apreciar si es correcto un proceso, como verificar la correcta ejecución de las transferencias, etc.” Y 3) “Control como comparación con algún estándar de referencias como pesar un producto en otra balanza, comparar resultados en un proceso de calidad, etc.”

<sup>34</sup> Señala cuatro factores a considerar para aplicar el proceso de control: factor cantidad para actividades con volumen importante, factor tiempo para controlar fechas o períodos como por ejemplo el acceso a sistemas a horas no programadas, factor costo para determinar los recursos que hacen falta para determinadas actividades de la empresa, factor calidad referida a las especificaciones exigidas para un producto o ciertas funciones de la compañía. POSADO, L., “Plan de acción e implantación del *Compliance Program*. Plan de prevención, detección y reacción. 2. Controles técnicos en sistemas: monitorización, alertas, etc.”, AAVV SÁIZ PEÑA, C., (dir.), *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 584 y 585.

<sup>35</sup> BONATTI BONET, F., *Implementación y certificación de sistemas de Compliance Penal conforme a la norma UNE 19601:2017*, Lefebvre-El Derecho, en formato E-Book, p. 58 y ss.

<sup>36</sup> BONATTI BONET, *Op. Cit.*, p. 60 a 63.

|    |                                     |   |                                     |                                     |
|----|-------------------------------------|---|-------------------------------------|-------------------------------------|
|    |                                     | <i>Compliance Penal</i>                 |                                     |                                     |
| 9  | <i>3.9 Riesgo</i>                   | <i>3.28 Riesgo</i>                      | <i>3.11 Riesgo</i>                  | <i>3.12 Riesgo</i>                  |
| 10 | <i>3.10 Competencia</i>             | <i>3.4 Competencia</i>                  | <i>3.23 Competencia</i>             | <i>3.13 Competencia</i>             |
| 11 | <i>3.11 Información documentada</i> | <i>3.14 Información Documentada</i>     | <i>3.24 Información Documentada</i> | <i>3.14 Información Documentada</i> |
| 12 | <i>3.12 Proceso</i>                 | <i>3.26 Proceso</i>                     | <i>3.10 Proceso</i>                 | <i>3.15 Proceso</i>                 |
| 13 | <i>3.13 Desempeño</i>               | <i>3.9 Desempeño</i>                    | <i>3.26 Desempeño</i>               | <i>3.16 Desempeño</i>               |
| 14 | <i>3.14 Externalización</i>         | <i>3.12 Externalización</i>             | <i>3.28 Externalizar</i>            | <i>3.17 Contratar externamente</i>  |
| 15 | <i>3.15 Seguimiento</i>             | <i>3.30 Seguimiento</i>                 | <i>3.29 Seguimiento</i>             | <i>3.18 Seguimiento</i>             |
| 16 | <i>3.16 Medición</i>                | <i>3.15 Medición</i>                    | <i>3.30 Medición</i>                | <i>3.19 Medición</i>                |
| 17 | <i>3.17 Auditoria</i>               | <i>3.3 Auditoria</i>                    | <i>3.31 Auditoría</i>               | <i>3.20 Auditoría</i>               |
| 18 | <i>3.18 Conformidad</i>             | <i>3.7 Conformidad</i>                  | <i>3.32 Conformidad</i>             | <i>3.21 Conformidad</i>             |
| 19 | <i>3.19 No conformidad</i>          | <i>3.18 No conformidad</i>              | <i>3.33 No conformidad</i>          | <i>3.22 No conformidad</i>          |
| 20 | <i>3.20 Acción correctiva</i>       | <i>3.1 Acción correctiva</i>            | <i>3.35 Acción correctiva</i>       | <i>3.23 Acción correctiva</i>       |
| 21 | <i>3.21 Mejora continua</i>         | <i>3.16 Mejora continua</i>             | <i>3.27 Mejora continua</i>         | <i>3.24 Mejora continua</i>         |
| 22 |                                     | <i>3.5 Compliance Penal</i>             | <i>3.17 Compliance</i>              |                                     |
| 23 |                                     | <i>3.6 Conflicto de intereses</i>       |                                     |                                     |
| 24 |                                     | <i>3.8 Cultura</i>                      | <i>3.19 cultura de Compliance</i>   |                                     |
| 25 |                                     | <i>3.10 Diligencia debida</i>           |                                     | <i>3.30 Diligencia Debida</i>       |
| 26 |                                     | <i>3.13 Funcionario público</i>         |                                     | <i>3.27 Funcionario público</i>     |
| 27 |                                     | <i>3.17 Miembros de la Organización</i> |                                     |                                     |
| 28 |                                     | <i>3.21 Órgano de Compliance Penal</i>  | <i>Véase 3.6 (similitud)</i>        |                                     |
| 29 |                                     | <i>3.22 Órgano de Gobierno</i>          | <i>3.4 Órgano de Gobierno</i>       | <i>3.7 Órgano de Gobierno</i>       |
| 30 |                                     | <i>3.25 Procedimiento</i>               | <i>3.25 Procedimiento</i>           |                                     |
| 31 |                                     | <i>3.29 Riesgo penal</i>                | <i>Véase 3.12 (similitud)</i>       |                                     |
| 32 |                                     | <i>3.32 Socio de negocio</i>            |                                     | <i>3.26 Socios de negocio</i>       |

|    |  |              |   |  |
|----|--|--------------|---|--|
| 33 |  | 3.33 Tercero |   | 3.28 Tercera parte                     |
| 34 |  |              | 3.5 Empleado                                | Véase 3.25 Personal                    |
| 35 |  |              | 3.6 Función de Compliance                   | 3.8 Función de Compliance anti soborno |
| 36 |  |              | 3.12 Riesgo de Compliance                   |  |
| 37 |  |              | 3.14 Requisito de Compliance                |  |
| 38 |  |              | 3.16 Obligación de Compliance               |  |
| 39 |  |              | 3.16 Obligación de Compliance               |  |
| 40 |  |              | 3.18 Incumplimiento de Compliance           |  |
| 41 |  |              | 3.20 Código                                 |  |
| 42 |  |              | 3.21 Normas organizativas y de la industria |  |
| 43 |  |              | 3.22 Autoridad regulatoria                  |  |
| 44 |  |              | 3.34 Corrección                             |  |
| 45 |  |              |   | 3.1 Soborno                            |
| 46 |  |              |   | 3.25 Personal                          |
| 47 |  |              |   | 3.29 Conflicto de Intereses            |

FUENTE: BONATTI BONET, F.

Por último, cabe señalar el importante papel que pueden adoptar las Certificaciones tanto en la elaboración de los *Compliance Programs* como en su valoración. Sin lugar a dudas las Certificaciones pueden aportar una mayor seguridad jurídica a la PJ, y servir a su vez de mecanismo externo que garantiza la existencia, consolidación, y actualización de unos mínimos exigibles<sup>37</sup>. Ahora bien, más allá de ese

---

<sup>37</sup> No es descabellado que en el futuro una buena Certificación pueda llegar a efectuar una suerte de traslación de la carga de la prueba sobre la idoneidad del *Compliance Program*.

concreto valor, no puede colegirse que con una certificación una PJ ya tiene asegurada la exoneración de responsabilidad penal. Pues sin perjuicio de la valoración positiva que pueda tener habrá que estar al caso concreto.

### **1.3. Materias de Compliance.**

Aunque algunos autores sitúan el inicio de la función de Compliance con la *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 (FCPA), lo cierto es que como apunta ENSEÑAT DE CARLOS, aparece en EEUU “*como respuesta a la necesidad de luchar contra las mafías, la corrupción y el blanqueo de los capitales obtenidos de actividades delictivas*”. La *Pure Food and Drug Act* de 1906, la *Federal Reserve Act* de 1913, la *Clayton Antitrust Law* de 1914, la *Banking Act* de 1933 o la *Securities Act* también de 1933, forjaron los inicios del Compliance.

Luego, como señala BONATTI BONET<sup>38</sup>, en el marco de la Guerra Fría y con el escándalo del Watergate, con todas las investigaciones derivadas, así como “la campaña de denuncias todo el mundo por la antigua URSS, acerca de prácticas de corrupción que utilizaban multinacionales americanas, especialmente en países en vías de desarrollo. En ese complicado contexto, apareció la *Foreign Corrupt Practices Act* en 1977, que establecía la ilicitud de los pagos a funcionarios extranjeros por parte de personas y entidades a fin de obtener mejoras en los negocios, conseguirlos o retenerlos. Tras la aprobación en 1998, de sus enmiendas la FCPA también se aplicaba también tanto a las empresas extranjeras como a las personas que causan, directamente o por medio de agentes, un acto de promoción de tal corrupción en el territorio de los Estados Unidos. Además, hay que señalar<sup>39</sup> que “*las distintas guías para su aplicación en los procesos judiciales publicadas por la US Sentencing Commission a partir de 1991, hicieron que se generalizara la necesidad de que las empresas norteamericanas contaran con programas de prevención, denominados Compliance Programmes y con una función específica en su estructura organizativa que vigilara y controlara el cumplimiento interno de las leyes, las normas y los códigos éticos*”.

---

<sup>38</sup> BONATTI BONET, F., *Vid. su blog* <http://www.bonattipenal.com/legal-Compliance-i-una-breve-historia/>, en fecha de 16 de junio de 2017.

<sup>39</sup> Así ENSEÑAT DE CARLOS, S., *Manual del Compliance Office. Guía práctica para los responsables de Compliance de habla hispana*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 21 a 23.

Una tercera fase la podemos señalar en los albores del siglo XXI, así los terribles atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 provocaron la publicación de normas para combatir la financiación del terrorismo internacional. Desde otra perspectiva los escándalos de tipo empresarial como el caso Enron, propiciaron la aparición de la *Sarbanes Oxley Act* en el año 2002. Un poco más tarde, y como consecuencia de los desmanes financieros producidos entre los años 2007 a 2009, entre ellos la caída de Lehman Brothers, se modificó la normativa de los mercados financieros en EEUU, publicándose entre otras normas la *Dodd- Frank Act*<sup>40</sup> de 2010.

De entre las materias de Compliance<sup>41</sup> tenemos por ejemplo lo relativo a anticorrupción, de prevención del blanqueo de capitales y financiación del Terrorismo, privacidad y protección de datos, seguridad de la información, control empresarial del uso de recursos tecnológicos corporativos, el uso de dispositivos personales con fines profesionales, la propiedad intelectual y la protección de activos intangibles, firma electrónica, controles para cumplir con estándares (PCI, ISO, etc.) y SLA en contratos, y también el Compliance en la normativa sectorial (sector financiero, asegurador y sanitario y farmacéutico).

Como vemos las materias de *Compliance* exceden en mucho a la RPPJ, lo cual tiene a nuestro objeto de estudio dos importantes consecuencias. En primer lugar, vemos que las PJ deben cumplimentar un amplio abanico de campos y materias, cuya infracción puede devenir la antesala de la responsabilidad penal. Es decir, una infracción hoy en protección de datos puede ser mañana un delito contra la intimidad. En segundo lugar, de las sanciones se lleva un registro en el correspondiente ámbito, además de en la propia PJ, sanciones que pueden ser tenidas en cuenta el día de mañana cuando se valore un Compliance Program, y/o la Cultura de Cumplimiento de dicha PJ. De lo que cabe inferir que existe una interrelación muy importante entre todas ellas y la RPPJ.

---

<sup>40</sup> Que se enuncia también como de Reforma de Wall Street y de Protección al Consumidor. Esta Ley, apareció el 21 de julio de 2010, a propuesta conjunta de Chris Dodd y Barney Frank, como consecuencia del escándalo Lehman Brothers y las consecuencias de la “burbuja inmobiliaria” a fin de regular de forma más rígida el sistema bancario de EEUU. De su contenido conviene destacar su voluntad de promover la transparencia y la estabilidad del sistema financiero, la monitorización de las instituciones financieras y las prácticas bancarias, a fin de dar protección tanto a los consumidores (en relación con prácticas abusivas) como a contribuyentes (de tener que asumir los costes de un rescate bancario); y el objetivo de superar la problemática que suscitan empresas muy grandes en relación con el riesgo de su quiebra. También hay que destacar que esta norma establecía un sistema de recompensa a los *Whistleblowers* que revelasen voluntariamente datos de primera mano a la SEC (regulador del mercado de valores) pudiendo beneficiarse del equivalente a entre el 10% y el 30% de la sanción impuesta en caso de que supere el millón de dólares. De manera muy similar a lo que hacía la *Lincoln Act*, recompensando, con un premio de hasta el 25% del dinero recuperado, a los ciudadanos que presentaran evidencias en fraudes en contratos públicos.

<sup>41</sup> Siguiendo la descripción expuesta en la obra dirigida por SÁIZ PEÑA, C., *Op. Cit., passim*.

Hay quien ya señala que en el futuro no será posible hablar de RPPJ solamente sino que se hablará de Compliance, del que será imposible desligar lo penal. Con la consecuencia de que el *Compliance Program Penal* no será concebible sin ser parte de un instrumento, o sistema de gestión, más amplio.

Si tomamos en consideración los estándares internacionales el Cumplimiento tiene un desarrollo de más de 40 años de evolución. Las materias nos vienen tanto de *Soft Law* como de *Hard Law*. Así por ejemplo de Soft Law tendríamos que tener en cuenta los marcos referenciales de COSO, las Directrices de la OCDE, AS3806, Ass S980, ISO 19600, *US Sentencing Guidelines*, FCPA, *Bribery Act*, ISO 37001, UNE 19600, UNE 19601, etc. Y a nivel de Hard Law toda la normativa española en materia de Cumplimiento, la de la Unión Europea y aquellas a nivel internacional que sean de obligado cumplimiento o vinculantes en España.

Señala BONATTI BONET<sup>42</sup> que “*debemos comprender siempre el Compliance como un Sistema de Gestión heredero de los sistemas de gestión universalmente aceptados en el mundo empresarial*”, y por ello atender a EL ANEXO SL<sup>43</sup>, COSO, ISO 31000, OCEG, AS 3806 STANDARDS AUSTRALIA, y la IDW AssS 980. La importancia de COSO<sup>44</sup>, explica este autor, radica en que es un estándar que aporta a los sistemas de Compliance el concepto de “ambiente de control” y el análisis de riesgos como metodología de enfoque y orientación del sistema. Y aunque “*se nutre también de SIX SIGMA evoluciona desde la calidad hacia el control del fraude interno y adaptándose desde un enfoque basado en el cliente hacia un enfoque basado en el riesgo*”. Si bien este autor se quiere centrar en los cinco componentes de COSO I (ambiente de control, evaluación de riesgos, Actividades de Control, Información y Comunicación y Supervisión y Monitoreo), lo cierto es que en 2004 aparece COSO II<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> BONATTI BONET, F., *Implementación y certificación de sistemas de Compliance Penal conforme a la norma UNE 19601:2017*, Lefebvre-El Derecho, en formato E-Book, p. 9 y ss.

<sup>43</sup> Explica este autor que EL ANEXO SL es heredera del Sistema SIX SIGMA recogiendo los principios esenciales que implementó Motorola en 1988 (*DEMAIC: Define – Measure –Analyze – Improve – Control*, evolucionando hasta *PDCA: Plain-Do-Check- Act*). *Vid. Op. Cit.*, p. 9.

<sup>44</sup> El *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (COSO), fue una creación conjunta de 5 organizaciones privadas de los EEUU en 1985: La Asociación Americana de Contabilidad, el Instituto de Auditores Internos, el Instituto Americano de Contadores Públicos Certificados, la Asociación Nacional de Contadores y la llamada Ejecutivos de Finanzas Internacional. El motivo de su creación fue postular la correcta gestión del riesgo empresarial, el control interno y la disuasión del fraude.

<sup>45</sup> Con la publicación de “*Enterprise Risk Management- Integrated Framework*”, se amplía el concepto de control interno a la gestión de riesgos incluyendo tanto Directivos como empleados. CASANOVAS YSLA, A., destaca la buena acogida que ha tenido la labor continuada de COSO en las organizaciones y también en los órganos reguladores, “*deviniendo una referencia obligada en la materia*”, *Vid. et cfr. Legal Compliance. Principios de Cumplimiento Generalmente Aceptados*, Difusión Jurídica, Madrid

con la ampliación a ocho componentes (Ambiente de control, Establecimiento de objetivos, Identificación de eventos, Evaluación de Riesgos, Respuesta a los riesgos, Actividades de control, Información y comunicación, Supervisión), y en 2013 llega COSO III<sup>46</sup> con una implementación a efectos de mejorar la agilidad de los sistemas de gestión de riesgos para adaptarse a los entornos, una mayor garantía en la eliminación de riesgos y consecución de objetivos, y mayor claridad de la información y la comunicación. Siguiendo con el esquema dibujado por BONATTI BONET, las Normas “ISO 31000:2009, junto con las ISO/IEC 31010 (evaluación técnica del riesgo) e ISO Guide 73:2009 (vocabulario), que vienen a dotar a los sistemas de Compliance de un completo arsenal de herramientas de análisis y tratamiento de riesgos”. Por su parte, OCEG (Open Compliance and Ethics Group)<sup>47</sup> es una organización sin ánimo de lucro que inventó el acrónimo GRC, que incluye *Governance, Risk and Compliance*, aunque en realidad implica mucho más que eso. Y como señala CASANOVAS YSLA<sup>48</sup> constituye un estándar reconocido a nivel internacional. En su conocido Red Book desarrolla su “*Capability Model*”, con una vocación más amplia que la meramente financiera, y como indica BONATTI BONET<sup>49</sup>, “da carta de naturaleza al Buen Gobierno como inspirador del Sistema de Gestión de Cumplimiento, evolución que se verá rematada en el estándar australiano Ass 3806”.

<sup>46</sup> 2012, p. 69 a 73. En otro orden también señala un matiz importante cual es que la SEC solo contempla la aplicación de COSO para ámbitos relacionados con los reportes financieros, lo que no supone su aplicación en otros ámbitos.

<sup>47</sup> Así, por ejemplo, incorpora 17 principios que deberían hacerse cumplir en la PJ. Los separaremos por Entorno de control, Evaluación de riesgos, Actividades de control, Sistemas de información, Supervisión del sistema de control- Monitoreo. Así en relación al Entorno de Control se señalan los siguientes principios: 1) Demuestra compromiso con la integridad y los valores éticos, 2) Ejerce responsabilidad de supervisión, 3) Establece estructura, autoridad, y responsabilidad, 4) Demuestra compromiso para la competencia, 5) Hace cumplir con la responsabilidad; respecto de la Evaluación de riesgos: 6) Especifica objetivos relevantes, 7) Identifica y analiza los riesgos, 8) Evalúa el riesgo de fraude, 9) Identifica y analiza cambios importantes, en las Actividades de control: 10) Selecciona y desarrolla actividades de control, 11) Selecciona y desarrolla controles generales sobre tecnología, 12) Se implementa a través de políticas y procedimientos, 13) Usa información Relevante, por lo que afecta a los Sistemas de información: 14) Comunica internamente, 15) Comunica externamente, respecto de la Supervisión del sistema de control – Monitoreo: 16) Conduce evaluaciones continuas y/o independientes, 17) Evalúa y comunica deficiencias.

*Vid.* [www.cicinacional.com/.../Guia\\_Marco\\_Integrado\\_de\\_Control\\_Interno\\_COSO\\_III.pdf](http://www.cicinacional.com/.../Guia_Marco_Integrado_de_Control_Interno_COSO_III.pdf), fecha de consulta 17-6-2017.

<sup>48</sup> En su página web postulan que “Vemos un mundo donde cada organización y cada persona se esfuerza por alcanzar los objetivos, abordar la incertidumbre y actuar con integridad. Este acercamiento al negocio, y a la vida, es lo que llamamos funcionamiento Principled”.

<sup>49</sup> CASANOVAS YSLA, A., *Legal Compliance. Principios de Cumplimiento Generalmente Aceptados*, Difusión Jurídica, Madrid, 2013, p. 73. Destaca además que está compuesto no solo por personas vinculadas a COSO sino también por la comunidad jurídica como el co-presidente del Practising Law Institute y de la American Bar Association, el presidente de la Pace Law School, el co-presidente de la Stanford Law School Executive Education, etc. *Vid.* para más información: <http://www.oceg.org>.

<sup>49</sup> BONATTI BONET, F., *Op. Cit.*, p. 13.

Para algunos autores, *en Australia*<sup>50</sup> elaboraron el primer instrumento de estandarización de cumplimiento penal a través de la **Standard Compliance Programs AsS 3806-2005**<sup>51</sup>. Contenía, como indica BONATTI BONET, obligaciones normativas tales como: Common Law, Legislación (estatutos, reglamentos, códigos obligados), Directrices, Permisos, licencias y otras formas de autorizaciones, Instrucciones y órdenes de órganos judiciales y administrativos, normas consuetudinarias, tratado, convenios y protocolos, y Códigos y estándares relevantes. Y además otras obligaciones adicionales (éticas) como acuerdos con grupos comunitarios y organizaciones no gubernamentales, Acuerdos con autoridades públicas y clientes, Requerimientos organizativos, Principios voluntarios y códigos de buenas prácticas, etiquetado voluntario y compromisos medioambientales. Este autor resalta que con este instrumento ya estamos ante un estándar puramente de Compliance, que por primera vez introduce junto al Cumplimiento normativo obligaciones derivadas de la ética y los compromisos auto impuestos. Años más tarde apareció en Austria la **ONR 192050 Cumplimiento Management System** de la *Austrian Standards Institut*, publicada el 1 de febrero de 2013, y que como señalaba VELÁZQUEZ VIOQUE<sup>52</sup> articuló por primera vez en el ámbito europeo de forma sistematizada unos estándares de Cumplimiento penal que daban respuesta a la “deseada seguridad jurídica en la autorregulación empresarial”. Se preveía, además, junto a ello, la posibilidad de certificar que una determinada entidad cumplía con los parámetros que dicha norma contenía.

La IDW AssS 980<sup>53</sup>, es un estándar alemán de Auditoría, que como explica BONATTI BONET<sup>54</sup>, hace dos aportaciones relevantes al ADN del Compliance: 1) La formulación de los bloques normativos consustanciales a cualquier sistema de Compliance, y 2) la formulación de los 7 pilares de los Sistemas de Compliance. Dentro de los Bloques normativos tenemos: 1. Gobierno corporativo, 2. Regulaciones del Mercado de Capitales, 3. Competencia y AntiTrust, 4. Penal y Anticorrupción, 5.

---

<sup>50</sup> Este estándar australiano se preparó por el Comité QR-014, *Cumplimiento Systems*, y se aprobó en representación del Consejo de Estándares Australianos el 23 de enero de 2006.

<sup>51</sup> Indica NIETO MARTÍN la ISO se inspiró en esta norma, *Vid. NIETO MARTÍN, A., “Introducción”, AAVV (DOTRES.) ARROYO ZAPATERO, L. – NIETO MARTÍN, A., El Derecho Penal Económico en la Era Compliance, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 25, (vid. nota al pie 19).* la ISO sobre calidad de los programas de cumplimiento se inspira en el *Australian Standard 3086-2005 Compliance Programs*.

<sup>52</sup> VELÁZQUEZ VIOQUE, D., en su artículo publicado el 22 de febrero de 2013, en su blog de Cuatrecasas.

<sup>53</sup> Para más información sobre este instrumento puede consultarse el siguiente enlace <https://www.idw.de/the-idw/idw-pronouncements/idw-assurance-standards>.

<sup>54</sup> BONATTI BONET, F., *Op. Cit.*, p. 15 y ss.

Blanqueo de Capitales, 6. Normativa Medioambiental, 7. Privacidad, 8. Normativa Laboral, 9. Seguridad industrial, 10. Aduanas, 11. Transacciones con el exterior y exportaciones, 12. Propiedad industrial. En relación a los 7 pilares de los Sistemas de Compliance tenemos: 1. Apoyo al más alto nivel, 2. Objetivos, estructuras y políticas, 3. Determinación de los focos de riesgo, 4. Controles de Compliance, 5. Reporte de Compliance, 6. Acciones Correctoras, 7. Monitorización.

La ISO<sup>55</sup> (*International Standardization Organization*) es una organización internacional no gubernamental, activa desde 1947, y está integrada por organizaciones nacionales dedicadas a emitir estándares locales, voluntaria e independiente cuya misión es la creación de estándares internacionales. Como señala BONATTI BONET, “*los documentos se referencian en general utilizando el formato ISO (o ISO/IEC o ISO/ASTM si el estándar es el resultado del trabajo conjunto con IEC o ASTM respectivamente) IS (international standard) nnnnn (número de estándar)) – p (número de estándar) – p (número opcional): yyyy (año de publicación) título (descripción del tema estándar)*”. Y cita<sup>56</sup> como ejemplos la ISO 31000:2009 Risk Management – Principles and guidelines, la IEC 31010:2009 Risk management – Risk Assessment techniques, la ISO 19600:2014 Compliance management systems – Guidelines.

Al abordar las estandarizaciones y las certificaciones en España, debemos citar en primer lugar a **AENOR** (Asociación Española de Normalización y Certificación), que es una asociación privada y sin ánimo de lucro, y sus Comités Técnicos de Normalización (CTN) que se encargan de elaborar una serie de documentos, llamados UNE (acrónimo de Una Norma Española) que tendrán o bien la forma de conjunto de normas, o bien de informes (que suponen la plasmación de unos estándares), o bien de normas experimentales. En materia de RPPJ se pueden citar los siguientes instrumentos que desde AENOR se han venido elaborando:

---

<sup>55</sup> Tras una reunión de delegados de 25 países en Londres en 1946, fue fundada el 23 de febrero de 1947. Está integrada por 163 organizaciones nacionales de normalización (estandarización) y 781 organismos técnicos encargados del desarrollo de estándares. España está representada a través de la Asociación Española de Normalización. Los miembros se reúnen anualmente en la Asamblea General, tiene su sede en Suiza. ISO ha publicado 21655 Normas Internacionales, para “hacer que las cosas funcionen”, ofreciendo especificaciones de clase mundial para productos, servicios y sistemas a fin de garantizar la calidad, la seguridad y la eficiencia. El acrónimo de ISO deriva del griego “*isos*”, cuyo significado es “igual”. Para más información véase el enlace siguiente: <https://www.iso.org/about-us.html>, fecha de consulta 17-6-2017.

<sup>56</sup> Si bien también señala que ISO además desarrolla otras labores como informes técnicos, especificaciones técnicas, especificaciones públicamente disponibles, acuerdos internacionales de talleres y guías, *ad ex.*, la ISO Guide 73:2009 Risk Management- Vocabulary. *Vid.* la clara y resumida explicación que hace BONATTI BONET, F., *Op. Cit.*, pp. 23 a 31. Y para más información se puede consultar el enlace <http://www.iso.org>, fecha de consulta 17-6-2017.

- a) La **Norma UNE ISO 19600** *Sistemas de Gestión Cumplimiento. Directrices*,
- b) la **Norma UNE-ISO 37001** *Sistemas de Gestión Antisoborno, Requisitos con orientación para su uso*,
- c) la **Norma UNE-ISO 31000** *Gestión del riesgo. Principios y directrices y otras normas internacionales sobre modelos de gestión*.
- d) La **Norma UNE 19601**, *Sistemas de Gestión de Cumplimiento Penal*<sup>57</sup>.

Convenimos con varios autores que postulan que a ello habría que añadir, además, todas aquellas normas sobre materias concretas que requieren una actuación de cumplimiento por parte de la PJ como son en materia de Políticas anticorrupción, en Prevención del Blanqueo de Capitales, en materia de protección de datos y privacidad, seguridad y sociedad de la información, así como controles para cumplir con estándares establecidos.

Así por ejemplo en materia de Anticorrupción existen: *The Foreign Corrupt Practices Act* (“FCPA”), *The UK bribery act 2010* (“UKBA”), la *Guía de Buenas Prácticas* de la OCDE, y también la Norma UNE-ISO 37001 *Sistemas de gestión antisoborno. Requisitos con orientación para su uso*.

En materia de Prevención del Blanqueo de Capitales en España la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias<sup>58</sup> tiene entre sus funciones aprobar orientaciones y guías de actuación para los sujetos obligados. Así, para una prevención realista la PJ deberá tener en cuenta, para empezar, todo el llamado “bloque normativo” formado por los preceptos del Código Penal en materia de delito de blanqueo de capitales y conductas afines por los que pueda existir RPPJ, lo dispuesto en la Ley 10/2010 de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo, en el Real Decreto 304/2014 por el que se aprueba el Reglamento de

---

<sup>57</sup> Señala BONATTI BONET, F., que en el apartado 11-Bibliografía de esta norma se recogen y citan las siguientes: UNE-EN ISO 9001 –Sistemas de gestión de la calidad. Requisitos, UNE-EN ISO 14001 – Sistema de Gestión ambiental. Requisitos con orientación para su uso, UNE-ISO 31000, Gestión de riesgo, Principios y directrices, además de las ya indicadas ISO 19600 e ISO 37001. *Vid. Op. Cit.*, p. 45.

<sup>58</sup> *Vid.* <http://www.cpbc.tesoro.es/default.htm>.

desarrollo de la LPBC-FT, así como en la Ley 19/2003 sobre Régimen Jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior, además de las Órdenes Ministeriales, y las recomendaciones del SEPBLAC que se dicten. Así como cuantas normas más estuvieran en vigor en el momento en concreto.

Ello nos hace retomar la cuestión, aquí, sobre si el Cumplimiento ha de ser estrictamente en materia penal o si cuanto más abarque mejor sea para la PJ. El CP establece las eximentes para un concreto MOG y con unas concretas circunstancias, a nuestro juicio pues ello implica que cuanto menos el Compliance debe ajustarse con exactitud a lo exigido por el legislador.

El Libro Blanco de la Función de Compliance<sup>59</sup> señala los siguientes marcos de referencia de Cumplimiento:

*“ Normalización internacional:*

- . International Organization for Standardization – ISO 19600:2014
- Cumplimiento Management Systems – Guidelines.*
- . International Organization for Standardization – ISO 37001: 2016
- Anti- Bribery Management System – Requirements with guidance for use.*

*1- Normalización nacional:*

- . Asociación Española de Normalización, UNE UNE-ISO 19600: 2015
- Sistemas de Gestión de Cumplimiento. Directrices.*
- . Asociación Española de Normalización UNE PNE 19601:
- Sistemas de gestión de Cumplimiento penal. Requisitos con orientación para su uso.*
- . British Standards Institution (BSI) (Gran Bretaña) – BS 10500:2011
- Specification for an anti-bribery management system (ABMS). Gran Bretaña, Noviembre de 2011.*
- . Standards Australia (Australia) – AS3806-2006
- Programa de cumplimientos. Australia, 9 de marzo de 2006.*

*2- Documentos y directrices emitidos por poderes públicos nacionales:*

- Código Penal español. Artículo 31 bis de conformidad con su redacción dada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Madrid, 30 de marzo de 2015.*

---

<sup>59</sup> *El Libro Blanco de la Función de Compliance*, coordinado por CASANOVAS YSLA, A., con el Grupo de Trabajo formado por D. Manuel Maza Martín y los miembros de la Junta Directiva de ASCOM, y la participación de diversas instituciones, se presentó en Madrid el marzo de 2017.

- . *Fiscalía General del Estado (España) – Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la L.O. 1/2015. Madrid, 22 de enero de 2016.*
- . *Comisión Nacional del Mercado de Valores – Circular 1/2014, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión.*
- . *Ministry of Justice (Gran Bretaña) – The Bribery Act 2010 – Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (Section 9 of the Bribery Act 2010). Marzo de 2011.*
- . *Ministry of Justice – The Bribery Act 2010 – Quick start guide.*
- . *Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission – FCPA A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practice Act. Estados Unidos, 14 de noviembre de 2012.*
- . *U.S. Sentencing Commission – Guidelines Manual – Chapter Eight – Sentencing of Organizations. Estados Unidos, noviembre de 2015.*

**3- Documentos y directrices emitidos por poderes públicos supranacionales:**

- . *European Securities and Markets Authority –ESMA – Directrices acerca de ciertos aspectos de los requisitos del órgano de verificación del cumplimiento de la MiFID. ESMA/2012/388. ESMA, 25 de junio de 2012.”*

A todo ello habría que añadir la incidencia de lo que se ha venido a llamar la **Estructura de Alto Nivel y el Alineamiento de los Estándares de Gestión** “como resultado del Trabajo del Grupo de Coordinación Técnica en normas de Sistemas de Gestión de la Organización Internacional de Estándares (ISO), que tenía como objetivo dotar de una estructura, definiciones y texto fundamentales idénticos a los diferentes estándares sobre sistemas de gestión<sup>60</sup>”. Se trata de que cristalice un denominador común con el que sincronizar las normas, y conseguir una uniformización de las normas

---

<sup>60</sup> BONATTI BONET, F., *Op. Cit.*, p. 36. Cuya estructura, texto y vocabulario comunes están descritos en el Apéndice 2 del anexo SL de Directiva, Parte 2 de ISO/IEC, según indica este autor. Y además expresa que con ello se incrementa el valor de las normas para todos sus usuarios: a los normalizadores por cuanto tienen una estructura que simplifica al desarrollo de la Norma, a las empresas por cuanto así acceden a un solo sistema de gestión integrado que permite el cumplimiento de todas las normas de gestión de forma simultánea, a los implementadores “que encuentran un marco general de gestión común para todas las normas específicas de la disciplina que pretenden implementar”, y los “auditores de sistemas de gestión encuentran un conjunto básico de requisitos genéricos que deben abordarse con independencia de la norma auditada”

de gestión. BONATTI BONET, explica que se compone de diez apartados que son los siguientes: 1) Objeto y campo de aplicación, 2) Referencias normativas, 3) Términos y Definiciones, 4) Contexto de la organización, 5) Liderazgo, 6) Planificación, 7) Apoyo, 8) Operación, 9) Evaluación del desempeño, y 10) Mejora. Y que a través de sus 10 capítulos se definen los requisitos para el adecuado diseño e implementación de un Sistema de Gestión, pero lo hace desde una perspectiva “circular”, dice el autor, por cuanto los contenidos de sus capítulos se despliegan por todos los componentes del Sistema de Gestión. Y pone como ejemplo que del “Liderazgo se hallan evidencias tanto en la Política de Compliance, el diseño y funcionamiento de la Función de Compliance, la planificación de las cadenas de reporte o en el sistema disciplinario, en la comunicación o en la formación”. Ello no debe confundirse, resalta, con la metodología para diseñar e implementar un Sistema de Gestión de Compliance ni con el mismo Sistema de Gestión de Compliance.

#### **1.4. Los pilares básicos del “Compliance”.**

Al abordar los elementos esenciales que un programa de Cumplimiento ha de cumplir se han venido estableciendo distintas posiciones. Entre las distintas concepciones o enfoques del *cumplimiento* se habla de los distintos pilares o elementos esenciales que debe contener un *Programa de cumplimiento* para ser efectivo: para ENSEÑAT DE CARLOS<sup>61</sup> hay 7, para otros autores son distintas. Como señala ENSEÑAT DE CARLOS<sup>62</sup> existen distintos enfoques para la categorización de los elementos esenciales de un programa de Cumplimiento. Así, recuerda esta autora que en las *Sentencing of Organizations, Federal Sentencing Guidelines*<sup>63</sup> se establecen 8 elementos esenciales que debe contener todo programa de Compliance para ser efectivo, mientras que en *A resource Guide to the FCPA U.S. Foreign Corrupt Practices Act*<sup>64</sup> se recogen “10 marcas distintivas” para determinar si un Programa de Cumplimiento es eficaz, o los 6 principios necesarios en los que se debe basar según la *Guidance about*

---

<sup>61</sup> ENSEÑAT DE CARLOS, S., *Manual del Compliance Officer. Guía práctica para los responsables de Cumplimiento de habla hispana*, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra) 2016, p. 36 y ss.

<sup>62</sup> ENSEÑAT DE CARLOS, S., *Manual del Compliance Officer. Guía práctica para los responsables de Cumplimiento de habla hispana*, Editorial Aranzadi S.A., Cizur Menor (Navarra) 2016, p. 36 y ss.

<sup>63</sup> Publicado por la *United States Sentencing Commission* en 2012.

<sup>64</sup> Publicado por la *Criminal Division of the U.S. Department of Justice ant the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission* en 2012.

*procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing*<sup>65</sup>, o las “12 buenas prácticas” para asegurar un programa eficaz del *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Cumplimiento*<sup>66</sup>, sin olvidar los 6 requisitos exigidos por nuestro Código Penal en su artículo 31bis.5. introducidos por la Ley Orgánica 1/2015, de 31 de marzo de reforma del Código Penal<sup>67</sup>.

Para ENSEÑAT DE CARLOS<sup>68</sup> los 7 elementos imprescindibles son: 1. Liderazgo y Cultura de Cumplimiento, 2. Función de Cumplimiento, 3. Evaluación de riesgos, 4. Políticas y controles, 5. Comunicación, Formación y sensibilización, 6. Supervisión y verificación, 7. Consecuencias de los incumplimientos.

Dentro del primer elemento, de *Liderazgo y Cultura de Cumplimiento*, esta autora señala que es imprescindible para que un Programa de Cumplimiento sea eficaz es que exista un compromiso y un apoyo firmes, explícitos y visibles de la alta dirección hacia Cumplimiento, lo que se viene conociendo como “*Tone from the top*”. Promoviendo a su vez una cultura que no acepte los incumplimientos bajo ningún concepto. Dicho compromiso deberá recoger una declaración formal, documentada y formulada por los administradores fijando su firme compromiso con los objetivos de Cumplimiento, con publicidad tanto a nivel exterior como interior (incluyéndose en el Código de Conducta) comunicada con frecuencia a todas las personas afectadas y disponible para cualquier persona vía internet. Además, se exigirá un grado de involucración por parte de los administradores de la PJ proporcional al tamaño y complejidad de la misma.

Sobre la Función de Cumplimiento destaca la recomendación internacional de la figura del *Compliance Officer* que centralice todas las actividades de Cumplimiento de la organización, pudiendo ser un comité de Cumplimiento multifuncional que coordine las funciones de Cumplimiento de toda la organización.

Respecto de la *Evaluación de Riesgos* ENSEÑAT DE CARLOS recuerda la necesidad de analizar los riesgos específicos a los que se enfrentan las organizaciones en función de su tamaño, estructura y actividad, áreas geográficas en las que actúan y otras características propias.

---

<sup>65</sup> En la *Section 9 of the Bribery Act*, publicada por la *UK Ministry of Justice* en 2010.

<sup>66</sup> Elaborado por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en 2010.

<sup>67</sup> Se ha criticado por un sector doctrinal la “copia” de la norma italiana.

<sup>68</sup> ENSEÑAT DE CARLOS, S., *Op. Cit.* p. 37 a 42.

Las *Políticas y Controles*, cuarto pilar esencial para esta autora, implican todas aquellas, junto con los procesos operativos, circulares e instrucciones de trabajo, así como otros controles que se puedan implantar para gestionar los riesgos. Además, deberán estar escritos, de forma clara, práctica y accesible a todos los empleados.

El quinto elemento esencia, *Comunicación, formación y sensibilización*, que garantice que las políticas y procedimientos estén realmente imbuidos en la empresa es necesario que exista una suficiente comunicación y formación sobre los preceptos que contienen, de forma que todo el mundo sepa que hacer y cómo en todo momento.

El sexto elemento esencial de un Programa de Cumplimiento para ENSEÑAT DE CARLOS es la *Supervisión y la Verificación*. Se refiere a revisar si el Programa de Cumplimiento está funcionando correctamente, monitorizando los controles, evaluando periódicamente su efectividad, habilitando un canal de denuncias interno mediante el cual se puedan comunicar prácticas o comportamientos irregulares, que la investigación si llega el caso de tener que hacerse sea la adecuada, que se corrijan y se adapten los controles cuando sea necesario. El encargado de la supervisión es el *Compliance Officer*. Adicionalmente, señala esta autora que también será necesario realizar verificaciones periódicas, y siempre ante cambios sustanciales que afecten a la organización como puede ser el inicio de una nueva actividad, las novedades legislativas que exijan su adaptación, los cambios en la organización, en su estructura de control o en la actividad desarrollada que motiven su actualización.

El séptimo elemento esencial del Programa de Cumplimiento es el que afecta a las *Consecuencias de los Incumplimientos*, sin bien ello implica todas las medidas disciplinarias que deben existir para quienes incumplan las políticas y procedimientos de la PJ la citada autora estima oportuno que existan también medidas en forma de incentivos que favorezcan y promuevan la observancia del Programa de Cumplimiento por parte de las personas que están bajo su ámbito de aplicación, como, por ejemplo, contemplar los cumplimientos como medida positiva en las evaluaciones del rendimiento de los empleados y en el cómputo de su bonus anual.

Las medidas disciplinarias por otro lado deberán cumplir los requisitos de proporcionalidad, y de aplicación en tiempo y forma.

## **2. Elementos esenciales de un “*Compliance Program Penal*”.**

Un *Compliance Program Penal* completo es algo que trasciende en mucho a un Programa de cumplimiento penal. De hecho se podría considerar que el *Compliance Program Penal* forma parte del Conjunto de programas que configuran un Programa de cumplimiento global que abarca muchas otras áreas como pueden ser seguridad e igualdad en el trabajo, medio ambiente, privacidad y protección de datos, seguridad de la información, sociedad de la información (redes sociales, LSSI, retención de datos, cookies), control empresarial de los recursos tecnológicos corporativos, el uso de dispositivos personales con fines profesionales, propiedad intelectual y protección de activos intangibles, firma electrónica, controles para cumplir con estándares (PCI, ISO, etc.) y SLA en contratos nuevas tecnologías, blanqueo de capitales, consumidores, además de cumplir con la respectiva normativa sectorial como por ejemplo en el ámbito del Sector Sanitario y Farmacéutico sería la Directiva de regulación de los ensayos clínicos: buenas prácticas en la realización de ensayos clínicos de medicamentos de uso humano.

Varios autores<sup>69</sup> se han referido al Programa de cumplimiento Penal (también llamado corporate criminal program) como algo obligatorio, impuesto por la Ley. En nuestra opinión el Código Penal no obliga a las PJ a disponer de una Programa de cumplimiento Penal, al menos no directamente como ya hemos visto, salvo el caso de los Partidos Políticos, que de acuerdo con la L.O. 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos, que en su artículo 2, introduce el artículo 9 bis de la L.O. 6/2002, de 27 de junio de Partidos Políticos como bien resaltan VELASCO NUÑEZ y SAURA ALBERDI<sup>70</sup>. También señalan estos autores que la Liga Nacional de Fútbol Profesional, en Asamblea General Extraordinaria de 24 de septiembre de 2015, modificó sus Estatutos acordando que para

---

<sup>69</sup> Así, por ejemplo, se ha pronunciado PASCUAL CADENA, A., *El plan de prevención de riesgos penales y responsabilidad corporativa*, Wolter Kluwer, Barcelona, junio 2016, p. 381.

<sup>70</sup> VELASCO NUÑEZ, E. – SAURA ALBERDI, B., *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y Compliance* Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 39 y 40. Hacen cita específica de artículo 9 bis L.O. /2002, de 27 de junio de Partidos Políticos que transcribimos: “Los partidos políticos deberán adoptar en sus normas internas un sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión, a los efectos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal”. Y en relación a la modificación de los citados estatutos de la Liga Nacional de Fútbol Profesional, estos autores señalan de su contenido lo siguiente “... al objeto de que se proceda a la efectiva implementación de los Programas de Prevención y Detección de Delitos por parte de los Clubes /SAD afiliados, se configura un nuevo requisito de inscripción, exigible a partir de la próxima temporada deportiva 2016/17, mediante el cual las entidades afiliadas a la Liga deberán disponer de dichos programas”.

jugar en primera o segunda división es necesario haberlo implementado. Ello, junto con lo que contenía el anteproyecto visto *ut supra* en relación a la obligación de tenerlo podría hacer pensar que el legislador esté fijando un rumbo hacia la futura exigibilidad a todas las PJ. En opinión de VELASCO NUÑEZ y SAURA ALBERDI “*parece que la tendencia del legislador y determinadas estructuras privadas, empieza a decantarse en supuestos específicos hacia la implantación obligatoria de estas medidas de prevención delictiva*”.

Los grandes especialistas en Cumplimiento coinciden en que dentro de un tiempo será extraño que solo se hable de cumplimiento penal por cuanto, la interrelación con ámbitos que, *prima facie*, trascienden del penal, es inevitable. Además, se advierte que a la PJ no solo le preocupa el riesgo penal, pues en su camino existen además otros elementos que coadyuvan a la implementación de una verdadera cultura de cumplimiento, y de una manera de hacer negocios más ética. No obstante, en la RPPJ, atendido el sistema español, también procede delimitar muy bien el contenido, alcance y efectos del *Programa de cumplimiento Penal*, por cuanto es el instrumento clave para la exoneración de RPPJ. No podemos olvidar que de nada le servirá a una PJ tener un *Programa de cumplimiento Global* extraordinario, que regule incluso como deben transportarse las tazas de café por encima de una de sus plataformas petrolíferas, si a nivel penal falla estrepitosamente, y se produce un vertido de daños catastróficos para el medio ambiente. Tampoco le servirá de mucho a una compañía tener implementado y vivo en su empresa un Programa de cumplimiento Global que cubra todas las áreas señaladas *ut supra*, y sin embargo no tenga identificado en su mapa de riesgos el delito de corrupción entre particulares, y a la sazón no prevea ningún protocolo al respecto, etc. La PJ puede ser condenada, incluso disuelta, o provocar su asfixia económica. Y ello por no hablar de unas multas muy elevadas. Sin olvidar el daño reputacional que lo penal confiere al sujeto pasivo de un procedimiento mientras dura, y el estigma cuando es objeto de condena. Y sin olvidar tampoco las medidas cautelares que le pueden ser impuestas a la PJ. Dicho esto, también cabe señalar la importancia de prevenir infracciones administrativas, que a menudo pueden ser la antesala de las penales, como bien señala NIETO MARTIN, y veremos más adelante.

Hemos visto en el epígrafe anterior, los 7 pilares de un buen programa de cumplimiento. Veamos ahora la elaboración y el contenido que debe tener un *Compliance Program* (Efectivo<sup>71</sup>) para exonerar de responsabilidad penal a la PJ.

## **2.1. Elaboración de un Programa de cumplimiento penal.**

CASANOVAS YSLA<sup>72</sup> postula una serie de principios a seguir en “*el diseño y en la valoración de un sistema para la gestión del cumplimiento: apoyo de alto nivel, objetivos, estructuras organizativas y políticas, determinación de los focos de riesgo de cumplimiento, establecimiento de los controles de cumplimiento, reporte de cumplimiento, ejecución de acciones correctoras, monitoreo, documentación y revisión/certificación*”.

En la elaboración de un *Programa de cumplimiento Penal* deben participar distintas personas. Así de un lado tendríamos al especialista en el diseño de Programa de cumplimientos, tendríamos la persona que se va a encargar de la Función de Cumplimiento en la PJ (de dentro de la PJ), tendríamos también a un representante del órgano directivo, y deberían realizarse entrevistas con determinadas personas de la organización. El Programa de cumplimiento es un traje a medida, y las “medidas” deben tomarse con rigor. Cada sector tiene sus particularidades, pero es que además cada PJ tiene su propia idiosincrasia, y por ello la elaboración del Cumplimiento debe ajustarse a esa realidad.

El primer paso será conocer el sector de la PJ, y la estructura y funcionamiento de la misma. Tras hablar con cada responsable, e incluso si hace falta con el empleado concreto que aborde una concreta área, se irá elaborando en primer lugar el mapeado de riesgos de la PJ. Tras el mapeado de riesgos vendrá la determinación de los protocolos adecuados para evitar, prevenir, detectar y reaccionar ante los posibles (y probables) delitos identificados. Una vez desarrollados, deberá preverse la forma de ser implantados en la PJ, así como su ulterior desarrollo y las necesidades formativas tanto

---

<sup>71</sup> Aunque no es este aun el apartado en el que deba ser objeto de tratamiento el concepto de *Effective*, ya adelantamos que la existencia de un mero *Compliance Program Penal* no conduce de por sí a la exoneración de la RPPJ sin más, para que ello sea posible se requiere que el *Compliance Program* será efectivo, (eficaz en el sentido del fin para el que es conferido teniendo en cuenta que el riesgo cero no existe).

<sup>72</sup> CASANOVA YSLA, A., *Legal Compliance. Principios de Cumplimiento Generalmente Aceptados*, Difusión Jurídica, Madrid, 2012, p. 201.

de directivos y empleados. Por lo que, debería contener una previsión de la formación, con concreción de materias, método, número de horas necesarias, sistema de evaluación de aprendizaje de contenidos, sistema de actualización, etc. Por otro lado, el Programa de cumplimiento, deberá prever los mecanismos de control de todo ello, no solo de la posible infracción penal, sino también del buen funcionamiento del Cumplimiento. Otro elemento imprescindible es el Canal de Denuncias o Canal Ético a través del cual se pongan en conocimiento de la PJ (a través de la función de Cumplimiento) las posibles infracciones. Deberá determinarse también como deben realizarse las investigaciones internas y sus límites, así como el funcionamiento del “comité de crisis” ante un delito constatado. Deberá calcularse cuál es el coste de todo ello, y el coste de su funcionamiento, pues otro requisito es que la PJ dote de los fondos económicos y de los recursos necesarios (personal, materiales, etc.) para el buen fin tanto del *Programa de cumplimiento* como de la función de Cumplimiento (*Compliance Officer*). Deben preverse además los costes que puede suponer activar el Comité de Crisis y de las investigaciones internas, así como los costes de formación del personal, del mantenimiento del Canal de Denuncias, de la actualización del *Programa de cumplimiento*, de la contratación de especialistas externos en determinados casos, de las auditorías externas, de las certificaciones en su caso, etc.

En cuanto al contenido concreto y las normas que debe observar, deberá atenderse tanto a la parte general de la RPPJ como a la parte especial, esto es, a los delitos “*numerus clausus*” establecidos, así como a las normas de otro ordenamiento a las que remite, como son las de tipo tributario, medio ambiente, seguridad social, Protección de datos, Seguridad en las comunicaciones, y tantas otras normas administrativas. Deberá tener en cuenta también los estándares internacionales, y las normas y estándares que puedan existir sobre el sector.

Por último, hay que señalar que el Programa de cumplimiento no debería ser concebido nunca como un producto cerrado, pues requiere de una revisión, de un funcionamiento que haga que esté vivo en la PJ, de una actualización, de un sistema de chequeos de control, etc. Así si bien es posible adquirir ese Programa de cumplimiento concreto, de nada le servirá a la PJ si no está actualizado, por ejemplo.

Desde otra perspectiva, BONATTI BONET<sup>73</sup>, al abordar el Anexo A de la UNE 19601 señala que en él se dispone la correlación de los requisitos establecidos en el

---

<sup>73</sup> BONATTI BONET, F, Op. Cit., p. 50 y ss. Resalta además que la UNE 19601 sirve como nexo de unión entre los dos objetivos que persiguen las PJ al implementar el Sistema de Compliance Penal: 1)

artículo 31 bis del CP vigente en el momento de la publicación de la norma. Así a modo ilustrativo acompaña a su análisis un extracto del citado anexo en el que a cada apartado del artículo 31 bis 5 del CP le corresponden los correlativos de la UNE 19601. De tal forma que para el artículo 31 bis 5 del CP, este autor nos indica, que el Anexo A de la Norma UNE recoge los siguientes: “*4.3 Determinación del alcance, 5.2 Política de Compliance, 6.2 Identificación Análisis y evaluación de riesgos penales, 8.2 Diligencia debida*”. En relación al artículo 31 bis 5. 2º del CP, el autor, señala que la UNE citada recoge “*5.1.1 g) órgano de Gobierno*”. Del artículo 31 bis 5. 3º del CP recoge “*5.1.1 órgano de Gobierno, 5.1.3 Alta Dirección, 6.3 Objetivos de prevención de delitos y planificación, 8.3 Controles financieros*”. Del artículo 31 bis 5. 4º del CP indica de la Norma UNE “*5.1.3 h) Alta Dirección, 5.2 Política de Compliance Penal, 8.7 Comunicación de incumplimientos e irregularidades*”. Del artículo 31 Bis 5 5ª del CP señala “*5.1.3 Alta Dirección, 5.2 política de Compliance Penal, 7.3.2.1 Diligencia debida*”. Y finalmente del artículo 31 bis 5.6º del CP nos muestra “*5.1.1.e) Alta Dirección, 6.2 Evaluación de riesgos penales, 9.2 Auditoria interna, 9.3 Revisión por el órgano de Compliance, 9.4) Revisión por la Alta Dirección, 9.5 Revisión por el Órgano de Gobierno, 10. Mejora*”. En opinión de este autor ello puede operar a modo de Checklist que permita verificar y acreditar cómo el cumplimiento de los requerimientos de la Norma habilita la justificación y acreditación del Sistema ante los Tribunales.

Según BONATTI BONET<sup>74</sup>, el *Sistema de Gestión de Compliance Penal* conforme a la UNE 19601 comprendería: Política de Compliance + Sistema (obligaciones a objetivos Compliance, Función de Compliance, Cultura de Compliance, Planificación de Compliance) + evidencias documentadas, todo ello con el contexto de la organización. De la mano de este autor vemos la importancia de que pueden tener los anexos de la norma UNE 19601 en la elaboración de un Sistema de Gestión de Compliance Penal. Así del Anexo B dice que ofrece detalles y aclaraciones sobre los procedimientos de Diligencia Debida “*referidos tanto al personal que ocupa posiciones expuestas como a los socios de negocio*”. Del Anexo D, dice que contiene indicaciones “*sobre la implementación del modelo de prevención penal en las filiales de la organización y los socios del negocio, y una información sobre los requerimientos que se deberían incluir en los contratos de la organización (Anexo E- Cláusulas*

---

Fomentar una cultura ética que elimine el riesgo de que se cometan delitos en la organización. 2) Eliminar o mitigar el impacto del delito, si llegara a producirse mediante la exoneración prevista en el Código Penal.

<sup>74</sup> BONATTI BONET, F., *Op. Cit.*, p. 54 y ss.

*contractuales)", y el Anexo F dice este autor que contiene aquellas recomendaciones que deben ser tenidas en cuenta para las fusiones. Finalmente, según señala BONATTI BONET<sup>75</sup>, las 21 evidencias documentadas mínimas de las que debe disponer el Sistema de Gestión de Compliance Penal se recogen en el Anexo C de la UNE 19601. A continuación reproducimos la agrupación que realiza este autor así en relación a 1) "Alcance del sistema" le corresponde "a) alcance del sistema de gestión de Compliance, 2) "Liderazgo y Política de Compliance" le corresponden: "b) Política de Compliance Penal y c) Procedimientos para la delegación de facultades", 3) Objetivos de Compliance le corresponden "d) Identificación, análisis y evaluación de riesgos penales y metodología y criterios utilizados", 4) Cultura de Compliance le corresponden "f) Estándar común y publicado de comportamiento con el que la organización se comprometa, g) Evidencias de competencias en relación con el personal de Compliance, h) Procedimientos para diligencia debida con los miembros de la organización, i) Formación y otros recursos disponibles para mejorar el conocimiento de la organización en el ámbito de Compliance", 5) Sistema de gestión de Compliance le corresponde "j) Información necesaria para la eficacia del Sistema de Gestión de Compliance, k) Información de origen externo necesaria para la planificación y operación del Sistema, l) Evidencias que soporten los procesos, procedimientos y controles que se han llevado a cabo, m) Procedimientos de diligencia debida, n) Procedimientos para entidades bajo control, ñ) Procedimientos para incumplimientos e irregularidades, o) Procedimientos para investigación de incumplimientos e irregularidades, 6) Reporte y auditoría le corresponde "p) Evidencias de seguimiento y medición, así como informes de prevención, q) Programa de auditoria y sus resultados, r) Resultado de las revisiones del Órgano de Compliance, Alta Dirección y Órgano de Gobierno".*

## **2.2.Implementación de un *Compliance Program Penal*.**

Un punto al que se le debe dar la necesaria importancia es a la implementación de un Programa de cumplimiento, pues una cosa es adquirirlo y la otra implementarlo en la PJ. La implementación se debe hacer de la mano de la persona que lo ha diseñado

---

<sup>75</sup> BONATTI BONET, F., *Op. Cit.*, pp. 56 a 58. Señala que la "FUENTE: EXTRACTO DE LA NORMA UNE 19601".

junto con la del *Compliance Officer*. Antes de proceder a la implementación debe proyectarse en qué fases se va a realizar, qué tiempo aproximado va a tomar, con qué posibles obstáculos o dificultades se a encontrar, etc. Así si por ejemplo deberá protocolizarse un nuevo sistema de reportes con las ventas, muy posiblemente los vendedores tengan una actitud de cierta reticencia que será vencida con la implicación de la cúpula directiva, y con la resolución de los obstáculos que se vayan encontrando (formación, ajuste de protocolos, interacción, etc.)

En nuestra opinión la implementación requiere de un cálculo y de una determinación de tiempos, fases y controles de funcionamiento. Hay que insistir en la idea de que no basta con adquirir un Programa de Cumplimiento Penal, hay que implementarlo debidamente.

Parece ser que en lo que más están fallando los Programa de cumplimientos es en su implementación. Ello es porque este aspecto también tiene que estar diseñado. De nada sirve tener la mejor herramienta si no se implementa de forma adecuada. A tal fin hay que determinar fases, sectores, calendarizarlo todo, e ir haciendo chequeos sobre el correcto funcionamiento de la fase implantada. Un Programa de cumplimiento de gran magnitud tardará tiempo en implementarse completamente, y hay que ser realistas en este aspecto. En ese juicio de exigibilidad a la PJ, en un concreto caso en el que no le fuera exigible tener el Programa de cumplimiento implementado ya,<sup>76</sup> si se recoge un protocolo de implementación realista y acorde con las exigencias del mapeado de riesgos, la PJ podría acreditar llegado el caso que a pesar de que no tenía implementada esa fase del Programa de cumplimiento, si la tenía diseñada, si había implementado las más urgentes, y no había llegado a ella por serle materialmente imposible aún hacerlo.

### **2.3. Contenido de un *Compliance Program Penal***

Nuestro Código Penal ha resuelto la cuestión que, a efectos eximentes de responsabilidad penal, el contenido de dichos programas, debe tener, como imprescindibles, los requisitos establecidos en el artículo 31 bis 5 del CP. Así, sin perjuicio de que pueda tener más elementos establece los requisitos que deberá contener el *Programa de cumplimiento penal* para tener el efecto eximiente previsto para las dos

---

<sup>76</sup> Nos referimos a casos en los que por distintas razones legítimas la PJ no haya tenido tiempo material de implementarlo.

vías de imputación, teniendo en cuenta que para la segunda se requieren además del Programa de cumplimiento la concurrencia de otros requisitos. Por ello, hay que poner este artículo en relación con los artículos 31 bis 2 y 4, así como con el artículo 31 bis 1 a) y b) del CP. Y ello, por cuanto la interrelación existente nos lleva a configurar los requisitos con un contenido más profundo y complejo de lo que *prima facie* pudiere parecer. Por lo que, si bien postulamos que no resultaría conforme a Derecho exigir más de lo que la propia ley prevé para una exoneración penal, sí que entendemos que los requisitos de un *Programa de cumplimiento Penal eficaz* son muchos más de los que a priori parecen de una mera lectura del artículo 31 bis 5 del CP. Ello es así por el necesario desarrollo del contenido de los elementos que requiere el CP para tal consideración. Así, a continuación, procederemos a estudiar cada una de las condiciones que exige el artículo 31 bis 5 del CP desarrollando su necesario contenido y poniéndolo en relación con el resto de preceptos de necesaria consideración. En tal caso, podría concluirse que la PJ no debería ser condenada.

**a) Mapa de riesgos: Ex art. 31 bis 5. 1º del CP: “*1º Identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos delitos que deben ser prevenidos.*”**

Como cuestión previa conviene dejar establecido que la identificación de las actividades referidas no se hace solo en un primer momento, determinado y para la elaboración del *cumplimiento*, sino que se hará en ese momento y cada vez que resulte necesario<sup>77</sup>. Como señala NIETO MARTÍN<sup>78</sup>, tras esa primera evaluación global del riesgo, “*en lo sucesivo es conveniente ir afinando esta evaluación y realizarla en relación a concretos sectores de la actividad*”.

Habitualmente se conoce como el mapeado de riesgos a la actividad de identificar las actividades en cuyo ámbito se puedan cometer delitos, y determinar el tipo de riesgo

---

<sup>77</sup> Como se desarrollará en profundidad *ut infra*. Por otro lado, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. citando literalmente a BOCK describe muy bien la importancia de ello, ya que “*la identificación de riesgos no es por ello un proceso único, sino que precisa de la evaluación reiterada en forma de una ininterrumpida vigilancia. (...)*”, en “La Culpabilidad de la persona jurídica”, AAVV BAJO FERNÁNDEZ, M. – FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015m de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarro), 2016, p. 204.

<sup>78</sup> NIETO MARTÍN, A., “Código ético, evaluación de riesgos y formación”, AAVV NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 154.

que supone para la PJ. Como señala CASANOVAS YSLA<sup>79</sup>, directrices de la propia OCDE ya señalaban la importancia de dicha identificación, y los entornos COSO u OCEG también lo recogen.

El mapeado de riesgos puede ser exclusivamente penal o también recoger otro tipo de riesgos no penales como podría ser por ejemplo en materia de protección de datos. Lo cierto es que para una PJ resulta más conveniente abordar todos los riesgos, no solo los penales, pues hay sanciones no penales que además de un gran perjuicio reputacional puede conllevar multas muy elevadas. Por no hablar de la ulterior constancia en algunos “registros de infractores”, y de los problemas derivados de infracciones a priori no penales que podrían llegar a ser penales, como puede ocurrir por ejemplo en materia de prevención del blanqueo de capitales. El historial de infracciones de la PJ es importante.

Por lo tanto, la primera cuestión es **decidir el alcance del mapeado de riesgos**, pues más allá de lo requerido por el 1º del art. 31 bis 5 del CP, es una decisión de los directivos de la PJ ampliarlo a ámbitos no puramente penales. En nuestra opinión, no puede ser exigible para una PJ que para que su *Programa de cumplimiento* sea efectivo y tenga un efecto eximente de responsabilidad penal, también deba recoger una completa identificación de los focos de riesgo de incumplimiento en todas las áreas, más allá de las penales. Pues sería ir más allá de lo que pide el CP. Ahora bien, nos parecería acertado y conveniente que la PJ puesta a determinar los riesgos penales, ampliara el foco de análisis y aboradara también otras áreas de gran importancia como es en materia de Prevención del Blanqueo de Capitales, en materia de Protección de Datos, en materia de Privacidad y seguridad de la información, etc. En este sentido debemos coincidir además con NIETO MARTÍN<sup>80</sup> en que en muchos casos la diferencia entre el tipo penal y el sancionador administrativo es muy difícil de trazar y no tendría mucho sentido hacer un inventario de infracciones puramente penal<sup>81</sup>. Y

---

<sup>79</sup> CASANOVAS YSLA, A., *Legal Compliance. Principios de Cumplimiento Generalmente Aceptados*, Difusión Jurídica, Madrid, 2013, p. 179 y ss. Este autor apunta además a que desde determinados ámbitos se convirtió en mucho más que una recomendación, convirtiéndose en un elemento clave en el que además no solo tenían que tomar en consideración las particularidades de la propia organización y sus productos, sino también los mercados en los que operase. (Cita ad ex, Transparency International, y la *Guidance to the Bribery Act*)

<sup>80</sup> NIETO MARTÍN, A., “Código ético, evaluación de riesgos y formación”, AAVV NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 155.

<sup>81</sup> En este sentido también se han pronunciado autores como GONZÁLEZ FRANCO, J.A., SCHEMMEL, A., y BLUMENBERG, A., *vid.* “La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento”, AAVV ARROYO ZAPATER, L. – NIETO MARTÍN, A., (dirs.) *El*

desde dicha perspectiva coincidimos con este autor también en que el ilícito administrativo, por lo general si sitúa en el ámbito previo al tipo penal, por lo que su prevención es a su vez la mejor forma de prevenir infracciones penales. Para el caso de delitos como el cohecho en el que no existiría una infracción administrativa de referencia apunta este autor que podría utilizarse el Código Ético como “normas de flanqueo”, semejantes a las que se contienen en el derecho administrativo. Dicha propuesta nos parece muy acertada, y además sería claramente indicativa de la existencia de una cultura de cumplimiento, de una preocupación real por parte de la PJ para evitar que se produzcan dichos ilícitos penales.

Es decir, llegado el caso en el que tuviéramos que valorar el *Programa de cumplimiento*, un mapeado de riesgos que incluyera estas áreas sin duda debería ser considerado dentro de una “voluntad superior de cumplir la norma”, superior al que se centra exclusivamente en los riesgos penales. Lo que llevaría, a nuestro juicio, a tener un elemento a tomar en consideración –siempre que no se trate de mero “maquillaje”– en la determinación de la existencia o no de Cultura de Cumplimiento en la Empresa, la fidelidad al Derecho. Además, resulta obvio que hacer lo más supone un sobrecoste económico y de esfuerzos a la PJ, que no puede ser menos tenido en la valoración del *Programa de cumplimiento* y de la Cultura de Cumplimiento.

En la determinación del alcance también hay que tener en cuenta la estructura y operatividad de la PJ, así deberá tenerse en consideración los riesgos derivados de la actividad internacional de la PJ. Lo cual como bien señala NIETO MARTÍN<sup>82</sup> nos llevará a atender “*no sólo al ordenamiento del país donde la empresa desarrolla la actividad, sino también de la aplicación extraterritorial de otros ordenamientos*” citando como ejemplo la regulación sobre corrupción.

**La segunda cuestión es quien<sup>83</sup> puede hacer un mapeado de riesgos.** El mapeado de riesgos es muy importante, y no puede dejarse en manos de una persona que no tenga los conocimientos necesarios en materia normativa, ni en una persona que no haya podido tener acceso a la PJ para conocer bien su funcionamiento, estructura,

---

*Derecho Penal en la Era Cumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 158 y ss. Señalando que se trata de cumplir y de respetar normas específicas bien de medio ambiente o de competencia, trascendiendo al Derecho Penal, por lo que el “*cumplimiento empieza mucho antes de los límites del tipo penal*”.

<sup>82</sup> NIETO MARTÍN, A., *Op. Cit.* “Código ético, evaluación de riesgos y formación...”, p. 155.

<sup>83</sup> ENSEÑAT DE CARLOS, *Op. Cit.*, destaca que es una de las funciones más importantes del *Compliance Officer*.

organización, mercado, e idiosincrasia<sup>84</sup>, ni en una persona que no posea la capacidad para determinar esos riesgos y su posible alcance. Debemos coincidir con NIETO MARTÍN<sup>85</sup> en que al abordar el análisis de riesgos debemos tener en cuenta el enfoque de una actividad multidisciplinar.

En nuestra opinión, lo ideal sería que el mapeado de riesgos lo hiciera un especialista en Derecho Penal<sup>86</sup>, cuanto menos de la RPPJ, o por un especialista en Cumplimiento debidamente formado en el ámbito del Derecho penal y procesal penal. En ningún caso parecería acertado que una empresa que se dedicare a la elaboración de Programa de cumplimiento, envíe para el “mapeado de riesgos” a un becario o alguien sin la suficiente formación y capacidad de determinación de dichos riesgos. El *Programa de cumplimiento* es un traje a medida, y las medidas tiene que tomarlas “el sastre”.

Además, el número de horas de trabajo que requiere un buen mapeado de riesgos no es cuestión baladí, y aquí entramos en la **tercera cuestión: cómo se hace un mapeado de riesgos**. Recordemos que además de poseer un buen nivel de preparación<sup>87</sup>, una especialización<sup>88</sup>, la persona que se encargue de identificar los

---

<sup>84</sup> El Diccionario de la RAE lo define como conjunto de rasgos y el carácter distintivo de un individuo o comunidad, y el Diccionario María Moliner define este término también como manera de ser de una persona o de una colectividad, por lo tanto, entendemos sería aplicable al conjunto de personas que forman la PJ, y de hecho podríamos aplicarlo también a la propia PJ.

<sup>85</sup> NIETO MARTÍN, A., “Código ético, evaluación de riesgos y formación”, AAVV NIETO MARTÍN, A., (dir.), *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 154.

<sup>86</sup> Resultan muy interesantes las 5 funciones del abogado penalista que proponen GONZÁLEZ FRANCO, J.A., SCHEMMEL, A. y BLUMENBERG, A. en “La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento”, AAVV ARROYO ZAPATER, L. – NIETO MARTÍN, A. (dirs.), *El Derecho Penal en la Era Cumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.158 a 162. Así en primer lugar para orientar, en segundo lugar intervenir en el *análisis de riesgos*, en tercer lugar para *evitar un diseño y manejo erróneos* de la Cumplimiento, de los instrumentos de prevención (con acierto señalan que un programa de cumplimiento mal diseñado puede ser un multiplicador de deberes de garantía “*de tal modo que todos acaben siendo responsables por todo y colarse así la responsabilidad penal en el caso del mismísimo consejo de administración*”), en cuarto lugar es que el diseño debe tener en cuenta que al final quien valorará el *Programa de cumplimiento* será el Juez por lo que dicho diseño debe *contar con la “mentalidad del abogado penalista”* (los autores lo llaman “*traducción*” por cuanto Jueces y abogados “*hablan el mismo lenguaje*”), finalmente en quinto lugar citan la *reacción*, pues ésta deberá ser siempre conforme a Derecho y serán muchas las dudas que se planteen necesitándose de un abogado penalista. Es muy acertado lo que estos autores exponen por cuanto ante la comisión de un ilícito la consulta al abogado penalista tiene dos importantes beneficios: el primero es que para determinar la conveniencia o no de comunicar el hecho y saber en qué medida le conviene como estrategia defensiva la cooperación o no; y el segundo es que la intervención de un abogado externo desde el primero momento será vital para optimizar recursos defensivos.

<sup>87</sup> Insistimos en la preparación y en la especialización, pero por otro lado entendemos que ni hace falta ni debería ser exigible que dicho especialista tenga que ser un Abogado en ejercicio, ni siquiera haber ejercido como tal con anterioridad.

<sup>88</sup> Para NIETO MARTÍN aunque el análisis de riesgos forma parte del *control interno* resulta necesario el punto de vista del Derecho Penal (para señalar las distintas formas de aparición en que se puede dar en el

riesgos tendrá que ir a la sede la PJ, conocer sus responsables y entrevistarse con ellos, con los encargados de cada departamento y entrevistarse con ellos, inclusive es posible que también con algún trabajador, ver cómo funcionan, si siguen o no algún protocolo, detallar las medidas que toman, identificar situaciones o posiciones de riesgo, valorar el impacto de ese riesgo, conocer el ámbito de la PJ y su “mercado”, su relación con terceros, valorar el nivel de conocimiento y formación de los empleados y determinar carencias y necesidades a fin de prevenir riesgos. Es decir, por más especialización que tenga la persona encargada de realizar el mapeado de riesgos (en Derecho Penal y procesal penal, *cumplimiento*, materias concretas, etc.), y por más experiencia que tenga en ello, por propia definición el mapeado de riesgos lleva trabajo, lleva tiempo. Además, como apunta ENSEÑAT DE CARLOS la identificación de los riesgos del cumplimiento “es un ejercicio que debe ser dinámico, no estático”. Es decir, **se requiere una constante actualización en relación a los riesgos<sup>89</sup>**. Y ello se produce principalmente de tres maneras: una con una actualización periódica (con un mínimo de una vez al año, aunque según el sector debería ser cada 6 meses o incluso menos), otra ante cualquier cambio en la legislación o de la organización, y otra ante cualquier “evento de riesgo<sup>90</sup>”. Es decir, si aparece una nueva norma publicada en el BOE que provoca que directa o indirectamente la PJ tenga que identificar algún nuevo riesgo no se puede esperar a la fecha prevista (por ejemplo, anualmente) para realizar los cambios necesarios, sino que habrá que actuar tan pronto se presente dicho cambio. Igualmente, si la PJ realiza cambios en su organización, cambiando por ejemplo algún departamento (creando, fusionando), o cambiando personas de puesto, o aparezca cualquier novedad que requiera actualizar la identificación de riesgos. Por otro lado, si se produce una denuncia o el *Compliance Officer* detecta alguna irregularidad, algún “evento de riesgo”

---

tráfico de la empresa cada delito) y de la Criminología (en relación a los factores que pueden desencadenar conductas delictivas). *Vid.* NIETO MARTÍN, A., “Código ético, evaluación de riesgos y formación” AAVV, NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 154

<sup>89</sup> CARRAU CRIADO incluye dentro de las “Medidas de Prevención” que contendrá el “Reglamento de Cumplimiento” la necesidad de un análisis periódico de riesgos, la detección de eventos de riesgo (con un examen especial de dichos eventos en su caso), así como la incidencia del canal de denuncias, CARRAU CRIADO, R., *Compliance para Pymes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 41 a 45.

<sup>90</sup> Entendiéndolo como un suceso denunciado o detectado que hace saltar las alarmas de la PJ. CARRAU CRIADO, lo señala como una medida de prevención junto con el análisis periódico de los riesgos, el canal de denuncias o canal de comunicación, y la detección de eventos de riesgo, entre otras medidas. Según expone ante un concreto evento de riesgo, deberá ser sometido a un estudio especial bajo tres enfoques a los efectos de a) determinar el alcance de la infracción y si tiene relevancia penal, b) averiguar cómo ha sido posible que se produjera (para evitarlo en un futuro), y c) planteamiento de cuáles han de ser las medidas inmediatas a adoptar, incluyendo la valoración de unas medidas preventivas previas a efectos de una posible atenuación de las consecuencias o daños causados. CARRAU CRIADO, R., *Compliance para Pymes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 44 y 45.

(como lo llama CARRAU CRIADO), debe procederse, entre otras medidas, a “actualizar” dicho mapeado de riesgos o las medidas implementadas frente a éstos.

Como bien señalaba, ya antes de la reforma de 2015, ARTAZA VARELA “*un programa de cumplimiento que no guarda relación con la gestión de aquellos riesgos más relevantes vinculados a los peligros ya identificados de su actividad, nunca podría ser catalogado como efectivo ya que falla en su núcleo*<sup>91</sup>”.

Debemos convenir en que cada riesgo debe ser analizado de forma individualizada, y de ser posible, también evaluado y medido en términos de frecuencia<sup>92</sup>. El riesgo se convierte pues en un sujeto de estudio científico pormenorizado, desvaneciéndose con este avance, en gran medida, la llamada “incertidumbre del riesgo”, para no caer en otro riesgo, el de la incertidumbre sobre la situación real de la PJ en relación con lo exigido por el ordenamiento jurídico.

**La cuarta cuestión es el coste del mapeado de riesgos.** Podemos concluir que para cubrir bien la exigencia del 1º requisito del art. 31 bis 5 del CP, hace falta especialización, trabajo y tiempo, lo cual sin duda se traduce en un coste para la PJ. Si la identificación de los riesgos se hace por persona no suficientemente preparada, o bien de forma insuficiente, defectuosa, apresurada y sin profundidad, o bien sin el conocimiento necesario de las características descritas *ut supra* de la PJ, es poco probable que el *Programa de cumplimiento* llegue a estar bien hecho.

También tendrá que *tomarle el pulso* a la PJ para saber su nivel de Cultura de Cumplimiento<sup>93</sup>.

**La quinta cuestión es la actuación de la PJ en el mapeado de riesgos.** Nuestro criterio en la elaboración del mapeado de riesgos es el de que la PJ tiene que prestar una

---

<sup>91</sup> ARTAZA VARELA, O., en “Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal”, AAVV MIR PUIG, S. – CORCOY BIDASOLO, M. - GÓMEZ MARTÍN, V., *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer S.L., Madrid, 2014, p. 252.

<sup>92</sup> Como señala CARRAU CRIADO debe reflejarse la cantidad de veces que podría darse la infracción, así como la gravedad de sus consecuencias. Además, nos recuerda que “en términos de UNE-ISO 19600 2014 de AENOR el mapa de riesgos debería determinar las causas de incumplimientos, la gravedad de sus consecuencias, la probabilidad de ocurrencia y las consecuencias asociadas”. CARRAU CRIADO, R., *Compliance para Pymes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 24.

<sup>93</sup> Por ejemplo, si una empresa del ámbito de la restauración, que a pesar de tener un exhaustivo Programa de cumplimiento, llegadas las fechas navideñas, el Director General de la misma recibe, en la sede de la empresa, un regalo consistente en varias cajas de un vino excelente, de uno de sus proveedores, y al respecto nadie toma medidas, sería indicativo de que algo falla, y de que la cultura de cumplimiento o bien es insuficiente, o bien precaria, o bien no está arraigada.

completa colaboración a fin de que pueda realizarse un correcto, completo y adecuado análisis e identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos delitos que deben ser prevenidos. Si la PJ ocultare o falseare datos o información a la persona o equipo que está realizando dicho diagnóstico y mapeado de riesgos, obviamente se estaría colocando en una doble situación crítica: en primer lugar el *Programa de cumplimiento* que en su día de implante de poco lo serviría en un proceso penal, además de ser demostrativo de una falta de cultura de cumplimiento. Es decir, vendría cargado con la etiqueta de “maquillaje” que tanto se criticaba en la Circular 1/2011 de la FGE. En segundo lugar, el riesgo concreto ocultado o falseado, de ser éste de alta probabilidad e impacto elevado, podría llevar en casos extremos a la extinción de la PJ, bien directa bien derivada<sup>94</sup>.

No resulta ocioso recordar con ESCUDERO<sup>95</sup> que, por un lado -con carácter previo- hay que definir hasta donde alcanzará el *Programa de cumplimiento*, pues en organizaciones muy complejas, grandes empresas con filiales, etc., resultará necesario ajustarse a su realidad, y luego, por otro lado, es necesario realizar una buena definición de los riesgos pues se trata de hacer que “*el programa resulte efectivo desde un punto de vista práctico, y garantice que los recursos disponibles se utilizan de manera eficiente*”.

Como indica CARRAU CRIADO<sup>96</sup>, el mapa de riesgos deberá identificar sobre el “mapa de actividades” los concretos riesgos que se producen, “*determinando también los sujetos intervenientes en las decisiones y actos que están afectados por el riesgo.*”

Insistimos pues en, el “deber” de colaboración de la PJ, en esta fase, que a nuestro juicio, es de vital importancia, puesto que un incorrecto diagnóstico de la situación de la PJ en relación con sus obligaciones legales, los riesgos en los que puede incurrir, y sobre la valoración del impacto de los mismos, llevaría a una incorrecta o defectuosa planificación de los protocolos a implementar, con resultados que pueden ser catastróficos. Dicho deber de colaboración entendida con alguien externo a la

<sup>94</sup> Pues por la naturaleza y entidad de algunas penas a la PJ su extinción puede venir directamente en determinados supuestos ex. Art. 33.7.b) del CP por su disolución, o derivada en el caso por ejemplo de una empresa a la que se le impone una fuerte sanción económica, junto con el daño reputacional, y la caída en picado dentro del mercado en el que actúa. Sin duda, la conjunción de determinados factores puede llevar también al cierre, a la extinción de dicha PJ.

<sup>95</sup> Como bien señala ESCUDERO, M., en “Diagnóstico y mapa de riesgos de Compliance”, AAVV SÁIZ PEÑA, C.A. (coord.), *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 533 y ss. Si bien su excelente trabajo se basa en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, anterior a la reforma de 2015.

<sup>96</sup> CARRAU CRIADO, R., *Compliance para Pymes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 24.

organización que realiza el *Cumplimiento*, mantiene su vigor y nivel de exigencia cuando se trata de un *Compliance Officer*.

ESCUDERO<sup>97</sup> señala con acierto que hay que acudir a la teoría de la gestión general sobre la gestión de riesgos y ayudarnos de los estándares internacionales como la ISO 31000:2009, que se completa con la ISO/IEC 31010:2009-Gestión de Riesgos-Técnicas de evaluación de riesgos, la Guía ISO 73:2009-Gestión de Riesgos-Vocabulario. Sin olvidar la ISO 19600 sobre Sistemas de Gestión de Cumplimiento y la ISO 31.000. ENSEÑAT DE CARLOS<sup>98</sup> coincide también en seguir las pautas que define la norma UNE-ISO 31000.

**La séptima cuestión, es la relativa al proceso de análisis de riesgo.** Hay que distinguir distintas fases<sup>99</sup> en el proceso de análisis de riesgos, nosotros tomaremos la siguiente de entre las que actualmente existen expuestas: 1) Identificación del riesgo, 2) Análisis del riesgo, y 3) Evaluación del riesgo.

1) Así en la **Identificación del riesgo**, tomando el catálogo cerrado de delitos por los que se articula la RPPJ apunta ESCUDERO que hay que elaborar un diagnóstico en el que se analizará la situación de la organización, para lo cual resulta importante tener un conocimiento detallado del funcionamiento de la empresa y de su entorno, logrando la participación de distintas áreas o departamentos. Es un punto en el que coinciden todos los especialistas de Cumplimiento, y en la obtención de ese conocimiento detallado la participación, la involucración de la PJ es esencial. Y además las necesarias

---

<sup>97</sup> ESCUDERO, M., *Op. Cit.*, p. 534.

<sup>98</sup> ENSEÑAT DE CARLOS, S., *Op. Cit.*, p. 65 y ss. En el cuadro que aporta en su obra vemos que tras el establecimiento del contexto se procede a la identificación de los riesgos, después al análisis de los riesgos, y tras ello a la evaluación de los riesgos, y finalmente al tratamiento de los riesgos.

<sup>99</sup> Así lo hacen ESCUDERO, M., *Op. Cit.* p. 533 y ss., ENSEÑAT DE CARLOS, S., *Op. Cit.* p. 72 y ss. También resulta muy acertada la clasificación de las fases del análisis de riesgos que hace NIETO MARTÍN, con 5 fases principales: a) Fijación del objeto, b) Identificación de las posibles infracciones, c) Probabilidad del riesgo, d) Evaluación del riesgo, e) Tratamiento del riesgo, f) Revisión. Vid. NIETO MARTÍN, A., *Op. Cit.*, pp. 154 a 160. De hecho, ya con anterioridad a la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo, ARTAZA VARELA, O., siguiendo la metodología de COSO, expone que tras la “planificación del riesgo” se iniciaría una serie de fases o etapas conocidas como *Risk Management*: “A) identificación del riesgo; b) evaluación cualitativa y cuantitativa del riesgo; c) priorización del riesgo y planificación de la respuesta al mismo; e) Monitoreo del riesgo”, vid. “Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal”, AAVV MIR PUIG, S. – CORCOY BIDASOLO, M. - GÓMEZ MARTÍN, V. (dirs.), HORTAL IBARRA, J.C. – VALIENTE IVAÑEZ, V. (coords.) *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer S.L., Madrid, 2014, p. 250 y 251. Especial interés recaba su análisis de acuerdo con referencias internacionales, elaborando una descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal.

entrevistas con las personas de las áreas o departamentos para conocer sus funciones, de conocer el sector en el que opere la PJ así como la normativa aplicable, para ESCUDERO, hay que tener en consideración la existencia de estándares propios del sector, así como la dispersión geográfica y los factores externos, como por ejemplo campañas de inspecciones a un sector determinado por parte del órgano regulador, que podrían resultar condicionantes.

CARRAU CRIADO<sup>100</sup>, también plantea la necesidad de un análisis de la organización previa, incluyendo la normativa previa (interna) y la estructura organizativa de la PJ, desde la perspectiva de las dos vías de imputación que dispone el artículo 31 bis CP; así como la creación de un mapa de actividades externas e internas.

Parece un instrumento útil la propuesta de ENSEÑAT DE CARLOS, que teniendo en cuenta las diferencias existentes entre diferentes organizaciones, postula que en la fase de identificación de riesgos se debería realizar una serie cuestionarios<sup>101</sup>, y que además pueden servir como guía del *Compliance Officer* en esa identificación. Así distingue diferentes apartados: “a) Riesgos relacionados con la actividad, b) Riesgos relacionados con productos y servicios, c) Riesgos relacionados con canales de distribución, d) Riesgos relacionados con las áreas geográficas, e) Riesgos relacionados con las normas de conducta”. Además, plantea una interesante clasificación o desglose de los riesgos, en distintos niveles, ampliando en detalle la descripción del mismo según su nivel. Así respecto de una actividad, dentro del Riesgo de Nivel 1, existirían una serie de ítems como “licencias y permisos”, “implantación de nueva normativa”, “actividad transfronteriza” “agentes y prescriptores” que configuran el Riesgo con Nivel 2, y a ello hay que ampliar en el Riesgo de Nivel 3, por ejemplo en relación a las “Licencias y permisos” que existe el riesgo de que: “No se cuenta con las necesarias autorizaciones o licencias”, “no se cumple con los requisitos establecidos en las autorizaciones o licencias”, “se opera con productos o servicios que no cuentan con los preceptivos permisos”.

---

<sup>100</sup> CARRAU CRIADO, R., *Compliance para Pymes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 21. El autor recuerda que en España la “UNE-ISO 19600 2014 de AENOR plantea la necesidad de identificar los riesgos de Cumplimiento relacionando sus obligaciones de Cumplimiento con sus actividades, productos, servicios y aspectos relevantes de sus operaciones”, vid. en p. 23. Distingue entre actividades internas como las propias de la organización intrínseca de la PJ (por ejemplo, gestión de datos de carácter personal, obligaciones administrativas y tributarias), de las actividades externas que serían todas aquellas relacionadas con los “inputs” que recibe la PJ y los “outputs” que transmite “incluyendo los procesos de elaboración: compras, ventas, fabricación, embalaje, transporte, prestación de servicios, residuos, etc.”

<sup>101</sup> ENSEÑAT DE CARLOS, S., *Manual del Compliance Officer. Guía práctica para los responsables de Compliance de habla hispana*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p.73 a 79.

2) En el **Análisis del riesgo** ESCUDERO señala los factores<sup>102</sup> a tener en cuenta en la (1) *valoración de la probabilidad* y (2) el *análisis de los impactos*. Dentro de los factores a tener en cuenta en (1) *la valoración de la probabilidad* este autor apunta que hay que atender a:

- a) *La actividad de la empresa.* Para distinguir los riesgos remotos de los probables hará falta cruzar los datos de las actividades de la empresa y de los delitos por los que pueda tener que responder como tal según el vigente CP.
- b) *La situación económica de la empresa.* Pues a juicio de la autora cuando “una entidad atraviesa dificultades económicas puede existir un mayor grado de probabilidad de comisión de delitos”.
- c) *La historia de la empresa*<sup>103</sup>. Referida a los requerimientos y sanciones que le hayan podido imponer, debiéndose revisar porqué motivo se sancionó, teniendo en cuenta que, por alto índice de probabilidad de que la conducta se vuelva a repetir si no se han tomado medidas efectivas y eficaces. Información que señala la autora deberá obtenerse de las entrevistas realizadas y de las sentencias o resoluciones administrativas y hemerotecas.
- d) *La cultura de cumplimiento dentro de la empresa.* Es decir, se centra en la existencia previa al diagnóstico y mapeado de riesgos, de unos valores conducentes al cumplimiento del marco normativo<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> Nos preguntamos si llegarían a tener la consideración de factores criminógenos entendidos como los elementos cuya suma contribuyen a un determinado resultado criminal.

<sup>103</sup> NIETO MARTÍN coincide en que habrá que analizar la historia, y propone además actuar por “familias de infracciones”, pues, aunque no exista una condena por delito fiscal la comisión reiterada de infracciones tributarias sería claramente sintomática de un riesgo. *Vid. NIETO MARTÍN, A., “Código ético, evaluación de riesgos y formación” AAVV, NIETO MARTÍN, A. (dir.), Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 156.*

<sup>104</sup> Con acierto señala ESCUDERO, M., *Op. Cit.*, p. 542, que de un lado la inexistencia de una cultura de cumplimiento normativo, de controles internos, de documentación de procesos, así como la falta de formación a los trabajadores, y de protocolos de actuación como por ejemplo de reporte a sus superiores de determinadas conductas, etc., supone un incremento del grado de probabilidad de que se cometan hechos delictivos que generen RPPJ. Mientras que lo contrario hará que esa probabilidad sea mucho menor. Si bien, recuerda que “*No obstante, se deberá revisar todo el programa implantado en la empresa en tanto que no basta con elaborar un Programa de Compliance sino que hay que llevarlo a la práctica y disponer de evidencias que demuestren su efectivo cumplimiento*”.

- e) *Aspectos relacionados con el personal.* Dentro de este apartado la autora destaca las empresas con amplia plantilla de personal, y las que tienen gran rotación por la complicación que supone en la implantación de la cultura de cumplimiento.

Respecto de (2) *el análisis de impactos*, coincidimos con ESCUDERO en que tiene que atender tanto a las *penas aplicables* como al *daño reputacional*. El daño reputacional no depende de la condena que un Juez haga a la PJ, sino que puede venir por la mera publicación de una presunta comisión de un hecho delictivo por la PJ. Como bien señala esta autora, esto puede producir desconfianza en accionistas e inversores, en clientes, y en el mercado en general. Las pérdidas económicas en que se puede traducir el daño reputacional no es el único perjuicio derivado del daño reputacional mismo, sino que además debe valorarse “*la dificultad para recuperar los niveles de confianza, aun cuando la empresa fuera absuelta o incluso en los casos en los que ni siquiera se llegara a imputar*” (ESCUDERO).

3) En la **Evaluación de Riesgos**, siguiendo a este autor, tras la llamada “*matriz de riesgos*” la PJ podrá determinar en relación a un riesgo concreto si lo puede asumir, si lo puede trasladar a un tercero, si lo puede eliminar mediante medidas concretas, o bien si puede ser tratado para minimizarlo. En este último supuesto esta autora apunta que “*los resultados del análisis realizado darán información sobre prioridades con los que realizar acciones de cara a mitigar los riesgos y los esfuerzos a y recursos a destinar a cada uno de ellos para conseguir una gestión eficiente del mismo*”.

PASCUAL CADENA<sup>105</sup> propone un interesante sistema de cuestionario que se integraría en el Manual de prevención de riesgos penales y a través del cual se trataría de responder con un sí o un no a cuestiones específicas para cada tipo delictivo, y el resultado vendría a determinar el nivel de riesgo en función del número de respuestas afirmativas constatadas. “*No obstante, el requerimiento inicial de documentos habrá de ser el mayor apoyo para su valoración*”. En tal sentido también se ha pronunciado NIETO MARTÍN<sup>106</sup>, señalando como elemento clave la realización de encuestas o entrevistas a directivos y empleados, así como el análisis de los controles de que dispone una empresa en relación a cada riesgo.

---

<sup>105</sup> PASCUAL CADENA, A., *El plan de prevención de riesgos penales y responsabilidad corporativa*, Wolter Kluwer, Barcelona, junio 2016, p. 412 y ss.

<sup>106</sup> NIETO MARTÍN, A., Op. Cit., “Código ético, evaluación de riesgos y formación...”, p. 156.

ENSEÑAT DE CARLOS<sup>107</sup>, sostiene que, en la Evaluación de los Riesgos, debe procederse a la identificación y definición de los controles para prevenir o mitigar esos riesgos previamente identificados. Esta autora propone tres tipos de controles: a) los controles de prevención, que incluirían las a.1) Políticas y procedimientos, a.2) los controles organizativos, y a.3) los controles de procesos; b) los controles de reacción, que a su vez incluirían las b.1) Medidas disciplinarias y b.2) Los incentivos; y c) los controles de detección, que a su vez incluirían c.1) la Monitorización de Cumplimiento, c.2) los Indicadores de riesgo, c.3) el Análisis de las reclamaciones, y c.4) el Canal de denuncias. Y atendiendo al diseño y efectividad de dichos controles éstos se evaluarían como: “*1) Débil si no existe control o deficiencias muy significativas en su diseño. 2) Limitado, si existe algún control pero, o bien su diseño no es el adecuado para mitigar el riesgo inherente, o bien el control no está siendo ejecutado correctamente. 3) Fuerte, si existe un control que está adecuadamente diseñado y que se ejecuta correctamente, pero que depende de intervenciones humanas. 4) Automatizado, si existe un control que está adecuadamente diseñado, que se ejecuta correctamente y que incorpora controles automáticos robustos.*” Y antes de proceder propiamente al Tratamiento de dichos riesgos, en la evaluación de riesgos, sostiene que debe estimarse cuál es el riesgo residual<sup>108</sup> en cada caso. Define el riesgo residual como el que es asumido por la organización después de la aplicación de los controles y medidas de prevención, obteniéndose por tanto del cruce entre el “riesgo inherente” y la “efectividad de los controles asignados en cada riesgo”. Y debe documentarse todo detalladamente. Nos preguntamos si es asumible desde una perspectiva puramente penal la asunción por la PJ de cualquier riesgo residual y en caso de ser afirmativa la respuesta, ¿Qué consideración tendría tanto en la efectividad del *Programa de cumplimiento* como en un eventual proceso penal contra la PJ? Para responder a ello debemos recordar que el riesgo cero no existe, y al respecto existe una postura pacífica e incontrovertida por la dogmática española. Si el riesgo cero no existe, ello significa que el riesgo residual debe quedar documentado a los efectos de que tenga dicha consideración y de poder acreditarla. Para explicar su tratamiento ENSEÑAT DE CARLOS<sup>109</sup> introduce el

---

<sup>107</sup> ENSEÑAT DE CARLOS, S., *Manual del Compliance Officer. Guía práctica para los responsables de Compliance de habla hispana*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 83 y ss.

<sup>108</sup> ENSEÑAT DE CARLOS, S., *Op. Cit.*, p. 86 y 87. Además el documento que documente dicha evaluación tendrá que estar actualizado con todas las implementaciones y cambios realizados. Como señala esta autora puede ocurrir que sea necesario aportar este documento tanto a una Auditoría Interna como a un Tribunal de Justicia, u otras autoridades en su caso.

<sup>109</sup> ENSEÑAT DE CARLOS, S., *Op. Cit.*, p. 87.

concepto de “apetito de riesgo” que define como “*la cantidad de riesgo el riesgo, a nivel global, que los miembros de la alta dirección de una organización están dispuestos a aceptar en su búsqueda de valor*”. Así si el riesgo residual es mayor que el apetito de riesgo la PJ deberá implementar medidas que mejoren o amplíen el control efectuado. Puede ocurrir que el apetito de riesgo vaya variando en función de distintos factores, que como señala esta autora, van ligados a la actividad, la cultura, estrategia, y valores de la PJ, así como a las prioridades de los supervisores, así como a la concurrencia de otros factores relevantes.

Finalmente, varios autores coinciden en la posibilidad o necesidad –según se estime– de tomar en consideración además otras normas, y realizar un análisis de riesgos específico en determinadas materias como por ejemplo en Prevención del Blanqueo de Capitales, o en Protección de Datos de Carácter Personal, que también hay que tomar en consideración más allá del mero artículo de la parte especial, concreto, del CP.

Existen diferentes formas<sup>110</sup> de elaborar una tabla o matriz en la que representar con claridad el tipo de riesgo, su nivel de probabilidad y su nivel de riesgo. Así, en un gráfico en las verticales estarían los distintos niveles de probabilidad de menor a mayor, y en las horizontales estarían los distintos niveles de impacto de menor a mayor.

En la siguiente matriz podemos observar como por ejemplo se diagnosticaría un concreto riesgo.

Además, CASANOVAS YSLA<sup>111</sup> utiliza un interesante instrumento de indicadores en relación a la determinación del riesgo. Así crea una tabla en la que separando en dos columnas sitúa en la de la izquierda los *indicadores positivos* y dentro de ésta como un ítem a considerar coloca, por ejemplo, el siguiente texto: “*A raíz del análisis de riesgo se han identificado los procesos, las personas y cargos con mayor proximidad a los mismos, comprobando en tal caso que los controles oportunos se apliquen adecuadamente sobre ellos*”. Frente a esta columna se alza la de los

---

<sup>110</sup> Así por ejemplo tenemos la que nos muestra ESCUDERO, M., en *Op. Cit.*, p. 549, o la que dibuja CASANOVAS YSLA, A., *Op. Cit.*, p. 181, o la utilizada por ENSEÑAT DE CARLOS, S., *Op. Cit.*, p. 79, quien además aporta distintas plantillas para el análisis y gestión del riesgo, *vid. pp.190 a 195.*

<sup>111</sup> CASANOVAS YSLA, A., *Legal Compliance. Principios de Cumplimiento Generalmente Aceptados*, Difusión Jurídica, Madrid, 2013, p.182. *vid. su tabla 30.* Y, de hecho, este autor utiliza este interesante sistema también para determinar los indicadores positivos y negativos relativos al apoyo de alto nivel, a políticas de empresa, a cargos y funciones, a controles de cumplimiento, al reporte de cumplimiento, a la planificación y ejecución de acciones correctoras, al monitoreo, a la documentación, a la verificación o certificación, así como otros elementos de gran ayuda. *Vid et cfr. las tablas que aporta en su magnífica obra.*

indicadores negativos, contiendo para el mismo ítem un indicador negativo con el siguiente texto: “*Los controles acerca de cumplimiento se aplican de forma lineal, sin considerar el diferente nivel de proximidad de las distintas personas respecto de los riesgos que se tratan de prevenir y vigilar*”. Ciertamente, este instrumento de indicadores puede resultar muy útil en la valoración de la eficacia del *Programa de cumplimiento*, analizando no solo el primer pilar sobre el que se sostiene, sino también todos los demás.

Finalmente, y antes de pasar al diseño de controles, al establecimiento de los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la PJ, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas en relación a aquéllos, conviene recordar que ya existen posibilidades para decidir cómo se gestionan dichos riesgos. Así ENSEÑAT DE CARLOS<sup>112</sup> recuerda lo establecido en la norma UNE-ISO 31000 Gestión del riesgo. Principios y directrices, y lo que se dispone en el marco de control COSO II, establecido por el *Committee of Sponsoring Organizations of Treadway Commission*, concluyendo que en cualquiera de los casos “*tendremos que realizar un ejercicio de análisis con relación a la necesidad de implementar controles adicionales, bien sea para evitar el riesgo (por ejemplo, impidiendo la realización de determinadas actividades), para reducirlo (por ejemplo, eliminando la fuente del riesgo o reduciendo su probabilidad o su impacto), para compartirlo o transferirlo (por ejemplo, modificando contratos con terceras partes o suscribiendo pólizas de seguros), o para aceptarlo (por ejemplo, monitorizando su evolución)*” . Es decir, las posibilidades serían evitar, reducir, compartir o transferir, o aceptar dicho riesgo.

Coincidimos con CASANOVAS YSLA<sup>113</sup> en que el llamado *Risk Assesment*, tratado adecuadamente, “*no solo determina los focos de riesgo sino también los procesos y las personas o cargos que están próximos a ellos*”.

**b) Protocolos de adopción de decisiones y códigos éticos, del art. 31 bis 5. 2º “Establecer los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la PJ, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos”.**

---

<sup>112</sup> ENSEÑAT DE CARLOS, S., *Op. Cit.*, p. 89

<sup>113</sup> CASANOVA YSLA, A., *Legal Compliance. Principios de Cumplimiento Generalmente Aceptados*, Difusión Jurídica, Madrid, 2012, p. 181.

Este apartado sin duda se refiere a la creación de medidas, controles, y protocolos de actuación a fin de acometer la neutralización de los riesgos detectados.

Una vez se han identificado los riesgos penales procede la creación de los protocolos o procedimientos de actuación, a fin de evitar, prevenir y detectar delitos ante las dos vías de imputación del artículo 31 bis del CP, así como reaccionar adecuadamente ante la aparición de los mismos. En la elaboración del Programa de cumplimiento, una vez determinados los riesgos, tipología, impacto y frecuencia, es el momento de corregir errores que se estaban produciendo, de implementar medidas para conseguirlo, protocolizándolo todo por escrito, documentándolo. Por ejemplo, si se detectó un riesgo en relación con el delito de corrupción entre particulares, se analizará de qué forma aparece el riesgo y cómo puede ser neutralizado, en todo o en gran parte. Es decir, con qué medidas concretas se puede evitar que ocurra en el concreto ámbito de actuación de por ejemplo del Director Comercial o Jefe de equipo de unos visitadores médicos. Para evitar habrá que:

- 1- En primer lugar, formar a los empleados acerca del delito de corrupción de particulares, sus formas de comisión, las penas que conlleva para la persona física y para la PJ, etc.
- 2- Tras ello, habrá que enseñar mediante ejemplos prácticos, fáciles, claros y efectivos como llevar la relación comercial con el cliente para no caer en el error de realizar la conducta típica en ninguna de sus formas posibles. Es decir, enseñar a transitar por el camino correcto. Esto es, la forma correcta de hacer negocios. En nuestra opinión después de estas dos fases, se puede hacer un test, tipo examen a los empleados a fin de comprobar el nivel de asimilación de los contenidos. Y todo ello deberá quedar bien documentado, certificando cuando, dónde, como, y por quien se dio la formación, se resolvieron dudas y se hizo el test. Si todo ello es satisfactorio, ¿podemos decir que la PJ ha hecho cuanto estaba en su mano para prevenir, evitar, y detectar este concreto delito? Bueno, lo cierto es que ha hecho mucho, pero faltaría comprobar que su política de incentivos, de objetivos, bonus o como quiera llamársele es adecuada con “esa forma correcta de hacer negocios”, y que además se dotará a los trabajadores de los medios adecuados para ello. Entonces, bien podemos decir que la PJ ha

hecho todo cuanto estaba en su mano para implementar un Programa de cumplimiento que evite esa comisión delictiva.

- 3- Deberá también implementar mecanismos para detectar si se ha producido un delito de corrupción de particulares, bien a través de un canal de denuncias, así como a través de un chequeo y monitorización de la forma de trabajar, bien a través de comprobaciones con los clientes, etc. Es decir, la actuación de la PJ no termina en hacer todo lo posible/exigible para evitarlo, además debe hacer todo lo posible/exigible para detectarlo en caso de que se produzca. El símil podría ser el de un incendio, pues primero haremos todo lo posible para evitar que se produzca, pero no por ello descuidaremos medidas detectoras de incendios.
- 4- Una vez colocadas las medidas eficaces (*ex ante*) de detección de delitos, implementaremos medidas de reacción ante la aparición de esos delitos. Es decir, detectada que sea la comisión de un delito de corrupción entre particulares cabe preguntarse ¿qué debe hacer el *Compliance Officer*? ¿cómo tiene que actuar? Bien, pues a nuestro juicio, un *Effective Compliance Program* ya tiene que tener establecido un protocolo de actuación ante ese supuesto, es de tal forma que el *Compliance Officer*, aun y en el caso de dudas, solo tenga que seguir el protocolo. Que por ejemplo puede ser el de recabar más información, investigar el caso, hablar con el afectado, elaborar un informe, etc. Y comunicarlo al Consejo de Administración.
- 5- Una vez realizada toda la investigación e informado el órgano de gobierno de la PJ, ésta deberá tomar la decisión adecuada. Para ello, también nos postulamos a favor de tenerlo protocolizado. El protocolo puede hacer más fácil lo difícil, marca el camino correcto, y puede acreditar la existencia de una cultura de cumplimiento si este se sigue y todo está documentado y acreditado. Llegados a este punto, qué duda podría caber de que la PJ habría hecho todo lo posible dentro de lo exigible, y que no lo podemos exigir que haga más, ni de otra manera.

Ahora bien, todo lo expuesto tiene en la praxis un alto nivel de complejidad, y suscita una serie de problemáticas y de conflictos que, algunos, se han resuelto de

manera clara, y otros necesitan de un forjado exegético de nuestros Tribunales. No es ocioso recordar que tenemos muchas leyes, muchas normas, pero pocos ejemplos, y la vida diaria puede llevar pareja una serie de complicaciones que ni el legislador previó, ni los Tribunales pueden llegar a apreciar. Es en el ejemplo a seguir donde se forja el camino sobre el que los “líderes” deben transitar y los empleados seguir<sup>114</sup>. Existen además otros factores que se conjugan en la determinación de las concepciones individuales y las dinámicas de grupo en las PJ<sup>115</sup>, y aunque no es objeto de este trabajo el estudio de dichos factores, debemos tener bien presente su existencia.

En esta fase debemos acometer distintas áreas del “Plan” entre las que no podemos olvidar: el Código de Conducta o también llamado Código ético, los controles técnicos, el canal de denuncias, los protocolos de actuación y el sistema disciplinario, entre otros.

HERNÁNDEZ COBO<sup>116</sup>, al abordar el plan de acción e implementación del *Programa de cumplimiento* destaca la importancia de la implementación del **Código ético o Código de conducta**<sup>117</sup>, que se erige como uno de los pilares esenciales del sistema con objetivo trasladar las pautas de comportamiento profesional a seguir, es decir la línea de actuación. Para BACIGALUPO<sup>118</sup> el contenido mínimo de un código ético debe abarcar: “a) exclusión de conflictos de intereses, b) corrupción/estafa/defraudaciones, c) derecho de la competencia, d) observancia de

---

<sup>114</sup> Tal y como explica RAWLS el “contenido de la moralidad de asociación viene dado por estándares morales apropiados al papel que juega el individuo en las diversas asociaciones a las que pertenece. Estándares que incluyen “reglas morales de sentido común” al mismo tiempo que los ajustes necesarios para que encuentren su ajuste en la persona en particular, resultando que lo inculcado acaba siendo la aprobación o desaprobación de los que ostentan autoridad o de los otros miembros del grupo. Así los nuevos miembros de una asociación, en sentido amplio, reconocerán “modelos morales” en los individuos que ocupan una posición elevada, haciendo que emerja el deseo de emulación que surge de concebir atributos como prerrequisitos de las posiciones más privilegiadas”. Entendemos que lo expuesto por este autor, en cierta medida, tiene su esfera de influencia en la configuración de la *cultura de la empresa, del partido político o del sindicato, o de la asociación* y por ende en la *Cultura de Cumplimiento* que cualquiera de estas PJ pueda tener. *Vid. et cfr.* RAWLS, J. *Una teoría de la justicia*, Accent, Girona, 2010, p. 567 y ss.

<sup>115</sup> Al respecto existe un interesante estudio de SILVA SÁNCHEZ, J.M. y VARELA, L., en “Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo”, AAVV SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.) – MONTANER FERNÁNDEZ, R. (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 265 y ss.

<sup>116</sup> HERNÁNDEZ COBO, P., “Plan de acción e implantación del *Compliance Program*. Plan de prevención, detección y reacción”, AAVV SÁIZ PEÑA, C.A. (coord.), *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 565 y ss. Esta autora destaca además la función jurídico-defensiva en la acreditación de una línea de cultura empresarial alejada de los ilícitos que puedan ocurrir. *Vid et Cfr.* el apartado dedicado a las eximentes y atenuantes de RPPJ de nuestro trabajo.

<sup>117</sup> Los antecedentes del Código de Conducta los hallamos en el Código Olivencia, el Informe Aldama y el Código Conthe, como bien señala HERNÁNDEZ COBO, P., *Op. Cit.* P. 567., que hemos tratado con más detalle *ut supra*.

<sup>118</sup> BACIGALUPO, E., *Cumplimiento y Derecho penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 106.

*derechos humanos, e) ética y protección contra la discriminación, f) confidencialidad y protección de datos, g) correcta contabilización y facturación y seguridad de la disponibilidad, integridad, autenticidad y confidencialidad de las información, j) cumplimiento de las exigencias de protección del medio ambiente y de la salud, k) regulación de las denuncias internas de irregularidades (whistleblowing)*”.

El contenido de los códigos éticos vendrá condicionado por múltiples factores, como por ejemplo el ámbito de actuación, el tamaño de la PJ, etc. Siguiendo a HERNÁNDEZ COBO<sup>119</sup> en su contenido podemos distinguir una *introducción*, un *alcance*, unos *principios o valores generales*, el *ámbito relacional*, el *tratamiento de la información*, la *imagen y reputación corporativa*, el *respeto al medio ambiente*, la *actualización y disponibilidad del código*, el *cumplimiento y el régimen disciplinario*, la *denuncia de irregularidades* y la *identificación del Compliance Officer*. Para esta autora en la introducción deberá hacerse constar la “*finalidad del Código y la contextualización de la misión, visión y valores de la compañía respecto de los principios o pautas recogidos en él*”. Señala además que es un buen lugar en donde se declare ya “tolerancia cero”. El alcance determinará si se extiende a “*empresas colaboradoras, proveedores, personal externo y en general a todos los agentes implicados en la operativa de la empresa en tanto las prácticas ilícitas de los mismos pueden repercutir en la Organización*”. Los Principios o Valores generales, como por ejemplo la integridad, la legalidad, la igualdad, la responsabilidad, así como los compromisos que se asuman como por ejemplo con la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico y la Organización Internacional del Trabajo, vendrán expuestos como forma de compromiso en este apartado. En lo que afecta el ámbito relacional distingue el interno (empleados, con un marco garantista pudiendo incluirse aspectos sobre el uso de recursos corporativos, políticas objetivas y transparentes en la selección del personal, lucha contra el acoso, la discriminación laboral, etc.) del externo (clientes o consumidores, accionistas e inversores, proveedores, instituciones públicas o políticas). Si nos acercamos con más detalle al *ámbito relacional externo* en relación con los proveedores cabe destacar “*la información acerca de las políticas seguidas en los procedimientos de adquisición de bienes y servicios, es decir, en la contratación de proveedores*,

---

<sup>119</sup> HERNÁNDEZ COBO, P., “Plan de acción e implantación del *Compliance Program*. Plan de prevención, detección y reacción”, AAVV SÁIZ PEÑA, C.A. (coord.), *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 568 a 571.

*garantizando la objetividad y transparencia de los procesos o las prácticas anticorrupción o las restricciones relativas a la dación o aceptación de regalos que pudieran comprometer la objetividad o integridad de la Organización*”. Bien, en este punto, a nuestro juicio debe tenerse bien presente el delito de corrupción entre particulares y las distintas modalidades de comisión que prevé el Código Penal. Del mismo modo, especial interés recaba en relación con las instituciones públicas o políticas por cuanto las políticas de conflicto de interés, anticorrupción, y otras conductas (*ofrecimientos de regalos a funcionarios o empleados del sector público nacional o extranjero, así como a candidatos o dirigentes de partidos políticos y sindicatos*) que podrían incluso llegar a la máxima gravedad, esto es la comisión de un delito.

El tratamiento de la información deberá reflejar las políticas de confidencialidad y uso de la información. Cuestión que en nuestra opinión es de suma importancia habida cuenta que su infracción puede ser, como vimos con anterioridad, que rebase la infracción administrativa de la LOPD y llegue a constituir incluso un delito. Del mismo modo el respeto al medio ambiente, es a nuestro juicio un aspecto fundamental, “*optimizando el uso los recursos naturales, reduciendo la contaminación y asumiendo prácticas de protección y restauración del medio natural*”. La imagen y la reputación corporativa también son tratadas en el Código ético, regulando el uso y límite de las mismas. El Código, además, como bien explica la autora, ha de estar disponible para que los destinatarios del mismo puedan consultarla, así como el acceso siempre a las versiones actualizadas, por ello la actualización y disponibilidad del Código, son dos cuestiones de gran importancia y deberán estar fácilmente accesibles. La fortaleza del código se medirá, a nuestro juicio, por el grado de cumplimiento y el régimen disciplinario que en él se prevea para los infractores. Para ello deberá “*recoger las medidas de control del cumplimiento previstas y las consecuencias de su incumplimiento, no sólo las derivadas de incumplimientos legales, sino de un eventual régimen disciplinario que sancione el incumplimiento de las medidas del modelo*”. Esta cuestión ha venido siendo objeto de un profuso debate<sup>120</sup>. La denuncia de irregularidades tiene que ser factible, por ello, tal y como señala HERNÁNDEZ COBO los canales de denuncia son indispensables en la gestión del cumplimiento normativo.

---

<sup>120</sup> Falta un acuerdo en materia de Convenios colectivos, que tipo de sanciones, sobre cómo debe recogerlo el contrato de trabajo, etc.

En relación con el Código ético, NIETO MARTÍN<sup>121</sup> señala acertadamente los límites que el Derecho Laboral confiere, habida cuenta que forma parte “del poder de dirección del empresario”, siendo una más entre las órdenes o instrucciones a las que se refiere el art. 20 del Estatuto de los Trabajadores. No pudiendo rebasar los límites, como son el respeto a los Derechos Fundamentales y la necesidad de actuar de forma proporcionada. Debiendo diferenciarse de “órdenes que afectan a la actividad laboral” del empleado de las que “pretenden regular prestaciones accesorias” a dicha actividad, y a su juicio son discutibles algunos contenidos como *los relativos a prohibición de actividades políticas por parte de los empleados que comprometan la neutralidad política de la empresa, de difundir informaciones relacionadas con la empresa que puedan dañar su prestigio, la obligación de notificar relaciones con funcionarios públicos o contactos o entrevistas, la obligación de informar sobre inversiones realizadas por familiares (con el fin por ejemplo de evitar el abuso de información privilegiada, la prohibición de realizar actividades fuera de la relación laboral (para evitar el conflicto de intereses o infracción del mercado de valores), la obligación de denunciar las infracciones del código ético.* Debiéndose demostrar al caso concreto que son adecuadas, necesarias y proporcionales al fin perseguido.

Coincidimos plenamente con NIETO MARTÍN<sup>122</sup> en que la “Formación” de empleados y directivos es un elemento clave tanto en lo que se refiere al propio funcionamiento del programa de Cumplimiento, como en materias concretas en las que, por su complejidad, requieren una explicación clara, detallada, con ejemplos, y con delimitación específica de la forma correcta de actuar, y dicha formación deberá adecuarse al puesto y a los riesgos de cada empleado<sup>123</sup>. Para este autor la formación así mismo deberá ser objeto de una doble evaluación, una por parte de los empleados – que

---

<sup>121</sup> NIETO MARTÍN, A., “Código ético, evaluación de riesgos y formación” AAVV, NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 144 y ss. Directamente exigible dentro de las obligaciones que ha de cumplir el empleado como consecuencia de su contrato de trabajo. El autor cita además las consecuencias derivadas de la exigencia de la buena fe entre las partes, necesaria para el “el buen desarrollo del contrato”. De tal forma que pueden ser “infracción de la buena fe” la realización de aquellos comportamientos ilícitos, que en realidad causarán perjuicio a la empresa.

<sup>122</sup> Además, como señala es “una forma de transmitir valores, de contrarrestar las técnicas de neutralización que los empleados hayan podido adquirir y que les llevan a justificar sus comportamientos ilícitos”, vid. et cfr. NIETO MARTÍN, A., “Código ético, evaluación de riesgos y formación” AAVV, NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 162. Sin olvidar, como bien apunta que la formación es también “una forma de participar en la confección del programa de cumplimiento y en su mejora”.

<sup>123</sup> El autor cita como ejemplo la herramienta RESIST de la Cámara de Comercio Internacional, enseñando a los empleados a “prevenir o resistir” requerimientos de sobornos por funcionarios públicos. NIETO MARTÍN, *Op. Cit.*, p. 162.

afectará a la calidad de la misma-, y otra por parte de los responsables del programa de Cumplimiento en relación al grado de conocimientos que los empleados han adquirido. Son varios los autores que se vienen posicionando a favor de realizar test de valoración de los conocimientos adquiridos. Todo ello deberá quedar profusamente documentado. Así deberá documentarse cuando se dio la formación, cual fue el contenido de la misma, quien asistió a dicha formación, cuanto tiempo duró, quién dio la formación, de qué forma (presencial, online), hubo turno de preguntas o no, se dieron o no ejemplos claros de cómo actuar (yendo más allá del mero redactado de la norma), se evaluó la adquisición de nuevos contenidos por parte de los asistentes mediante test o similar, que nota sacó cada persona en el test, etc. En nuestra opinión, un elemento clave demostrativo de una verdadera Cultura de Cumplimiento es el que afecta a la formación, pues todo lo relativo a este ámbito es mucho más complejo de lo que pudiera parecer. Así, la primera cuestión es cuando hay que dar formación, y también cada cuando. A lo que hay que atender a los cambios normativos, organizacionales, nuevas contrataciones, etc., que a su vez también provocarán cambios en el *Programa de cumplimiento*. También habrá que atender a quién puede dar esa formación, teniendo en cuenta que de lo que se trata es de que los empleados salgan de la sesión formativa con todo aprendido, con las ideas claras, y además nos postulamos en contra de que tengan que hacer “deberes en casa” sobre cualquier materia normativa. La formación tiene que ser fácil, atractiva, más vista como una ayuda que como una fuente de sobrecarga de trabajo, de estrés, o elemento distorsionador con el resto de la carga de trabajo que ya de por sí lleva habitualmente. Como fuere que hay materias muy complejas, convendrá hacer fácil lo difícil, yendo más al ejemplo de cómo debe actuarse ante casos concretos<sup>124</sup> que a lo dogmático o abstracto. A nuestro juicio la formación deberá realizarse en horas de trabajo, a poder ser en el centro de trabajo, y deberá tenerse en cuenta en relación con los objetivos de rendimiento marcados, puesto que obviamente el tiempo dedicado a formación es tiempo no dedicado a otras actividades profesionales, por lo que si un empleado debía realizar un informe diario, el día que tenga formación, de por ejemplo una hora (contando la clase, resolución de dudas y test), no puede exigírsele el mismo rendimiento que en un día sin esa exigencia formativa. Lo cual nos lleva apreciar sin dificultad que, para la PJ, empresa por ejemplo, será un doble

---

<sup>124</sup> CASANOVAS YSLA, A. apunta que “Los contenidos deben relacionar los riesgos de cumplimiento identificados con las actividades cotidianas y estar ilustrados con ejemplos”, vid., *Legal Compliance. Principios de Cumplimiento Generalmente Aceptados*, Difusión, Madrid, 2012, pp. 184 y 185.

gravamen apostar por la (buena) formación, puesto que por un lado será un coste que deberá asumir, y por otro una pérdida de rendimiento puntual que a lo largo del año, sin duda, significará también reducción de beneficios. El material utilizado en la formación puede ir desde la mera clase tipo magistral con turno de preguntas a su finalización, como de exposición con soportes audiovisuales, visualización de videos, simulación de situaciones (llamado en ámbitos de la venta “teatrillo”) con compañeros, etc. Lo importante es que, a la salida, todo empleado que haya asistido sepa, por ejemplo, como no caer en una conducta que pueda ser tipificada como corrupción entre particulares, en el desarrollo diario de su actividad en la empresa.

CASANOVAS YSLA<sup>125</sup>, considera también la formación como una medida muy recomendada para prevenir incumplimientos, si bien no puede calificarse como un control en sentido estricto. Para el diseño de ciclos formativos este autor nos muestra “*algunas características útiles a considerar: formación adecuada al perfil de organización, alcance, recurrencia, documentación, aprovechamiento*”. Sobre la *formación adecuada al perfil de organización* comenta que variará en función de las actividades, tamaño, y jurisdicciones en las que opere, adaptándose a las particularidades locales. En relación al *Alcance* este autor se postula a favor de que la formación alcance a todos los empleados de la organización, y ante la dificultad que ello puede suponer para grandes organizaciones baraja la posibilidad de realizar formación presencial para el equipo directivo y formación on-line para el resto de personal. El concepto *Recurrencia* resulta de aplicación ante factores como la rotación de empleados, y aunque se planifique formación “con frecuencia anual o bianual” se posiciona a favor de que se imparta formación específica ante circunstancias extraordinarias como son nuevas incorporaciones o cambios normativos. Sobre la *Documentación* el autor apuesta por una detallada documentación de la formación, y “para evitar que la formación se convierta en un mero acto de trámite, debe comprender mecanismos para valorar su nivel de *Aprovechamiento*”, haciendo constar en el expediente del empleado el resultado de las evaluaciones. Además, entiende que se deberán adoptar las medidas correctoras respecto de los empleados que muestren una conducta contumaz de inasistencia o no aprovechamiento de la formación.

---

<sup>125</sup> Loc. Cit.

Siguiendo a HERNÁNDEZ COBO<sup>126</sup>, hay que proceder a la “definición de procedimientos que sirven de base a la implementación de los planes y medidas de vigilancia y control exigibles, entre otras normativas, por el Código Penal”. Dentro del objetivo hay que tener en cuenta no solo la prevención de la infracción sino también una finalidad paliativa, puesto que el Programa de cumplimiento como señala esta autora debe ser eficaz también de cara a mitigar, o incluso eliminar las consecuencias derivadas que pudieren resultarle a la PJ. Siendo necesario definir una política de documentación, esta autora propone documentarlos siguiendo la siguiente estructuración:

- “*Título: descriptivo de su finalidad y naturaleza*
- *Cuadro esquemático del documento: con indicación, a través de un cuadro esquemático de los siguientes campos:*
  - . *Nombre: descriptivo de su finalidad y naturaleza.*
  - . *Tipo de documento: política, protocolo, procedimiento, norma, etc.*
  - . *Área/s afectadas: con indicación de aquellas a las que les sea de aplicación el documento.*
  - . *Objetivos perseguidos.*
  - . *Normativa relacionada.*
  - . *Documentación relacionada.*
  - . *Ubicación: señalando dónde se encuentra disponible.*
  - . *Código: la codificación de la documentación nos permite un seguimiento mediante siglas que nos den información de la naturaleza, número de documento y versión.*
  - . *Control de versiones: a través de un cuadro que recoja el número de versión, la fecha, y el nombre, cargo, área de pertenencia y firma de: persona que lo ha elaborado, persona/área que lo revisa.*
- *Objetivo del documento.*
- *Alcance del documento.*
- *Controles previstos.*
- *Incumplimiento de los controles previstos.”*

---

<sup>126</sup> HERNÁNDEZ COBO, P., “Plan de acción e implantación del *Compliance Program*. Plan de prevención, detección y reacción”, AAVV AAVV, SÁIZ PEÑA, C.A. (coord.), *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 572 y ss.

El Protocolo de organización y gestión de la prevención de delitos<sup>127</sup>, según HERNÁNDEZ COBO, debe contener como mínimo los siguientes elementos:

- “- *Identificación de los procesos en los que puedan ser cometidos los delitos que han de ser prevenidos.*
- *Definición de los protocolos o procedimientos de toma de decisiones, de adopción y de ejecución de las mismas con relación a la gestión de los riesgos identificados.*
- *Modelos de gestión de los recursos financieros destinados a la prevención.*
- *Procedimiento de información de posibles riesgos e incumplimientos al órgano encargado de vigilar y controlar el modelo de prevención.*
- *Procedimiento de control de cumplimiento, con indicación del órgano designado e identificación del Compliance Officer, en su caso.*
- *Establecimiento de un sistema disciplinario.*
- *Procedimiento de verificación periódica, ante infracciones relevantes, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.”*

A lo que podríamos añadir, a tenor de lo expuesto más arriba, un *protocolo de formación (y evaluación)* de los directivos y empleados.

Y como bien señala CASANOVAS YSLA<sup>128</sup> una vez “*detectados y reportados riesgos sin que se adopten acciones para remediarlos*” conduciría a la responsabilidad del equipo directivo, además de vaciar de contenido la función de cumplimiento. Así en las *acciones correctoras*, deberá determinarse el camino, las personas, los plazos y los medios para solventar lo relativo a ese concreto riesgo. Y coincidimos también con CASANOVAS YSLA en que un indicativo positivo de la ejecución de acciones correctoras será “*la aplicación de incentivos o medidas disciplinarias*” en función del caso.

---

<sup>127</sup> Que como refiere esta autora puede encontrar distintas denominaciones como Manual de prevención de delitos, Procedimiento de prevención de actividades/conductas delictivas, Catálogo de instrumentos para la prevención de delitos. Y a buen seguro encontraremos algunas más, no siendo muy trascendente el nombre con el que se titule.

<sup>128</sup> CASANOVAS YSLA, A., *Legal Compliance. Principios de Cumplimiento Generalmente Aceptados*, Difusión, Madrid, 2012, p.190.

Dichos protocolos además de existir, ajustados a la realidad de la PJ en cuestión, deberán ser correctamente implementados. Es decir, no basta solo con que existan documentados, sino que hay que hacer que se implementen en el engranaje de la PJ, que se hagan vivos, y que exista un eficaz sistema de “monitoreo” y de “reporte”. Respecto del Monitoreo, es la actividad de controlar, de vigilar que se cumpla todo lo protocolizado y que se detecten irregularidades, lo cual resulta imprescindible para que pueda actuar cuando convenga. Sin embargo, respecto de ese “deber de vigilancia” se suscitan numerosas problemáticas, que abordaremos en el apartado 4º del art. 31 bis 5 del CP. En nuestra opinión el llamado “Monitoreo” debe ser “constante”, y cuanto menos como señala CASANOVAS YSLA debería ser siempre ante cuatro momentos distintos: un cada cierto tiempo de “*forma periódica*”, otro “*frente a cambios en la organización*”, y un tercero ante los “*cambios del entorno*”, entendidos a cambios políticos y/o normativa, y “*cuando se produce un incumplimiento*”.

### **¿Cómo se implementan los protocolos?**

Los protocolos se implementan con la implantación de los elementos que los componen y la debida formación al personal de la empresa. Ello, llevará un tiempo y distintas fases. Todo el proceso de implementación debe ser planificado y documentado, a fin de poder detectar problemas de encaje en dicha implementación, así como cualquier eventual infracción para determinar cuando y como pudo ser cometida, y la relevancia del protocolo en cuestión. En nuestra opinión, la manera de llevar a cabo la implantación de los citados elementos es importante puesto que no basta con tener unos protocolos perfectamente redactados conforme a la realidad de la PJ, además es necesario que entren y se hagan vivos en la misma, que todos los empleados los conozcan (o conozcan cuanto menos lo relativo a lo que a cada uno de ellos les sea exigible). La implementación tiene que ser programada, yendo de la mano de la formación y de la evaluación, quedando todo perfectamente documentado. Insistimos en que debe rehuirse toda improvisación y toda actuación con precipitación, pues lo que no se pueda controlar no se podrá medir, tal vez ni siquiera detectar, y podría ocurrir que aparentemente la PJ tenga todo el Cumplimiento efectivamente implantado cuando en realidad solo lo está formalmente, pero no está “vivo” ni bien encajado. Todo ello sin perjuicio de que deberá hacerse todo lo más rápido que humanamente sea posible, pero respetando la imperativa realidad que a veces las necesidades imponen de tiempos mínimos exigidos para hacerlo de forma correcta. Además, deberá avisarse al personal

del proceso de implementación, así como de las fechas de inicio y cierre previstos, de los cambios funcionales que supongan, de las nuevas medidas disciplinarias, del nuevo “monitoreo”, y en definitiva de todos los cambios y cómo les afectan<sup>129</sup>. Haciendo especial hincapié en la importancia de llevar a cabo de la forma más rápida y eficaz dicha implantación. En la implantación el papel del *Compliance Officer*, así como de la persona o equipo que se ha encargado de la elaboración del *Compliance Program* será fundamental para anotar los problemas que puedan aparecer, así como los necesarios ajustes, a fin de que el *Compliance Program* pueda adquirir el calificativo de “eficaz” y hacerlo lo antes posible.

BLUMENBERG y GARCÍA-MORENO señalan la importancia de la “*asignación y delimitación de las responsabilidades y tareas*” en la organización del sistema de Cumplimiento en la empresa, y que todos (directivos y empleados) “*verán de alguna manera alterado su estatus habitual para asumir ese nuevo compromiso*”, siendo un elemento clave el compromiso de la directiva<sup>130</sup>.

**c) Recursos financieros adecuados, del art. 31 bis 5. 3º: “*Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos*”.**

A nuestro juicio este elemento tiene un doble carácter, pues en primer lugar se refiere a que los *Programa de cumplimiento* tienen que tener previsto un apartado que prevea de qué forma hay que manejar los recursos financieros y registrar todas las operaciones a fin de que delitos de ese ámbito puedan ser cometidos. Dicho de una manera muy llana, controlar la caja, los fondos de la PJ, y quien puede acceder a ella. Por otro lado, también implica que el *Programa de cumplimiento* debe contener una

---

<sup>129</sup> En este sentido existe toda una compleja problemática suscitada en torno a los Derechos de los Trabajadores y Directivos en sus relaciones laborales y la novedad que implica el *Cumplimiento*. Los trataremos con profusión y detalle en el apartado en el que se desarrollan los puntos 4º y 5º del art. 31 bis. 5 del CP.

<sup>130</sup> BLUMENBERG, D. – GARCÍA-MORENO, B., “Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo”, AAVV MIR PUIG, S. – CORCOY BIDASOLO, M. - GÓMEZ MARTÍN, V. (dirs.), HORTAL IBARRA, J.C. – VALIENTE IVAÑEZ, V. (coords.) *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014, p. 280. Ese compromiso de la directiva de la PJ, conocido como “*Tone from the top*”, citado expresamente así por los autores, se inserta también en uno de los pilares esenciales del *Effective Compliance Program*, en íntima conexión con el principio que se conoce como “apoyo de alto nivel” (concepto utilizado entre otros por CASANOVAS YSLA, A.)

previsión, un presupuesto gestionado acorde con un modelo, a fin de poder cumplir su fin, habida cuenta que “los delitos que deben ser prevenidos” no solo son los que tienen relación directa con la “caja”. En esta segunda amplitud del concepto entendemos que la falta de dotación de medios reales para su cometido es sinónimo de maquillaje.

GÓMEZ-JARA DÍEZ<sup>131</sup>, también destaca esta doble vertiente, y apunta lo que establece en este sentido la ISO 19600 “*Los recursos incluyen recursos financieros y humanos, así como el acceso a asesoramiento externo y a habilidades especializadas, infraestructura organizativa, material de referencia actual sobre gestión de Cumplimiento y obligaciones legales desarrollo profesional y tecnología*”. Debemos convenir con este autor en que la dotación en sentido amplio incluye recursos de personal, tecnología, asesoramiento externo, etc. Cuestión que a nuestro juicio es de cabal importancia puesto que a menudo habrá que contar con la consulta de especialistas en determinadas materias, auditorías externas, medios<sup>132</sup> para la correcta supervisión y monitoreo del sistema, así como su necesaria actualización. MUÑOZ DE MORALES<sup>133</sup>, también citada por este autor, destaca la falta de previsión de recursos financieros para la prevención de infracciones penales fue uno de los detonantes del fallo del *Programa de cumplimiento* de Siemens AG.

En relación con el control de los recursos financieros y los medios de pago deberá dotarse de un protocolo específico que cubra los riesgos identificados.

ENSEÑAT DE CARLOS, al abordar de forma genérica los controles de procesos da una serie de indicaciones que pueden ser de aplicación tanto a estos requisitos como a otros donde deba ejercerse el control “*los siguientes*:

---

<sup>131</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La Culpabilidad de la persona jurídica”, AAVV BAJO FERNÁNDEZ, M. – FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015m de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarro), 2016, p. 206 y ss.

<sup>132</sup> Como veremos en el apartado 6<sup>a</sup> son ciertamente necesarios y suponen un coste a tener en consideración, por lo que la carencia de medios en este sentido pone en dificultades las exigencias del Programa de cumplimiento.

<sup>133</sup> MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., “Programas de cumplimiento ‘efectivos’ en la experiencia comparada”, AAVV ARROYO ZAPATERO, L. – NIETO MARTÍN, A., *El Derecho Penal en la era Cumplimiento*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 216 a 219. Caso en el que las autoridades judiciales italianas consideraron que el Programa de cumplimiento de Siemens AG había fallado , apuntando las siguientes razones: a) modus operandi de la conducta delictiva, b) reincidencia, c) existencia de fondos para fines delictivos, d) alta posición de los ejecutores materiales de los hechos, d) falta de modificación del *Programa de cumplimiento* una vez detectado el delito, “*en concreto, la empresa no implementó sistemas de formación, ni concedió incentivos por buen comportamiento, ni instauró procedimientos de evaluación del riesgo, ni canales de información dentro de la corporación. Además, no previó los recursos financieros que debían consagrarse a la prevención de infracciones penales*”, e) falta de imposición de sanción disciplinaria a los autores, incorrecta anotación de fondos en libros de registro.

- a) Exigir firmas mancomunadas o dobles firmas en los procesos que conlleven mayor riesgo.
- b) Implantar un doble chequeo por parte de una segunda persona en determinados procesos para asegurarse de que se realizan correctamente.
- c) Registrar y verificar periódicamente el estado de las personas que tienen poderes en la organización, estableciendo un control para evitar que las personas que dejen la organización o que cambien de puesto mantengan los poderes de forma indebida.
- d) Implantar controles en los sistemas informáticos para evitar la filtración de información confidencial.
- e) Implantar contraseñas y controles de acceso a los sistemas informáticos y a los archivos documentales de la organización.
- f) Realizar medidas de diligencia debida en el proceso de selección de proveedores, agentes, prescriptores, etc.
- g) Asegurar la participación de miembros de las áreas de control en los procesos de aprobación de nuevos proyectos, productos y servicios, de forma que se garantice la identificación correcta y completa de los riesgos y las medidas preventivas necesarias para evitarlos.
- h) Establecer controles en los procesos de selección de personal que garanticen que se identifican potenciales riesgos antes de la contratación de nuevos empleados.
- i) Establecer controles en el proceso de concesión de donaciones y de realización de actos de patrocinio y mecenazgo, exigiendo, por ejemplo, la autorización previa de un comité u órgano de la organización y levantando acta del proceso de toma de decisiones.

- j) *Establecer controles en el proceso de diseño y aprobación de campañas de marketing y publicidad, exigiendo, por ejemplo, la revisión previa de los materiales por parte del Compliance Officer .*
  - k) *Establecer controles en el proceso de recepción y contestación de reclamaciones de clientes, asegurando que no quedan reclamaciones sin contestar y que la respuesta es justa y adecuada.”*
- d) Canales de denuncia, del artículo 31 bis 5. 4º del CP: “Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.”**

En este apartado se incluyen de un lado lo relativo a ese deber de vigilancia que el legislador le “ha impuesto” a la PJ y sus responsables y al modo de llevar a cabo esas “investigaciones”, también se refiere al llamado “canal ético” o “canal de denuncias”, y a las funciones y el papel que desarrolla el *Compliance Officer* o su asimilado.

El “canal de denuncias” o “canal ético” es a nuestro juicio un elemento imprescindible de todo *Cumplimiento*, de tal suerte que, sin él, o con uno que funcione de forma defectuosa, el *Programa de cumplimiento* no será efectivo<sup>134</sup>. En muchos

---

<sup>134</sup> No podemos ignorar las voces críticas, como señala RAGUÉS I VALLÈS, R., al citar al catedrático alemán *Roland Hefendehl*, quien cuestionó la efectividad de estos sistemas y se postuló en contra de entender existente una obligación de denuncia dirigida a todos los ciudadanos cuando ya no existe ningún bien jurídico susceptible de salvación, destacando que la denuncia debería ser excepcional y no implantar un modelo de vigilancia que recuerda sistemas totalitarios como en el caso de la antigua RDA donde la Stasi contaba con una amplia red de informantes. También cita a GOÑI SEIN quien mostraba reticencias en relación al denunciado por el riesgo de estigmatización y exclusión, y al Dictamen del *Grupo de Trabajo europeo* que “enfatiza que los programas de denuncia de irregularidades conllevan un riesgo muy grave de estigmatización y vejación de dicha persona dentro de la organización a la que pertenece”. Riesgos a los que estará expuesta incluso antes de saberlo y de la investigación oportuna. *Vid. et cfr.* “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”, AAVV SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.) – MONTANER FERNÁNDEZ, R. (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2014, pp. 168-169. Cabe citar también a GÓMEZ MARTÍN, V., quien advierte del riesgo de caer en “una suerte de Gestapo empresarial”, GÓMEZ MARTÍN, V., “Cumplimiento y derechos de los trabajadores”, AAVV, KUHLEN, L. – MONTIEL, J.P. – ORTIZ DE URBINA GIEMENO, I., (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2013, p.146.

Sin duda merece una reflexión acerca del modelo social que estamos construyendo, pues una cosa es crear Cultura de Cumplimiento y otra muy distinta es caer en riesgos totalitarios. Si bien nos pronunciamos a favor de la implantación del Canal Ético en los términos que veremos.

instrumentos internacionales ya se hablaba de este sistema, especialmente conocido en el ámbito anglosajón como *Whistleblowing*<sup>135</sup>. RAGUÉS I VALLÈS<sup>136</sup>, planteaba ya antes de la reforma de 2015 una interesante disyuntiva acerca de qué resulta preferible en el diseño del programa: si un *whistleblowing* interno, esto es que los trabajadores denuncien primero ante sus superiores, o un *whistleblowing* externo, esto es ante las autoridades o ante el público en general. Tras un afinado análisis se muestra favorable a la exigencia de denuncia interna previa siempre que, en otro caso no se retire la protección al denunciante si por algún motivo no ha agotado la vía de denuncia interna previa. Si bien resalta que para el caso español el deber jurídico de denuncia para la mayoría de delitos comportaría que se podría denunciar a las autoridades, “*actuando justificadamente ex art. 20.7º CP, aun en el caso no haber agotado la vía interna y siempre que se denuncie ante las autoridades mencionadas en la LeCrim*”, manteniéndose la regla general para infracciones o irregularidades sin trascendencia penal. Existe además una posible vía de actuación de la PJ, como señala GÓMEZ MARTÍN<sup>137</sup>, dirigida a evitar que en el mercado competidores y clientes puedan tener conocimiento de un “affaire” por temor al riesgo reputacional.

En nuestra opinión existen además obligaciones de denuncia como es el caso, por ejemplo, en materia de Prevención de Blanqueo de Capitales y todo su desarrollo

---

<sup>135</sup> Es ciertamente interesante el estudio de los antecedentes y evolución del *Whistleblower* que aporta MORENO GARCÍA, B., desde el llamado *praemia delatorum* de la Antigua Roma, y las sucesivas evoluciones (“*la era de la False Claism Act: el whistleblower como cazarecompensas*”; “*la era Post-Watergate: el whistleblower como ethical resister*”, hasta llegar a “*la era cumplimiento: el whistleblower en el sector privado*”), así como su concepción en el Derecho Internacional y Comparado, *vid. et cfr.* en “*Whistleblowing y canales institucionales de denuncia*”, AAVV NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa, Tirant lo Blanch*, Valencia 2015, p. 208 a 211 y p. 212 a 214. Evolución que a nuestro juicio va a seguir, y en distintos ámbitos no solo en el de la RPPJ, por el *efecto Compliance* y la lucha contra la corrupción.

<sup>136</sup> RAGUÉS I VALLÈS, R., “El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidad corporativa: whistleblowing interno vs. Whistleblowing externo”, AAVV MIR PUIG, S. – CORCOY BIDASOLO, M. - GÓMEZ MARTÍN, V (dirs.), HORTAL IBARRA, J.C. – VALIENTE IVAÑEZ, V. (coords.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014, p. 459 y ss. Como medidas para incentivar denuncias señala: *a) imposición de deberes de denuncia*, como por ejemplo sería la del art. 259 LeCrim; *b) la promesa de recompensas económicas*, como el caso en EEUU donde gracias a la *False Claims Act* de 1863 ya se preveían recompensas de hasta el 30% de lo recuperado, así como la *Dodd-Frank Act* para los denunciantes sobre posibles fraudes en el sector financiero con retribuciones de entre el 10 y el 30% de las multas de más de un millón de dólares que se impusieren al infractor; *c) Ofrecimiento de protección* a fin de evitar represalias, que en el caso de España para los trabajadores se otorga un nivel de protección a fin de que no sea represaliado en el trabajo por denuncias; *d) Ofrecimiento de beneficios penales*.

<sup>137</sup> Lo que lleva a la preferencia de sistemas internos de denuncia y las investigaciones internas. GÓMEZ MARTÍN, V., “*Cumplimiento y derechos de los trabajadores*”, AAVV, KUHLEN, L. – MONTIEL, J.P. – ORTIZ DE URBINA GIEMENO, I., (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2013, p. 130 y ss.

normativo<sup>138</sup>. Denuncia o comunicación que puede venir sin la necesidad de corroborar un ilícito penal.

El Canal Ético, es un mecanismo ideado para recoger las denuncias que los empleados, y puede que también proveedores<sup>139</sup>, e incluso terceros ajenos, puedan denunciar conductas irregulares de las que hayan tenido conocimiento. Es por ello que el concepto de externo para algunos autores varía, como varía su enfoque. Así para GARCÍA MORENO<sup>140</sup>, el externo sería el referido a otra entidad o a un despacho jurídico. Es decir, *outsourced*, frente a la gestión interna. La autora se postula a favor de que la gestión del Canal de denuncias se haga por un despacho de abogados en tanto que de un lado la independencia de los gestores del canal queda más garantizada, la profesionalización del conocimiento jurídico será muy útil en esa gestión, así como la protección de los derechos del denunciante y denunciado. Así en su opinión ello presenta ventajas para la corporación en tanto que se aleja más del concepto “maquillaje”, y para el denunciante, cuya identidad podría quedar incluso oculta durante el proceso penal.

Así se plantean distintas cuestiones entorno al Canal Ético, como, por ejemplo:

### ¿Quién tiene que gestionar ese canal de denuncias?

En relación con la **persona encargada<sup>141</sup> de gestionar el Canal Ético** se ha señalado al *Compliance Officer* como la persona que mejor puede hacerlo. Si bien

---

<sup>138</sup> En este sentido también se ha pronunciado PASCUAL CADENA, A., *El plan de prevención de riesgos penales y de responsabilidad corporativa*, Wolters kluwer, Barcelona, 2016, p. 382. Distingue entre obligaciones genéricas (art. 259, 264 del CP y relacionados) y otras de carácter más específico como lo son el art. 31.bis.5.4º del CP o el art. 18 de la Ley 2/2010 de Prevención de Blanqueo, entre otras.

<sup>139</sup> En el mismo sentido se pronuncia RAGUÉS I VALLÉS, R., “Los procedimientos internos de denuncia ...”, *Op. Cit.*, p. 180 y 194.

<sup>140</sup> GARCÍA MORENO, B., “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”, AAVV NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa, Tirant lo Blanch*, Valencia 2015, p. 216 a 218.

<sup>141</sup> ARMENTIA MORILLAS, P., se posiciona a favor de que se gestione por un equipo multidisciplinar. Así existiría en primer lugar un *Comité de Denuncias Internas*, en segundo lugar, por un *Responsable de Instrucción*, y en tercer lugar por un *Instructor*. El Comité de Denuncias Internas tendría como principal cometido sería “*hacer cumplir el procedimiento de denuncias, garantizar su confidencialidad en todo el proceso, así como garantizar una correcta pero eficaz gestión del sistema interno de denuncias*”. Con miras a garantizar una imparcialidad, la autora recomienda que sea un “*órgano colegiado, o bien totalmente independiente dentro de la organización, o bien formado por los Responsables de las principales áreas, que de una forma directa o indirecta, pueden estar relacionados con la denuncia: Director de Auditoría Interna, Director de Asesoría Jurídica, Director de Recursos Humanos, Director de Responsabilidad Social Corporativa, Compliance Officer*” (con el deber de abstención en caso de conflicto de intereses de la persona en cuestión). El Responsable de Instrucción, que en la mayoría de los casos sería el Director de Auditoría Interna o el *Compliance Officer* (pudiendo recaer, indica la autora, en otra persona por razón de especialidad ante un caso por ejemplo de acoso laboral) sería la persona que gestionaría la *fase de instrucción/inspección de los hechos de la denuncia*. Finalmente, el *Instructor*,

parece lo más acertado en PYMES en organizaciones más grandes sería aconsejable la creación de un equipo de trabajo para ello. Por otro lado, ante planteamientos muy heterodoxos que se han formulado, como por ejemplo la externalización de dicho canal de denuncias a través de una empresa especializada externa, debemos recordar que el artículo 31 bis 5 4<sup>a</sup> del CP impone “*la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención*” que hay que poner en relación con el artículo 31 bis 2 .2<sup>a</sup> del CP “*la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantando 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 lo que en nuestra opinión parece claro que el legislador establece que sea un órgano interno<sup>142</sup> de la PJ. Sin embargo, en determinados casos y con las debidas garantías cabría la posibilidad de que se externalizara parte de esa función, por ejemplo, a un Despacho de Abogados, a fin de que recogieran la denuncia y le dieran el trámite correspondiente comunicándolo al órgano encargado de la Función de Cumplimiento, y recabando más información.

### **¿Quién puede denunciar?**

Parece que nada impide que un proveedor pueda formular una denuncia, e incluso un tercero (por ejemplo, un consumidor). De hecho, sería bueno que ello pudiera ocurrir a efectos de que la información veraz, y la detección de irregularidades llegue cuanto antes al *Compliance Officer* o Comité encargado del Canal de Denuncia.

GARCIA MORENO<sup>143</sup>, plantea la posibilidad de contar con un canal de denuncias para aquellos que tienen una relación laboral o mercantil con la PJ, es decir para

---

designado por el Responsable de Instrucción, de “*entre el personal de su departamento o que se encuentren bajo su responsabilidad jerárquica o funcional*”. *Vid. “Plan de acción e implantación del Compliance Program. Plan de prevención, detección y reacción”, AAVV, SÁIZ PEÑA, C.A., (coord.) Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015. p. 620 y ss.

<sup>142</sup> RAGUÉS I VALLÈS, R., Destaca que el receptor de la denuncia debería ser una persona que tenga conocimientos jurídicos suficientes, y que goce de la necesaria independencia para llevar a cabo una investigación y con acceso directo a los órganos directivos y de control de la compañía. *Vid. “Los procedimientos internos de denuncia...”*, *Op. Cit.*, p. 194.

<sup>143</sup> MORENO GARCÍA, B., “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”, AAVV (dir.) NIETO MARTÍN, A., *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa, Tirant lo Blanch*, Valencia 2015, p. 216.

empleados, proveedores, y demás contratistas, y otro (alternativo) para consumidores, antiguos empleados y terceros afectados de alguna forma por la actividad de la PJ.

La legitimación acerca del uso del canal presenta no pocas aristas que podrían ocasionar fricción con normas imperativas laborales, de protección de datos e incluso penales.

Sin embargo, a efectos de que el canal de denuncias no quede bloqueado o saturado de denuncias que podrían ser falsas, de ser abierto, o parcialmente abierto a terceros, tal vez habría que pensar en articular o bien un mecanismo de filtrado o bien un sistema para evitar dicho colapso<sup>144</sup>. Por lo que, nos postulamos a favor de que puedan denunciar proveedores, consumidores o clientes y por supuesto empleados y directivos. Si bien, pueden articularse varios “Subcanales” de comunicación a tal efecto, como puede ser por ejemplo una dirección de correo electrónico para cada categoría de denunciantes.

### **¿La denuncia puede ser anónima?**

Respecto de la identidad del denunciante caben varias posibilidades, desde la obligatoria identificación al anonimato, si bien viene asentándose en la doctrina que solo cabrían dos posibilidades, como señala GARCÍA MORENO<sup>145</sup>: el anonimato y la confidencialidad. A la que añade una tercera, de modelos mixtos, que, si bien favorecería la denuncia confidencial, no negaría la recepción de las denuncias anónimas en determinadas circunstancias. ARMENTIA MORILLAS<sup>146</sup> también señala que si las Organizaciones desean acabar con irregularidades lo más probable es que no puedan dejar de tener en consideración las denuncias recibidas, aunque en éstas no esté

---

<sup>144</sup> En los tiempos en los que a menudo suceden envíos masivos de correos electrónicos a través de un virus informático, no es descabellado pensar que una persona podría, a través de un software malicioso, colapsar el e-mail del canal ético, al enviarse por ejemplo un millón de denuncias, desde una dirección de correo electrónico o desde varias, saturando por completo dicho canal. Y una cuestión de vital importancia, a nuestro parecer, es que el canal ético no debe quedar nunca inhabilitado, o bloqueado. Si por alguna desgracia esto llegara a ocurrir, habría que articular un segundo o tercer mecanismo, (de no existir ya), pues lo más recomendable es que las denuncias se puedan hacer por distintas vías: e-mail, buzón, carta, llamada telefónica, etc.

<sup>145</sup> GARCÍA MORENO, B., “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”, AAVV NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa, Tirant lo Blanch*, Valencia 2015, p. 224.

<sup>146</sup> Según esta autora, de acuerdo con sus códigos y procedimientos de gestión de denuncias un tercio de las entidades que cotizan en el IBEX 35 aceptarían las denuncias anónimas en sus sistemas (o cuanto menos, no consta su negativa a aceptarlas expresamente). Vid. ARMENTIA MORILLAS, P., “Plan de acción e implantación del *Compliance Program. Plan de prevención, detección y reacción*”, AAVV, SÁIZ PEÑA, C.A. (coord.), *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015. p. 625.

debidamente identificado el denunciante. GOÑI SEIN<sup>147</sup> al abordar los derechos de la persona incriminada nos recuerda que en “el contexto jurídico europeo se ha interpretado el mecanismo de denuncia interna de irregularidades afecta de lleno a la esfera de protección de datos, toda vez que en él se recogen y se tratan datos de carácter personal, por lo general con absoluto desconocimiento del propio afectado. De ello se sigue que el sistema debe garantizar, en todo caso, a los empleados los derechos que reconoce la normativa de protección de datos.”

En nuestra opinión debería procederse a una modificación legislativa a fin de que el Canal de Denuncias pudiera admitir sin problemas denuncias anónimas. Resulta hasta cierto punto paradójico que muchas instituciones de carácter público puedan recibir denuncias anónimas, y sin embargo, en el ámbito privado se le exija por un lado a la PJ un deber de control elevado pero coartando sus posibilidades de averiguación de irregularidades con la “amenaza” de una fuerte sanción económica por vulneración de la LOPD<sup>148</sup>.

Existen disparidad de opiniones y justificaciones, pero lo cierto es que la LOPD no permite las denuncias anónimas. De hecho, existen importantes sanciones económicas que pueden serle impuestas a la PJ en relación con el canal de denuncias si no actúa

---

<sup>147</sup> GOÑI SEIN, J.L., “Programas de cumplimiento empresarial (Programa de cumplimientos): Aspectos laborales”, AAVV MIR PUIG, S. – CORCOY BIDASOLO, M. – GÓMEZ MARTÍN, V. (dirs.), HORTAL IBARRA, J.C. – VALIENTE IVAÑEZ, V. (coord.), *Responsabilidad de la Empresa y Complinace. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer S.L., Madrid, 2014, p. 402 y ss. Cita el Dictamen 1/2006 del Grupo de Trabajo del art. 29 en el que se concluye que toda persona denunciada tiene derecho a los beneficios que le conceden la directiva 94/46/CE y las disposiciones correspondientes del Derecho nacional”.

<sup>148</sup> El conjunto de “normas” que debe ser objeto de nuestra atención cuando abordamos el problema del anonimato de las denuncias en Cumplimiento posiblemente requiera de, sin perder de vista los límites de la LOPD, alzar la mirada para otear como han resuelto en países anglosajones esta cuestión. Además, también resulta acertado acudir, como bien va señalando ARMENTIA MORILLAS, a la evolución acaecida en esta materia: Empezando por el Dictamen 1/2006 sobre la aplicación de las normas de la UE relativas a la protección de datos a programas internos de denuncia de irregularidades en los campos de la contabilidad, controles contables internos, asuntos de auditoría, lucha contra el soborno, delitos bancarios y financieros (conocido como Dictamen 1/2006 del Grupo de Trabajo del Artículo 29), el Informe Jurídico 128/2007 relativo a la creación de sistemas de denuncias internas en las empresas de la AEPPD, que aunque no tiene carácter vinculante es absolutamente recomendable su seguimiento a fin de evitarse problemas derivados del incumplimiento de la LOPD, también hay que tener en cuenta la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo que, como señala esta autora, estableció la exigencia (para sujetos obligados por la misma) de implantar “obligaciones de información”, “procedimientos adecuados en materia de control interno” y de “comunicación por indicio”, tras ello la obligación del debido control que trajo la reforma del Código Penal por LO 5/2010, de 22 de junio, y con la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que introdujo la obligación, a través de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, de identificar los sistemas de control de riesgo que la Compañía tenga implantados en el informe de Gobierno Corporativo, llegando a la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del CP, que estableció que los modelos de organización y gestión, “impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

conforme a Derecho. Como bien señala ARMENTIA MORILLAS<sup>149</sup>, al abordar los riesgos posibles por la implantación de un sistema de denuncias sin cumplir con los requisitos de la normativa de Protección de Datos, el hecho de admitir en el sistema denuncias anónimas supondría una infracción del artículo 4 de la LOPD, tipificada como una infracción grave, con una sanción prevista (sin perjuicio de una graduación que pudiera hacer la AEPD) de 40.001€ a 300.000€, y ello sin olvidar el daño reputacional que ello generaría a la PJ. Por lo que, de *lege lata* debemos concluir que no es posible articular un canal de denuncias anónimo.

### **¿Cuál es el contenido mínimo que debe tener la denuncia a través del Canal Ético?**

Esta pregunta plantea dos cuestiones. En primer lugar, el contenido que rellena el denunciante al utilizar el Canal Ético. Así, deberán constar una serie de elementos, cuanto menos, que deberían convertirse en requisitos para poder otorgar un mínimo de credibilidad al denunciante y proceder. Por ello además de la identificación del denunciante, la relación de hechos denunciados, la o las personas que se estimen responsables de esos hechos, el lugar donde ocurrieron, y la fecha, deberá habilitarse campos que sugieran al denunciante la información necesaria. Ciento es que por el hecho de que una denuncia no reúna todos los requisitos exigidos no por ello será menos tenida. Pues puede iniciarse una investigación en la que se vayan recabando más pruebas, así como establecerse un “dialogo” con el denunciante a fin de obtener más información.

En segundo lugar, y también de gran importancia debe señalarse que a fin de evitar denuncias falsas, de mala fe, o incluso la típica que presenta el trabajador contra su jefe directo cuando intuye que lo van a despedir, habría el “formulario de denuncia” debería contener una prevención explicativa de los riesgos por un mal uso de dicho canal. Para ello, coincido con los autores que se postulan a favor de hacer que los empleados conozcan las consecuencias derivadas de la presentación de denuncias falsas, a sabiendas de ello. Especial interés recaba lo que afirma GARCÍA MORENO<sup>150</sup> de que a fin de evitar que esta herramienta de ética y cumplimiento normativo se pueda convertir

---

<sup>149</sup> ARMENTIA MORILLAS, P., “Plan de acción e implantación del *Compliance Program*. Plan de prevención, detección y reacción”, AAVV (coord.) SÁIZ PEÑA, C.A., *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015. p. 641

<sup>150</sup> GARCÍA MORENO, B., “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”, AAVV NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa, Tirant lo Blanch*, Valencia 2015, p. 224.

en arma arrojadiza en las rencillas y conflictos internos, conviene que las denuncias de mala fe sean objeto de sanción disciplinaria en la empresa y así debe constar tanto en el reglamento interno de *whistleblowing* como en cualquier documento o publicidad relativa al canal. “*Siendo recomendable incluir información sobre otro tipo de responsabilidades que puedan derivar de un mal uso de la hotline, como por ejemplo, la posible comisión de un delito de injurias o de calumnias o la responsabilidad civil por lesión del derecho al honor*”.

### **¿Qué medio se puede utilizar para denunciar: carta, mail, whatsapp, buzón físico, u otros medios en la empresa?**

Ya adelantábamos que el Canal de Denuncias debería estar habilitado tanto para personal de la PJ y colaboradores, como para externos. Así, si bien cabe la articulación del consabido e-mail, una opción muy interesante es su habilitación a través de un sistema informático en el que bien a través de la intranet o bien a través de la web existan links a tal efecto. En ese supuesto, al clicar en el link, el denunciante accedería a un formulario a llenar y lo enviaría. Las ventajas de este sistema son muchas frente a las otras opciones. Veamos algunas de esas ventajas:

- a) comunicación directa, rápida, segura y efectiva.
- b) mejor documentación del expediente.
- c) mejor accesibilidad para el denunciante.

En pequeñas compañías es posible que el coste de un sistema informático de ese calibre no sea asumible, por lo que deberán habilitarse el Canal Ético por otros medios como el consabido e-mail. Llegados a este punto conviene resaltar la enorme importancia que adquieren los sistemas informáticos para el Cumplimiento, con lo que tiene de positivo y de peligroso.

Las otras opciones también pueden ser válidas. En nuestra opinión debe facilitarse al máximo que el órgano encargado del control tenga conocimiento de cuantas irregularidades estén sucediendo, por ello, habilitar varias vías de comunicación no es descabellado. Ello puede facilitar la denuncia de alguien que no se fía de quien controla el Canal Ético, o evitar un colapso en caso de ataque o fallo informático.

Además, existirán supuestos de extrema urgencia, en la que a fin de poder recabar pruebas, o incluso males mayores, se requiera de un conocimiento *ipso facto* de la denuncia. Por lo que, por ello debería existir también una línea telefónica al efecto.

En este sentido, nuestro parecer es el de abrir todos los canales que se consideren pertinentes y efectivos. Ahora bien, sea cual sea el que se habilite, éste debe constar de los requisitos y exigencias necesarios de protección al denunciante, y de salvaguarda de los derechos del denunciado.

El coste de implantar un buen canal ético es elevado, pero el coste de no hacerlo será siempre mucho más caro, y además puede causar un daño de difícil reparación. Así, por un lado, hay que considerar en relación con la normativa de Protección de Datos, los riesgos posibles, ya indiciariamente apuntados *ut supra*. ARMENTIA MORILLAS<sup>151</sup> señala dentro de los riesgos posibles por la implantación de un canal de denuncias sin cumplir la normativa de Protección de Datos los siguientes con las siguientes sanciones, además de la ya vista por admitir denuncias anónimas:

- “*No eliminar la denuncia en plazo (art. 4 LOPD) supone una infracción Grave (40.001€ a 300.000€).*
- *No informar al denunciante (art. 5.1 LOPD) supone una infracción Leve (600€ a 40.000€).*
- *No informar al denunciando y/o terceros (artículo 5.4 LOPD) supone una infracción Grave (40.001 a 300.000€).*
- *No implantar medidas de seguridad (Título VIII RLOPD), puede suponer o bien una infracción Grave (40.001 a 300.00€) o bien una infracción muy Grave (300.001 a 600.000€).*
- *No haber obtenido autorización para la TID – en caso de ser necesario (artículos 33 y 34 LOPD, Título VI), supone una Infracción Muy Grave (300.000€ a 600.000€). ”*

Y, por otro lado, los riesgos penales que asume la PJ por no contar con lo exigible y/o por no garantizar un funcionamiento respetuoso con los derechos de denunciante y denunciado.

---

<sup>151</sup> ARMENTIA MORILLAS, P., “Plan de acción e implantación del *Compliance Program*. Plan de prevención, detección y reacción”, AAVV, SÁIZ PEÑA, C.A., (coord.), *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015. p. 641

## **¿Cómo se debería articular el Canal ético en un grupo de empresas o en una multinacional?**

Por un lado, no podemos orillar las exigencias legales en torno al Canal de Denuncias así como su directa vinculación con las llamadas “investigaciones internas”. La PJ debe contar con la Función de Cumplimiento que es quien al fin será informada de las denuncias o gestionará el Canal de Denuncias. Por ello, sin perjuicio de la posibilidad de externalizar el Canal de denuncias incluso para grupos de empresas o multinacionales, el gestor de dicho Canal siempre deberá reportar a la Función de Cumplimiento que debe estar dentro de la PJ. Además, debemos tener en consideración que tras la denuncia, que reúna los requisitos mínimos, vendrá la investigación interna.

## **¿Cómo se puede proteger al *Whistleblower*?**

El denunciante, o Whistleblower, debe ser protegido por la propia PJ creando una suerte de mecanismos que garanticen la efectividad de la protección y que fomenten la confianza en el sistema. Así, de poco va a funcionar un Canal de Denuncias si a la primera denuncia se demuestra su ineffectividad, desmotivando a los denunciantes, o peor aún, ser represalia de alguna forma directa o indirecta al denunciante. No olvidemos que algunas empresas han venido siendo pequeños feudos, en los que ahora se les puede exigir concretamente una responsabilidad penal. El cambio de paradigma, conlleva también una protección a los que denuncien. Así, como señala GARCÍA MORENO<sup>152</sup>, frente a las posibles represalias cabe acudir a la protección que el Derecho Constitucional y Laboral confiere, la protección por el Derecho Penal, así como posibles programas de incentivos. Ciertamente pueden ser efectivos, como por ejemplo las recompensas económicas que ya vimos funcionan en otros países. Sin embargo, a nuestro juicio es importante que el denunciante conozca todos esos mecanismos de protección que el Derecho le confiere. En este sentido, entendemos que debería existir una formación específica para el personal de la PJ, previsto en el Programa de cumplimiento, sobre el uso, derechos y obligaciones del Canal de Denuncias.

---

<sup>152</sup> GARCÍA MORENO, B., “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”, AAVV, NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa, Tirant lo Blanch*, Valencia 2015, pp. 226 a 230.

## **¿Cuál debería ser el protocolo relativo al Canal de denuncias y como debe procederse en cada caso?**

La necesaria interrelación del Canal de Denuncias y las investigaciones internas hace que en este apartado se aborden tales cuestiones de forma conjunta o sucesiva, así como los derechos y deberes de los afectados.

RAGUÉS I VALLÈS<sup>153</sup>, entiende que un sistema interno que reúna las exigencias necesarias deberá ser considerado por un juez penal como una medida eficaz de descubrimiento y prevención del delito (sin que ello implique de por sí la existencia del “debido control”). Resume tales exigencias en seis puntos:

“1º El canal de denuncia debe ser conocido por todos los usuarios potenciales y debe ser de fácil acceso. Pudiendo entrar externos a la empresa, como cliente y proveedores.

2º No se admiten denuncias anónimas, pero sí se garantiza la máxima confidencialidad, así como la protección frente a posibles represalias. Conlleva también información de beneficios penales en el caso que pudieran proceder para el denunciante.

3º Entre los canales prevé el correo electrónico, teléfono, correo postal.

4º Receptor con conocimiento jurídicos, independencia para investigar y acceso directo a toda la PJ.

5º La primera respuesta de la empresa debe ser el inicio de investigación por persona con conocimientos técnicos necesarios y sin afectación al caso. La investigación siempre deberá ser realizada con el máximo respeto a los derechos de la persona denunciada y debe tratar de conseguir pruebas del hecho denunciado. Culminará con un informe que se trasladará a los órganos directivos de la empresa con *“capacidad decisoria en materia laboral y con competencia para decidir sobre la eventual reparación que corresponde a la víctima y el traslado a las autoridades de la información obtenida”*.

---

<sup>153</sup> RAGUÉS I VALLÉS, R., “Los procedimientos internos de denuncia …”, *Op. Cit.*, p. 194 y 195.

6º En el diseño del procedimiento manifiesta su compromiso de confirmar veracidad denuncia, adoptar medidas internas, poner en conocimiento los hechos ante las autoridades y contactar con los potenciales perjudicados para reparar posibles daños ocasionados. Debiendo tener previsto un plan de actuación para introducir los cambios necesarios a fin de que no se vuelva a producir o corregir aquellos mecanismos de control que hubieran podido fallar.”

Para PASCUAL CADENA<sup>154</sup>, la forma de proceder debe seguir el siguiente estándar:

1. Una denuncia, cuya forma requiere de haberse establecido “*los diversos formularios, preferentemente escritos, con consignación de nombre, hechos, lugar y firma. En las denuncias verbales, el órgano receptor deberá tener constancia de tales datos por los medios de reproducción admisibles, y si la denuncia es telefónica se preguntará por la aceptación de que sea grabada, para su admisión conforme a derecho*”.
2. El órgano receptor de la denuncia, “deberá hacer constar su recepción, lugar y forma, y tras su examen, remitirla al órgano encargado del cumplimiento penal o control interno”.
3. El órgano de control “recabará toda la información al respecto, y tras su examen procederá a:
  - a) Archivar el asunto por no existir indicios racionales de criminalidad y en su caso trasladarlo, no siendo delito, pero sí otro tipo de infracción la denuncia al ámbito pertinente, laboral, administrativo o el que sea adecuado.
  - b) Proceder a la apertura de un expediente de investigación del delito en el cual, a partir de la denuncia, se enunciarán cargos, se recabarán pruebas y se dictará resolución en la cual se acuerde o bien proceder a la denuncia a la autoridad judicial pertinente o bien proponer cualquier otra según los casos.

---

<sup>154</sup> PASCUAL CADENA, A., *Op. Cit.*, p. 382 y ss.

O bien en el caso de poderse prevenir dictar las medidas tendentes a la no consumación del delito. Dichas resoluciones deberán ser consecuentes con la naturaleza del delito cometido, y así, si es un delito de mera actividad, se procederá a la segunda resolución, mientras que si es un delito de resultado se denunciará inmediatamente.

Una vez analizado el Canal de Denuncias, procede abordar el siguiente paso, es decir la investigación interna que parece que el legislador en esa proyección de autorregulación regulada espera que haga la PJ. Pues aparece derivado del artículo 31 bis 5 apartado 4º del CP, y del artículo 31 quater b) del CP. De esta manera, toma relevancia una cuestión tan importante como peligrosa para la PJ. La problemática que suscitan las “**investigaciones internas**” ha sido tratada ampliamente por la dogmática penalista<sup>155</sup>. Y ciertamente es una cuestión a tratar con extremo cuidado habida cuenta que precisamente es un punto clave en el *Programa de cumplimiento*, y a la vez puede ser el tendón de Aquiles del mismo. Una investigación interna mal hecha puede suponer la imputación penal para la persona física que la ha realizado e incluso para la PJ. Se plantea además si las personas físicas contra las que se dirijan las investigaciones, especialmente cuando se trate de la segunda vía de imputación no deban tener algún tipo de protección frente a una coacción con miras a la autoincriminación<sup>156</sup>. Así cabe determinar el alcance de la obligación imponible a la PJ en esa tarea de investigación, los límites y su configuración, así como los medios, las personas que pueden realizarlas, y la forma en que éstas se pueden realizar.

Debemos analizar las siguientes cuestiones:

### 1) ¿Objeto de las investigaciones internas?

Comenzando por el objeto de esas investigaciones internas debemos señalar que a nuestro juicio pueden producirse por unos hechos que implican que un delito se ha cometido o bien se está cometiendo, pero siempre en base a unos hechos de los que se tiene alguna constancia que pueden haber ocurrido.

---

<sup>155</sup> Así podemos citar a título de ejemplo BLUMENBERG, D. – GARCÍA-MORENO, B., KUHLEN, L., MASCHMANN, F., GÓMEZ MARTÍN, V., MONTIEL, J.P., SAHAN, O., entre otros.

<sup>156</sup> Así KUHLEN, L., “Cuestiones fundamentales de Cumplimiento y Derecho Penal”, AAVV, KUHLEN, L. – MONTIEL, J.P. – ORTIZ DE URBINA GIEMENO, I., (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2013, p. 76.

## **2) ¿Quién puede realizar esas investigaciones internas?**

Con acierto señala GÓMEZ MARTÍN<sup>157</sup> que, en esa averiguación de hechos, en sentido estricto, las investigaciones internas podrían ser llevadas a cabo por investigadores privados, compañías de inteligencia o miembros del departamento de forensic de empresas auditadoras, siendo en sentido más amplio también las facultades con las que la empresa cuenta para fiscalizar y controlar la actividad de sus empleados.

## **3) ¿Cómo se deben realizar las investigaciones internas? Límites.**

En cualquier caso, las investigaciones internas deberán ser muy escrupulosas con el respeto a los Derecho de los Trabajadores y teniendo siempre bien claro el límite. En este sentido MONTIEL<sup>158</sup> postula que no se trata de límites absolutos y en tal sentido acude a las delimitaciones jurisprudenciales en relación a la intimidad. Analiza este autor las tres constelaciones en las que se afecta a la intimidad y que deben ser distinguidas: 1) falta absoluta de expectativa razonable de intimidad; 2) modificación legítima de una expectativa razonable de intimidad; y 3) expectativa inmodificable de intimidad. Y añade que como señala el art. 20, apdo. 3 del TRET “ninguna medida de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de las obligaciones del trabajador puede dejar de lado la dignidad de las personas”.

Respecto de la investigación del delito en la PJ como recuerda PARRA RODRÍGUEZ<sup>159</sup>, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hay que atender a un juicio de proporcionalidad, y a un juicio de necesidad. El Juicio de proporcionalidad se refiere a si es la medida adecuada para cumplir lo previsto cabiendo preguntarse si cabrían otras medidas. Y el Juicio de necesidad requiere la existencia previa de indicio.

---

<sup>157</sup> GÓMEZ MARTÍN, V., “Cumplimiento y derechos de los trabajadores”, AAVV, KUHLEN, L. – MONTIEL, J.P. – ORTIZ DE URBINA GIEMENO, I., (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2013, p. 131. En el mismo sentido de que las investigaciones puedan ser llevadas por personal externo a la PJ se ha pronunciado BACIGALUPO, E., *Cumplimiento y Derecho penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 94.

<sup>158</sup> MONTIEL, J.P., “Autolimpieza empresarial: programa de cumplimientos, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales”, AAVV, KUHLEN, L. – MONTIEL, J.P. – ORTIZ DE URBINA GIEMENO, I., (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2013, p. 232 a 235.

<sup>159</sup> PARRA PÉREZ, M. J., en su ponencia de 29 de junio de 2016, en la jornada sobre *Cumplimiento y Relaciones Laborales*, realizada en Fomento del Trabajo (Barcelona).

Debemos coincidir con la valoración de los límites a las investigaciones internas antes de proceder a realizarlas. Así debemos valorar que la medida que se pretenda adoptar sea idónea, necesaria y proporcional<sup>160</sup>.

En aras de concretar la tipicidad y antijuridicidad de las afectaciones de la intimidad, producidas en el marco de las investigaciones internas cabe señalar la propuesta de MONTIEL en el sentido de los artículos 197 y 199 del CP español. Así hallaríamos supuestos de riesgo permitido cuando los investigadores aun y creando un riesgo para la intimidad es tolerado por las prácticas jurídicas y sociales. En ámbitos en los que la expectativa de tutela se ve alterada por una modificación empresarial también resultan atípicas, habida cuenta del marco de libertad empresarial para organizar los procesos productivos; no estando la exclusión de la imputación objetiva aquí necesariamente ligada a la creación de un riesgo permitido según este autor. Así, si se produce una advertencia de que el ordenador de la empresa puede ser monitorizado en cualquier momento no resultaría típica la conducta. En cuanto al consentimiento que pueda dar el trabajador, este autor, cuestiona su plena validez por la forma en que puede venir dado y estar condicionado, teniendo en cuenta el poder del empresario y las necesarias condiciones para que el trabajador preste ese consentimiento. Visto todo ello, el autor, recuerda que a pesar de lo dicho existen normas ajenas al Código Penal que permiten, por ejemplo, realizar registros sobre la persona del trabajador, taquillas o efectos personales, estableciendo igualmente los límites de ese registro<sup>161</sup>.

Más allá de los delitos contra la intimidad que pueden ser cometidos en el marco de las investigaciones internas, NIETO MARTÍN<sup>162</sup> apunta que podría darse el delito de amenazas, cuando el empleado tenga derecho a guardar silencio y no colaborar con la investigación y se le amenace con el despido si no habla.

---

<sup>160</sup> En el mismo sentido ESTRADA I CUADRAS, A. – LLOBET ANGLÍ, M., “Derechos de los trabajadores y deberes del empresario”, AAVV SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.) – MONTANER FERNÁNDEZ, R. (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, 2013, p. 225.

<sup>161</sup> MONTIEL, J.P., “Autolimpieza empresarial: programa de cumplimientos, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales”, AAVV, KUHLEN, L. – MONTIEL, J.P. – ORTIZ DE URBINA GIEMENO, I., (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2013, pp. 235 a 243. Señala además que al tratarse de medidas reactivas no cabría ni la legítima defensa ni el estado de necesidad, dado que no se verifica el requisito de la actualidad o inminencia de la agresión ni el de la actualidad del peligro, por lo que la justificación habría que buscarla de otra manera.

<sup>162</sup> NIETO MARTÍN, A., “Investigaciones internas”, AAVV NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 243. También señala la posibilidad de que la prueba luego sea nula en un proceso penal, con la consecuencia de que la PJ no pudiera beneficiarse de la atenuante de colaboración, además de entorpecer la investigación penal o administrativa, lo que afectaría a sus posibilidades de defensa.

Debemos convenir en que en este complejo proceso de gestión del Canal de denuncias y de realización de investigaciones internas debe quedar garantizado tanto para el denunciante como para el denunciado una serie de derechos. Así, como señala PASCUAL CADENA<sup>163</sup>, tendríamos la máxima confidencialidad, el anonimato y el apoyo a la víctima, y para el denunciado que la PJ compruebe la veracidad de los hechos denunciados y que actúe desde el prisma de la presunción de inocencia, su derecho de defensa consistente básicamente en saber de qué se le acusa y con la posibilidad de presentar su versión y las pruebas que estime, y finalmente la privacidad.

En relación a los límites que las investigaciones internas tienen en relación con el proceso penal NIETO MARTÍN<sup>164</sup> resalta que en tanto que son parte del derecho de defensa de la PJ “*no puede ser prohibida por el juez o fiscal*”. Lo cual no se contradice con que contengan límites como hemos visto o que ello “*no implique que sea aconsejable informar de su existencia al juez de instrucción y al fiscal*”. Este autor considera además poco útil y no aconsejable la entrevista interna con los responsables individuales, señalando que en Francia existe una prohibición de entrevistarse con personas que van a ser testigos en el proceso penal. Debemos convenir con este autor en que “*destruir u ocultar pruebas relevantes durante el transcurso de una investigación interna o aleccionar a los empleados para que realicen determinadas declaraciones testificales pone de manifiesto, en primer lugar, que la empresa carece de una cultura corporativa de cumplimiento con la legalidad, o dicho en otros términos, que no es creible que haya ejercido con seriedad el debido control*”. Siendo sancionables en vía administrativa o penal, según se trate.

Otra cuestión también señalada por este autor con acierto es la relativa al círculo de personas que se podrían ver protegidas por el secreto profesional en el proceso penal, cuando están o han estado incursas en las investigaciones internas. Pues claro está que el Abogado encargado de las investigaciones, sea externo o interno, será siempre el abogado de la PJ, y no defiende los intereses ni de denunciantes, ni de denunciados. Existiendo en este punto una situación de “*conflicto entre el derecho de la empresa a colaborar con la investigación revelando la información obtenida mediante el secreto*

---

<sup>163</sup> PASCUAL CADENA, A., *El plan de prevención de riesgos penales y responsabilidad corporativa*, Wolter Kluwer, Barcelona, junio 2016, pp. 384 y 385.

<sup>164</sup> NIETO MARTÍN, A., “Investigaciones internas”, AAVV NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa, Tirant lo Blanch*, Valencia 2015, pp.265 y ss. Destaca además el autor los límites, que, aunque obvios, conviene señalar como cualquier actuación que suponga delitos contra la Administración de Justicia o que se haga contra prohibiciones expresas del Ministerio Fiscal o del Juez Instructor. Y pone como ejemplo el caso de los ordenadores y/o locales que estuvieren precintados.

*profesional, y la de aquellas personas físicas que han colaborado con la investigación, especialmente al ser entrevistadas*”. Por lo que deberá dejarse constancia de tal extremo<sup>165</sup> con meridiana claridad, dejando también claro que la información que se apporte será utilizada por la PJ atendiendo a sus intereses procesales.

Por todo ello no podrán olvidarse los derechos que asisten al investigado por la PJ.

Así, coincidimos con NIETO MARTÍN<sup>166</sup> en que deberían recogerse cuanto menos los siguientes derechos:

- a) Derecho a ser informado de los hechos que se le imputan, bien sea verbalmente o por escrito, pudiendo el investigado acceder a las pruebas en su contra así como al expediente de investigación antes de que se adopte ninguna decisión. Con el límite de proteger la identidad de la persona que ha realizado la comunicación o denuncia.
- b) La persona investigada debe tener derecho a formular alegaciones y presentar sus pruebas (testigos, documentos, etc.)
- c) Puede contar con un abogado que esté presente durante las entrevistas o el acceso al expediente, cuyo coste no asumirá la PJ.
- d) Si bien no existe norma que obliga la presencia de los representantes de los trabajadores, nosotros entendemos que el investigado podría reclamar su presencia.
- e) Debe salvaguardarse siempre la presunción de inocencia.

---

<sup>165</sup> NIETO MARTÍN, A., señala el riesgo en caso de no obrar correctamente de poder caer en el delito del artículo 467 del CP, conocido como la prevaricación de abogados. Por ello es especialmente importante, lo que este mismo autor señala unas páginas antes acerca de la forma de proceder con el entrevistado explicándole cuál es su situación legal, sus derechos y qué destino puede darle la PJ a su declaración. *Investigaciones internas*”, AAVV NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa, Tirant lo Blanch*, Valencia 2015, pp. 252 a 254, y 268 a 269.

<sup>166</sup> Especial interés recaba la cita a la “Miranda empresarial”, utilizada en la praxis internacional de forma análoga a la “lectura de derechos de los detenidos”. Vid. AAVV, NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pp. 257 y 258.

#### **4) ¿Qué concretas medidas se pueden tomar en las investigaciones internas?**

La tercera cuestión es qué medidas de investigación y control se pueden tomar. MONTIEL<sup>167</sup> señala dos grandes grupos de riesgos de vulneración de la intimidad: 1) la revelación desautorizada de información privada o íntima que ya estaba en poder del empleador; 2) acciones consistentes en acceder desautorizadamente a información privada o íntima.

Para lo cual deberemos distinguir entre medidas *ex ante*, ya incorporadas en el *Programa de cumplimiento* y dirigidas a la prevención, evitación y detección, y medidas *ex post*, de tipo reactivo, es decir una vez denunciado un hecho con apariencia de delito. Así las concretas medidas a adoptar pueden ser, a tenor de lo que indican varios autores:

- a) Los controles espontáneos.
- b) Las entrevistas e interrogatorios de trabajadores y colaboradores. PARRA RODRÍQUEZ destaca que la entrevista sea tranquila, sin prisa, y debe seguir un cuestionario con fiel reflejo de la denuncia formulada. Siendo muy positivo que se documente y la firme, y quede todo documentado. Ante la pregunta de si debería tener un abogado a su lado el trabajador o directivo, cuando es entrevistado/interrogado por una denuncia se dan distintas respuestas.

Debiendo tener en cuenta también el “*funcionamiento con las autoridades de investigación involucradas, así como la coordinación con los demás asesores procedentes de otras disciplinas jurídicas, que, a su vez, preparan baterías de preguntas complementarias, especialmente de naturaleza laboral o civil*<sup>168</sup>”.

---

<sup>167</sup> MONTIEL, J.P., “Autolimpieza empresarial: programa de cumplimientos, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales”, AAVV, KUHLEN, L. – MONTIEL, J.P. – ORTIZ DE URBINA GIEMENO, I., (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2013, p. 231 y ss.

<sup>168</sup> SAHAN, O., “Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado”, AAVV, KUHLEN, L. – MONTIEL, J.P. – ORTIZ DE URBINA GIEMENO, I., (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2013, p. 251 y ss. Este autor, aborda los límites y contenido de la consulta a abogados externos de la PJ, bajo el sistema alemán, pp. 254 a 259. MONTIEL, J.P., plantea claramente supuestos de acción típica por parte del Abogado del empresario que divulga en la investigación información personal que ya constaba en el legajo de un concreto trabajador. *Vid. “Autolimpieza empresarial: cumplimiento...”*, *Op. Cit.*, p. 231.

## **5) ¿Cómo se trata la información generada en una investigación interna?**

La información generada será recogida en distintos soportes, principalmente en papel. En relación a ella se plantean distintos escenarios de afectación. En primer lugar, lo relativo a la protección a los que han informado, en segundo lugar, las obligaciones de conservación y custodia, y en tercer lugar, las obligaciones de entrega. Ya hemos visto con anterioridad la protección a los informantes, así como las cláusulas de confidencialidad. Ahora bien, ¿puede el Juzgado de Instrucción o la Fiscalía exigir a la PJ que aporte esta información? La respuesta a esta cuestión es un poco compleja pues al deber de colaboración con la Administración de Justicia, y los riesgos de caer en una conducta que pudiera ser interpretada como obstaculización se añaden lo relativo al secreto profesional, al derecho de defensa, y lo que NIETO MARTÍN<sup>169</sup> llama “*Self evaluating privilege e investigaciones internas*”. En relación a la “extensión del secreto profesional”, este autor destaca que se pueden dar dos supuestos diferentes, siendo uno en el marco de la investigación de un hecho delictivo que previsiblemente comporte la apertura del proceso penal, y en segundo lugar “aquellas investigaciones internas que no guardan una relación previsible con un proceso penal o aquellas que tienen carácter prospectivo y que en realidad son auditorías internas. En relación con el primer supuesto debemos coincidir con el autor en que “*la información que procede de una investigación interna está protegida por el secreto profesional del abogado (art. 542.3 LOPJ), el derecho de defensa (art. 24 CE) y la exención de no declarar prevista en el art. 416 de la LeCrim, cuando se aporta al abogado por el cliente o por un tercero y guarda relación con el derecho de defensa*”. Así, ciertamente “el derecho de defensa permite y obliga al abogado a preservar la información que le ha suministrado su cliente o terceros mediante cualquier tipo de comunicación, y comprende también escrito, notas y dictámenes que haya podido realizar internamente el abogado con el fin de preparar la estrategia de defensa”. No tan claro es en relación con los abogados de empresa, especialmente a tenor de la STJUE (Gran Sala) de 14 de septiembre de 2010 en el caso AKZO<sup>170</sup>, que como bien señala este autor es un caso paradigmático por cuanto se

---

<sup>169</sup> NIETO MARTÍN, A., “Investigaciones internas”, AAVV NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa, Tirant lo Blanch*, Valencia 2015, pp. 266 a 270.

<sup>170</sup> Reproducimos por su importancia una serie de fragmentos de dicha Sentencia, dictada en el asunto C-550/07 P, en relación a las apreciaciones que hace el Tribunal:” *Sobre la primera parte del segundo argumento (derecho de defensa) ii) Apreciación del Tribunal de Justicia. (...)94 A este respecto procede señalar que, cuando una empresa se dirige a su abogado interno, no trata con un tercero independiente, sino que una persona que forma parte de su plantilla, sin perjuicio de los eventuales deberes profesionales que resulten de su colegiación. 95 Es preciso añadir que, aun suponiendo que la consulta a abogados internos, empleados por la empresa o el grupo de empresas, formara parte del*

planteaba precisamente en relación a la elaboración del programa de cumplimiento de la empresa, y en el que la Comisión deseaba acceder a una serie de notas y comunicaciones entre abogados y clientes al confeccionar el programa de cumplimiento en materia de derecho de la competencia. Así, se resolvió, resumidamente que no cabía tal postulación debido a la falta de independencia y la relación laboral, así como la imposibilidad de acogerse al secreto profesional. Coincidimos pues con NIETO MARTÍN en que “*la presencia de un abogado externo como Director de la investigación servirá para proteger de manera más eficaz toda la información que se genera*”. Más aun, entendemos que la obtención de algún medio de prueba con clara vulneración del sagrado Derecho de Defensa podría conllevar, según el caso, la nulidad

---

*derecho a ser asesorados, defendidos y representados, ello no excluye la aplicación, en caso de intervención de abogados internos, de determinadas restricciones y normas relativas al ejercicio de la profesión, sin que quepa considerar que ello menoscaba el derecho de defensa. Así, los juristas de empresa no siempre tienen la posibilidad de representar a su empleador ante todos los órganos jurisdiccionales nacionales, mientras que tales normas limitan las posibilidades abiertas a los clientes potenciales a la hora de elegir el asesor jurídico más apropiado.* 96 *De estas consideraciones se desprende que cualquier justiciable que desee recabar el asesoramiento de un abogado, debe aceptar tales restricciones y condiciones del ejercicio de dicha profesión. Las modalidades de la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes forman parte de estas restricciones y condiciones.* (...) 97 *Por consiguiente, el motivo basado en la violación del derecho de defensa es infundado.* d) *Sobre la segunda parte del segundo argumento (principio de seguridad jurídica).* (...) ii) *Apreciación del Tribunal de Justicia.* (...) 101 *Para responder al motivo basado en el citado principio procede señalar que la interpretación efectuada por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia recurrida, de que la correspondencia mantenida en el seno de una empresa o de un grupo de empresas con un abogado interno no está amparada por la confidencialidad de las comunicaciones en el marco de una verificación realizada por la Comisión, no genera ninguna incertidumbre jurídica respecto al alcance de dicha protección.* 102 *En efecto, las facultades de que dispone la Comisión en virtud del Reglamento nº 17 y del Reglamento nº 1/2003 se distinguen del alcance de las investigaciones que pueden llevarse a cabo a nivel nacional, pues los dos tipos de procedimiento obedecen a un reparto de competencias entre las distintas autoridades en este ámbito. Por tanto, las normas relativas a la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes pueden variar en función de este reparto de competencias y de las normativas correspondientes.* (...) 103 *A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que el Derecho de la Unión y el Derecho nacional en materia de competencia consideran las prácticas restrictivas bajo aspectos diferentes. Mientras que los artículos 101 TFUE y 102 TFUE las contemplan en razón de los obstáculos que de ellas pueden derivarse para el comercio entre los Estados miembros, las legislaciones internas, inspiradas por consideraciones propias a cada una de ellas, valoran las prácticas restrictivas solamente en ese marco (en este sentido, véase la sentencia de 16 de julio de 1992, Asociación Española de Banca Privada y otros, C-67/91, Rec. p. I-4785, apartado 11).* 104 *En estas circunstancias, las empresas cuyos locales son objeto de un registro en el marco de una investigación en materia de competencia pueden determinar sus derechos y obligaciones respecto a las autoridades competentes y al Derecho aplicable, como, por ejemplo, el tratamiento de los documentos que pueden ser decomisados en el curso de dicha investigación y la cuestión de si las empresas de que se trate pueden invocar o no la protección de la confidencialidad de las comunicaciones con los abogados internos. Por tanto, las empresas pueden guiarse eficazmente por las competencias de dichas autoridades y de sus poderes concretos en lo que respecta al decomiso de documentos.* 105 *Por tanto, el principio de seguridad jurídica no obliga a recurrir, para los dos tipos de procedimiento mencionados, a criterios idénticos por lo que se refiere a la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes.* 106 *Por consiguiente, el hecho de que, en el marco de una verificación realizada por la Comisión, la protección de las comunicaciones se limite a la correspondencia mantenida con abogados externos no viola el principio invocado por Akzo y Akcros.* (...)”

de esa prueba, con las posibles consecuencias de la anulación de las pruebas obtenidas con ella en base a la conocida doctrina del fruto del árbol envenenado.

COCA VILA<sup>171</sup>, recuerda además que la Ley 10/2010 de Prevención de Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo incluye a los abogados entre los sujetos obligados, aunque no por mera colegiación sino por realización de determinadas actividades, lo cual se traduce, en determinados casos, en la obligación de colaborar con el Estado.

Acerca de la documentación electrónica NIETO MARTÍN apunta dos cuestiones interesantes, de un lado la obtención, conservación y análisis de las pruebas obtenidas, y de otro asegurar su validez en la aportación como prueba si fuere necesario. Así desde la perspectiva de *forensic* la PJ puede contar con especialistas en asegurar la obtención y conservación de todos los correos y todas las webs consultadas desde un terminal. La segunda cuestión es asegurar la autenticidad de los documentos, en este aspecto este autor también señala la importancia de un buen sistema que garantice seguridad informática, puesto que las vulnerabilidades en ésta podrían llevar a la conclusión que cualquiera ha podido poner esa información ahí. De aquí infiere la necesidad, luego de la trazabilidad y custodia desde el momento de la extracción.

## **6) ¿Cuál es el protocolo de funcionamiento en las investigaciones internas?**

El protocolo de actuación en una investigación interna debe estar recogido en el Programa de cumplimiento, bien pensado y calculado. Puesto que un paso en falso puede significar la condena de una persona física y podría caber también la de la PJ.

GÓMEZ-JARA DÍEZ<sup>172</sup>, desde una perspectiva más amplia y yendo incluso más allá de lo que la propia investigación interna es, sitúa tres posibles momentos: 1) actuaciones previas a la comisión del delito, 2) actuaciones inmediatamente posteriores a la detección del delito y 3) actuaciones a adoptar tras el delito. Para lo que destaca la creación de un Comité de Gestión de Crisis, ante el “suceso-crisis” que supone el descubrimiento de la comisión de un hecho delictivo. Así, la conformación de dicho comité permitiría a la PJ responder de manera sistemática y ordenada a situaciones de

---

<sup>171</sup> COCA VILA, I., “La posición jurídica del abogado: entre la confidencialidad y los deberes positivos”, AAVV SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.) – MONTANER FERNÁNDEZ, R. (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, 2013, p. 287 y ss.

<sup>172</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, AAVV AAVV, BAJO FERNÁNDEZ, M. – FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015m de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarro), 2016., p. 225 y ss.

crisis no perdiendo de vista la importancia de que no se afecte o lo haga en lo mínimo a las actividades negociales. Además, señala que el tipo y tiempo de respuesta es clave también en materia de atenuantes. Como actuaciones inmediatas tras la detección resalta la investigación interna de la conducta detectada, el aseguramiento de los recursos disponibles, la definición y control de las reacciones frente al delito, y la supervisión de las comunicaciones públicas. Así sitúa la investigación interna dentro de las actuaciones inmediatas tras la detección. Para ello este autor considera esencial el apoyo incondicional de los directivos clave de la corporación. También resalta prestar atención al aseguramiento de recursos disponibles puesto que una vez iniciadas las investigaciones internas los recursos “se consumirán con avidez”. Por lo que llama a la previsión de tener el personal administrativo y de los diversos departamentos implicados, así como asegurarse que los recursos económicos previstos inicialmente están efectivamente disponibles o, en su caso, pueden estarlo en un período corto de tiempo; y al establecimiento de un cronograma con “hitos fundamentales y necesidades de financiación “. En otro orden también postula este autor, que a fin de evitar precipitaciones conviene preparar las respuestas y reacciones frente al delito, teniendo en cuenta el impacto también a la larga. Señala los siguientes elementos:

- a) *adopción de una práctica corporativa que minimice el daño total producido.*
- b) *Notificaciones a las víctimas, cuando dichas notificaciones puedan prevenir mayores daños.*
- c) *Disciplinar internamente a los empleados que se han visto involucrados en la conducta ilegal.*
- d) *Revelaciones a las autoridades en relación con la naturaleza de la infracción, la identificación de los empleados que han participado en la infracción y el ámbito de su implicación.*
- e) *Cooperación con las autoridades en las futuras investigaciones sobre la infracción y otros posibles ilícitos.*
- f) *Comunicaciones al público.*

- g) *Indemnización a las víctimas que se hayan identificado.*
  - h) *Otros remedios que se hayan adoptado por la persona jurídica para contrarrestar los efectos de la infracción.*
  - i) *Conclusiones que se hayan sacado sobre el origen de la infracción y los cambios en las prácticas corporativas para prevenir casos similares en el futuro.*
  - j) *Evaluaciones sobre el grado de efectividad de las prácticas de Cumplimiento en la persona jurídica para detectar la infracción y la necesidad de procedimientos de monitorización un tanto diferentes para detectar dichas infracciones de manera más rápida y eficaz.*
  - k) *Desarrollo de un calendario de actuaciones para implementar la respuesta y un plan para monitorizar la realización final y efectiva de la respuesta.*

Yendo concretamente a la fase reactiva, debemos concretar cómo se puede estructurar esa investigación interna. Así NIETO MARTÍN<sup>173</sup>, distingue 4 principales fases que serían: 1) la fase preliminar, 2) La apertura de la investigación, 3) la Realización de la investigación y la Comunicación de los resultados a los investigados.

### **1) La fase preliminar.**

Este autor entiende que en atención al principio de proporcionalidad<sup>174</sup> debe existir un mínimo de verosimilitud en la sospecha. En consecuencia, se debe producir a una criba de las denuncias infundadas, inverosímiles. En nuestra opinión deberán canalizarse por distintos conductos los distintos tipos de denuncias en función del grado de verosimilitud, pues entre verosímil e imposible hay muchos grados. Una denuncia

---

<sup>173</sup> NIETO MARTÍN, A., “Investigaciones internas”, AAVV NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 235 y ss.

<sup>174</sup> El autor apunta el coste del proceso y la lesión que se causa al afectado. Incluso se podría entender tal actuación como contraria a los intereses de la PJ por cuanto de un lado “estaría empleando de una forma contraria al deber los medios de la empresa” y de otro “estaría lesionando indebidamente el honor u otros derechos fundamentales, como la intimidad o el secreto de las comunicaciones, de los afectados, lo que podría dar lugar a la interposición de reclamaciones por daños y perjuicios”.

que aparentemente no sea muy verosímil, a nuestro juicio, no tiene porque ser inmediatamente aparcada de una posible investigación interna.

En otro orden, también entendemos que hay que establecer un conducto para dar respuesta a las denuncias que de entrada no tienen suficientes elementos para iniciar la investigación, y en ese punto creemos esencial crear un feedback con el denunciante a fin de que aporte más información, si la tiene, determinar si puede existir algún interés espurio, y cuanto menos que se sienta respaldado, informado y correctamente atendido en lo que a su denuncia se refiere. Puede ocurrir pues, que a un empleado le parece que un compañero le da un sobre con dinero a un cliente y que luego resulte que estaba equivocado. Sea como fuere, no hay que desincentivar la denuncia de comportamientos sospechosos. Además, será una magnífica oportunidad para que el empleado pueda aprender más, y la PJ pueda mejorar.

## **2) La apertura de la investigación.**

Ciertamente es razonable pensar, como defiende NIETO MARTÍN, que existe una discrecionalidad a la hora de decidir si realizar o no una investigación interna. Para ello apunta tres indicadores:

- a) El daño que puede ocasionar a la entidad la no realización de la investigación.
- b) Que la infracción sea indicativa de un defecto grave del sistema que deba corregirse para mejorar el sistema de prevención.
- c) La necesidad de sancionar la infracción para demostrar que el Código Ético y las políticas que se derivan de él no son “papel mojado”. Es decir, demostrar que el Canal de denuncias es efectivo<sup>175</sup>.

---

<sup>175</sup> A juicio de NIETO MARTÍN, A., las investigaciones internas ostentan ventajas sobre las que pueda hacer el Estado, así señala que la empresa puede acceder con mayor facilidad a medios de prueba como por ejemplo correos electrónicos, el deber de veracidad de los empleados que colaboran en la investigación que no siempre tienen en un proceso penal. Además de que dicha investigación interna trasciende la penal en el sentido de que tratan de analizar por qué en la empresa aparecen comportamientos irregulares, qué los incentiva o qué deficiencia tiene el programa de prevención. Los objetivos son más amplios. El autor destaca que “en ocasiones, la existencia de una investigación penal, a la cual además se le ponen trabas, es la coartada en una organización para que todo siga igual”. Vid. Op. Cit., p. 238.

Desde esta perspectiva conviene recordar que la investigación debería realizarse con la máxima discreción, controlando la información que se pueda generar. Este autor lo equipara al secreto de sumario, bajo el principio *need to know*. Para tal fin las cláusulas de confidencialidad del equipo de investigación aparecen como un instrumento necesario del que deberá proveerse el expediente.

En nuestra opinión lo más recomendable es que la apertura de la investigación sea competencia del Compliance Officer u órgano asimilado. Por lo que la valoración de los indicadores en relación con el caso en concreto quedará bajo su responsabilidad. Una vez decidido que se abre la investigación procede nombrar a un instructor.

NIETO MARTÍN señala la oportunidad de decidir si la investigación debe ser externalizada, y realizada por un abogado externo, o en cambio realizarse internamente. Apunta factores económicos, o si los hechos están judicializados, en cuyo caso habrá que tenerse en cuenta las problemáticas que se suscitan entorno a la existencia o no de secreto profesional y “*la capacidad de preservar la confidencialidad de los documentos generados por la investigación frente al juez, fiscal o las autoridades administrativas*”. Así, tiene razón en que la empresa debe asegurarse, por poco que pueda, el dominio sobre los hechos que averigua en el transcurso de la investigación y salvaguardar la documentación generada, a salvo claro los casos, muy concretos, en los que está obligada a colaborar con la investigación pública como son las infracciones en materia de Prevención de Blanqueo de Capitales, o las infracciones contra el mercado de valores, por ejemplo.

También apunta este autor que puede existir un conflicto de intereses entre quienes llevan a cabo la investigación y quien gestiona el Canal de Denuncias, por cuanto este último tiene el deber de guardar confidencialidad y protección al denunciante.

En relación con la determinación de la persona que sean nombrada instructor conviene tener presentes las dificultades que puede hallar en el camino, por lo que, tal vez sea conveniente un cierto grado de especialización en el área en el que se ha cometido la infracción. En el mismo sentido NIETO MARTÍN quien además señala que también deberá valorarse la imparcialidad de estas personas por la posible cercanía con la persona investigada.

Una vez determinada la persona que hará de instructor, ésta deberá elaborar el Plan de la investigación, estableciendo duración, calendario de trabajo previsible, lista de personas que van a ser entrevistadas, los documentos a los que se va a tener acceso, las sedes o despachos que puede ser registrados. Entendemos que todas las medidas

previsibles deberían quedar ya proyectadas. Vistos los riesgos aparejados a las investigaciones internas, merece especial atención a la realización de un buen plan en el que las decisiones estén ponderadas, justificadas y sobretodo revisadas desde el punto de vista de salvaguarda y respeto de los Derechos del investigado y del denunciante.

### **3) Realización de la investigación y la Comunicación de los resultados a los investigados**

A lo anteriormente expuesto cabe añadir que es posible que de entre las actuaciones a realizar convenga obtener información externa de la PJ, lo cual conlleva la necesidad de contratar a especialistas para tal cometido. En este sentido podemos hablar de los tradicionales y muy competentes Detectives Privados, a fin de que puedan aportar luz sobre determinados aspectos de la investigación. O, también como bien señala NIETO MARTÍN acudir a los servicios de *inteligencia corporativa*<sup>176</sup>, que podrían aportar toda aquella información externa necesaria.

La investigación deberá ser llevada dentro de los límites que descritos ut supra, teniendo especial cautela con el respeto a los Derechos del denunciado y del denunciante, y también de terceros. Como señala NIETO MARTÍN también resulta aconsejable tener una adecuada política de seguridad de la información, que garantice la custodia, accesibilidad y seguridad de la misma, sea en el formato que sea. Los límites constitucionales y laborales ya vistos jamás deben ser perdidos de vista so pena de caer en ilícitos de la persona física que los ejecute e incluso de la PJ. Por lo que, ello implica que no se le puede exigir a la PJ que aporte la verdad de las cosas cueste lo que cueste pues el respeto de dichos límites es también cultura de cumplimiento. Lo que nos conecta con la idea de que le puede ser exigible y que no a la PJ. Si bien ser irán trazando estándares, como ya constan en algunos aspectos, lo cierto es que habrá que ir al caso concreto para valorar si las investigaciones internas se hicieron debidamente.

---

<sup>176</sup> Especializada en la recolección y el análisis de la “minería de datos” para ponerla al servicio de las empresas. El autor destaca a su vez los riesgos del uso de estos servicios por cuanto “no están completamente perfiladas las fronteras entre lo lícito y lo ilícito, en España la legislación sobre Protección de Datos impone límites muy estrictos. Señala también que en Alemania desde el año 2009 se permite expresamente a la empresa la recopilación y tratamiento de datos de empleados para el descubrimiento de delitos, siempre que exista una sospecha fundada de que el empleado ha cometido un delito en el transcurso de su actividad, y esta medida resulte necesaria de acuerdo con el principio de proporcionalidad. En cualquier caso, de *lege ferenda* sería necesaria un mayor concreción y delimitación. *Vid.* NIETO MARTÍN, A., “Investigaciones internas”, AAVV NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 244 y 245.

Tras la investigación deberá elaborarse un informe que deberá ser presentado al *Compliance Officer*. Éste deberá comunicar el resultado de la investigación tanto a la cúpula Directiva como al investigado, sin bien salvaguardando como hemos dicho antes la información que no pueda conocerse. Con la información el órgano de Dirección de la PJ decidirá y actuará conforme le interese más.

En nuestra opinión con la entrega del informe y la custodia de todos los documentos el *Compliance Officer*, no tendría responsabilidad en una ulterior mala decisión empresarial en relación a todo ello, salvo que hubiere un mal asesoramiento, claro está.

**e) Sanciones disciplinarias, del artículo 31 bis 5. 5<sup>a</sup> del CP: “*Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo*”.**

Si bien partimos de que es una pieza esencial del Programa de cumplimiento, conviene empezar este apartado señalando por lo general este sistema disciplinario remite al ordenamiento laboral, lo cual implica que la sanción deberá ser acorde con lo permitido y establecido en dicho ordenamiento. Ello significa que en el Programa de cumplimiento se tendrá que atender al Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, al Convenio Colectivo, y a cuantas normas resulten de invocación a fin de respetar cuantos derechos laborales y constitucionales sean necesarios.

GOÑI SEIN<sup>177</sup> recuerda que este sistema sancionador se trata de un sistema regulador que se integra dentro del ámbito del Soft Law. “Este conjunto de medidas sancionadoras carece de la obligatoriedad implícita de una norma jurídica, pero despliega de hecho una vis compulsiva susceptible de alcanzar la efectividad de una norma jurídica”, si bien hay que tener en cuenta el artículo 58.1 del TRET.

Acerca de las Consecuencias de los Incumplimientos, que configuran el séptimo requisito esencial para ENSEÑAT DE CARLOS, se refiere a las medidas disciplinarias que castiguen a los infractores de forma proporcionada, que deberán ser aplicadas en tiempo y forma. Muy interesante encontramos la propuesta que hace esta autora en

---

<sup>177</sup> GOÑI SEIN, J.L., “Programas de cumplimiento empresarial (Programa de cumplimientos): Aspectos laborales”, AAVV MIR PUIG, S. – CORCOY BIDASOLO, M. – GÓMEZ MARTÍN, V. (dirs.), HORTAL IBARRA, J.C. – VALIENTE IVAÑEZ, V. (coord.), *Responsabilidad de la Empresa y Complinace. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer S.L., Madrid, 2014, p. 414 y ss.

relación a que también se pueden implementar medidas que favorezcan y promuevan la observancia del Programa de *Cumplimiento* por parte de las personas que están bajo su ámbito de aplicación, por ejemplo, en las evaluaciones del rendimiento de los empleados y en el cómputo de su *bonus* anual.

En el ámbito del Corporate Cumplimiento y las Relaciones Laborales, desde una perspectiva práctica PARRA PÉREZ<sup>178</sup> aboga por unas necesidades de formalizar una normativa interna que contenga el código ético, el código telemático, el uso de redes sociales, otros, además de prevención de riesgos laborales, prevención de acoso, etc. Y un canal de comunicación, en el que se provea de información, sensibilización y formación. Así ante un incumplimiento normativo tendría incidencia por un lado, vía el canal de denuncias si así llegare, un procedimiento de investigación, y por otro lado la posibilidad de aplicar medidas disciplinarias en relación con el código disciplinario específico que deberá estar dentro de lo que permita la normativa laboral y los convenios colectivos. Pudiendo darse algún punto de fricción en este sentido, pues deberán tenerse en cuenta los Derechos Fundamentales de los afectados, los representantes de los trabajadores, así como el consentimiento, en su caso, del trabajador. Ante el mandato de prevenir el delito de manera eficaz, hay que implementar medidas eficaces, que aun cuando no están definidas, pero sí que es cierto que existen los códigos de buenas prácticas (cuando más amplios mejor), y las medidas de formación y sensibilidad. Sensibilización periódica, que los trabajadores están al corriente, formados y actualizados con los riesgos.

Una vez cometido el delito, en la investigación deberá tenerse en cuenta los límites que los Derechos de los Trabajadores confieren, especialmente en cuanto a la intimidad, resultando imprescindible la implantación de un manual de tratamiento telemático, en el que se especifique que las herramientas informáticas de la compañía son de uso exclusivo profesional, y que dicha herramienta no puede generar expectativas de privacidad. Esta autora plantea interesantes cuestiones que el encargado de la función de Cumplimiento debería tener muy claras, por ejemplo, ¿debe ir asistido de abogado el trabajador? También hay que tomar medidas en relación a colaboradores externos, y por ejemplo el uso del WIFI, puesto que en el uso del acceso a internet se podría cometer una serie de delitos. Debe haber por tanto unas herramientas telemáticas definidas,

---

<sup>178</sup> PARRA PÉREZ, M. J., en su ponencia de 29 de junio de 2016, en la jornada sobre *Cumplimiento y Relaciones Laborales*, realizada en Fomento del Trabajo (Barcelona).

respecto del Derecho a la intimidad, la protección de datos, la imagen, en relación a las redes sociales, la libertad de expresión, etc.

Tenemos que estar absolutamente de acuerdo con NIETO MARTÍN<sup>179</sup>, quién ya antes de la reforma de 2015 señalaba que ese sistema disciplinario debía regirse por los principios de proporcionalidad, taxatividad, y tipicidad, que deberían ser recogidos en una reforma de los convenios colectivos para adaptarlos al Código Penal. También entendía que el despido disciplinario, basado en el quebranto de la buena fe podía ser a menudo excesivo, siendo solo exigible *ope legis* en casos de acoso laboral o sexual. Faltaba a su juicio una adaptación de los convenios pues si recogían algo lo hacían de forma muy general, lo cual produce que los Códigos éticos al abordar las sanciones “*pasen de puntillas sobre este asunto incluyendo cláusulas de estilo conforme a la legislación vigente*”. De *lege ferenda* postula que las sanciones no tengan finalidades solo preventivo generales sino también reeducadoras. A tal fin propone que se diseñare una especie de suspensión o de *probation* con el fin de aclarar al infractor qué es lo que se espera de él y cómo y en qué plazo debe mejorar su comportamiento. La consecución de estos objetivos implicaría el abandono de toda pretensión sancionadora. También se postula el uso de la mediación antes de utilizar el procedimiento sancionador para resolver muchos conflictos laborales. Finalmente, en relación a las sanciones estas deberán ser acorde con una gradación de las infracciones de leves, graves y muy graves, proporcionales, pudiendo establecerse así sanciones pecuniarias, amonestaciones, suspensión de empleo, y traslados.

GÓMEZ-JARA DÍEZ<sup>180</sup> plantea también la posibilidad de considerar que dentro del término “disposiciones legales” del artículo 58 del TRET estarían incluidas las disposiciones del artículo 31 bis 2 5<sup>a</sup>) del CP, haciendo una interpretación similar a la efectuada por el artículo 29.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Por lo que en su opinión “*resulta razonable equiparar prevención de riesgos laborales con prevención de riesgos penales, de tal forma que las consecuencias por la infracción, por parte de los trabajadores, de las medidas de prevención de riesgos laborales se equiparen al ‘incumplimiento de las medidas que establezca el modelo’ de prevención de riesgos penales*”. Debemos coincidir con este autor en que es previsible que

<sup>179</sup> NIETO MARTÍN, A., “Código ético, evaluación de riesgos y formación”, AAVV NIETO MARTIN, A. (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 150 a 152.

<sup>180</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La Culpabilidad de la persona jurídica”, AAVV BAJO FERNÁNDEZ, M. – FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015m de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarro), 2016, pp. 212 a 213.

paulatinamente los Convenios Colectivos introduzcan disposiciones sancionatorias por el incumplimiento de las medidas establecidas en el Modelo de Organización y Gestión de Riesgos Penales. Así, destaca que “la negociación colectiva deberán tener en cuenta una serie de indicaciones legales repartidas fundamentalmente en el ET:

- 1- Imposibilidad de sancionar conductas no graduadas.
- 2- Obligatoriedad *ope legis* de proceder a la graduación en leves, graves y muy graves.
- 3- Prohibición de sanciones que consistan en reducción de duración de vacaciones o su otra minoración de derechos al descanso del trabajador o multa de haber.
- 4- La sanción por faltas graves y muy graves requerirá comunicación escrita al trabajador que debe tener como contenido mínimo la determinación de la fecha de imposición de la sanción y los hechos que la motivan.
- 5- *Tener en cuenta la obligación de tramitación de un expediente disciplinario (art. 68 ET) para los supuestos en los que el trabajador sea representante de los trabajadores en la empresa, la obligación de audiencia a representante sindical (art. 10.3 LOLS) y la obligación de información a los representantes (art. 64 ET).*
- 6- Deberá tenerse en cuenta el plazo de prescripción de las infracciones, lo cual supone una limitación temporal importante al empresario”

De *lege ferenda* sería necesario acordar con los sindicatos la reforma de los Convenios Colectivos para adaptarlos a las exigencias del *Programa de cumplimiento Penal*, estableciendo una cierta homogeneidad, que facilite tanto su correcta implantación, como su conocimiento, y sanción. Si en un sector determinado, todos saben que existe un sistema sancionador que castiga determinadas infracciones, y que será igual, *mutatis mutandis*, en la empresa en la que está o en cualquier otra del sector, ello le confiere más legitimidad al sistema, y ahuyenta numerosas problemáticas.

Además, debemos coincidir<sup>181</sup> con LASCURAIN y con GÓMEZ-JARA DÍEZ, en que la sanción no quede como algo vacuo pues precisamente es lo que vendrá a reafirmar la vigencia de la norma, el sentido de que la vigencia de la norma se consigue detectando incumplimientos por las vías ya expuestas, y sancionándolos en un porcentaje razonable, lo cual puede redundar en beneficio tanto el infractor, del resto de personal de la PJ, como para la propia PJ si algún día tiene que acreditar que su *Programa de cumplimiento* funcionó, en este sentido, correctamente.

**f) Verificación periódica y actualización, del artículo 31 bis 5. 6º del CP:**

***“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”.***

Refiere la revisión del Programa de Cumplimiento para que sea seguido correctamente, monitorizando el funcionamiento de los controles, evaluando periódicamente su efectividad, habilitando un canal de denuncias interno mediante el cual se puedan comunicar prácticas o comportamientos irregulares en el seno de la empresa e investigar adecuadamente los hechos denunciados, corrigiendo y adaptando los controles cuando sea necesario, son medidas necesarias de supervisión que deben ser ejercidas por el *Compliance Officer* para que el Programa de Cumplimiento pueda ser efectivo. Adicionalmente, indica, será necesario realizar verificaciones periódicas del Programa de Cumplimiento, y en todo caso, siempre que se vaya a producir cambios sustanciales en la organización con objeto de: verificar si necesita modificación por infracciones relevantes de sus disposiciones, evaluar si se han producido novedades legislativas que requieran adaptación, actuar ante cambios en la organización, estructura de control o en la actividad desarrollada si se requiere su actualización.

---

<sup>181</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La Culpabilidad de la persona jurídica”, AAVV BAJO FERNÁNDEZ, M. – FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015m de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarro), 2016, p. 211. Quien cita precisamente a LASCURAIN, *vid. su nota 172*. Y LASCURAIN, J.A., “Cumplimiento, debido control y unos refrescos”, AAVV ARROYO ZAPATERO, L. – NIETO MARTÍN, A., *El Derecho penal en la era Cumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 131 y ss.

Para GOÑI SEIN<sup>182</sup> “la supervisión de cumplimiento de los procedimientos o normas que se hayan establecido para controlar los riesgos identificados en una compañía no puede convertirse en un poder indiscriminado y absoluto del empresario. La legitimidad del control se ha de someter a una adecuada justificación, entendida en términos de conexión, a fin de evitar un acceso y utilización indiscriminados de datos personales del empleado”. En su opinión el Compliance Officer deberá modular su actividad investigadora ajustándose a la naturaleza, alcance y finalidad del sistema de control, no revelando nada más allá de aquello que es relevante en la óptica del cumplimiento normativo y las políticas y procedimientos de actuación para la prevención del delito.

POSADO<sup>183</sup> distingue “tres tipos de medidas diferentes dentro de un Programa de cumplimiento:

- a) **Organizativas**, dentro de las cuales estarían los mecanismos de *whistleblowing*, el Comité de Cumplimiento, el Código de conducta, la formación y sensibilización, el *Criminal Due Diligence*, la política de inventario de activos de información y procedimientos, la política de clasificación de la información.
- b) **Técnicas**, que serían los Sistemas de detección de intrusiones IDS/IPS, las medidas de control de acceso físicas y lógicas, *e-Discovery/forensic readiness scheme*, Vigilancia Digital, Monitorización-Herramientas de correlación y gestión de logs, etc<sup>184</sup>.
- c) **Legales**, en las que no pueden faltar las cláusulas de confidencialidad y de aceptación de las políticas de la compañía a Proveedores y Clientes, la revisión

---

<sup>182</sup> GOÑI SEIN, J.L., “Programas de cumplimiento empresarial (Programa de cumplimientos): Aspectos laborales”, AAVV MIR PUIG, S. – CORCOY BIDASOLO, M. – GÓMEZ MARTÍN, V. (dirs.) HORTAL IBARRA, J.C. – VALIENTE IVAÑEZ, V. (coord.), *Responsabilidad de la Empresa y Complinace. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer S.L., Madrid, 2014, p. 389 y ss.

<sup>183</sup> POSADO, L., “Plan de acción e implantación del *Compliance Program*. Plan de prevención, detección y reacción. 2. Controles técnicos en sistemas: monitorización, alertas, etc.”, AAVV SÁIZ PEÑA, C., (dir.), *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 585 a 586.

<sup>184</sup> Véase con mayor profundidad y desarrollo todo el elenco de medidas técnicas para adoptar que expone este autor. Como Inventario de Activos de información, *Data leak prevention*, medidas de control de acceso físicas, medidas de control de acceso lógico, los sistemas de detección de intrusiones IDS/IPS, *e-Discovery/forensic readiness scheme*, vigilancia digital, monitorización de herramientas y gestión de logs, así como otras medidas de control que propone. *Vid.* POSADO, L., *Op. Cit.*, pp. 587 a 610.

periódica de contratos con terceros para rareas económico/financieras y periciales, la exigibilidad de firmas mancomunadas en operaciones económicas de determinada entidad y cuantía, la revisión de firmas electrónicas y poderes asociados, la realización de Auditoría económico-financiera por un auditor externo, las cláusulas específicas en contrato laboral de perfiles informáticos, la política anticorrupción, etc.”

Para PUYOL<sup>185</sup> respecto de los mecanismos de revisión y actualización resalta que “*la Alta Dirección debe recibir anualmente una confirmación de conocimiento y cumplimiento del Código de Cumplimiento de parte de todos los empleados*”. Incluyéndose en este documento que “el empleado entiende las expectativas de la empresa, que ha cumplido con el código y que no ha tenido conocimiento de alguna violación al mismo”. El autor señala un doble efecto de este documento pues por un lado sirve como acreditación y por otro como promoción de la cultura deseada. Destaca también este autor que las grandes empresas se dirigen a terceros (asesores externos) para las funciones de monitoreo y de verificación de la implementación de sus códigos de Cumplimiento. Aunque ello no le quita la obligación a la empresa de revisar y actualizar periódicamente su Código de Cumplimiento. Se produce como vemos y veremos una conexión frecuente entre la cúpula directiva y la actualización del programa habida cuenta que en varios momentos habrá que reportar, comunicar, solicitar autorización, etc. En relación a la actualización este autor muy gráficamente dice que “tiene que constituir una fotografía actual, fiel, y real de la propia empresa”. Así amen de las revisiones programadas anualmente para este autor el código tendrá que ser modificado ante cambios relevantes de la organización, por modificaciones legales o jurisprudenciales relevantes que así lo aconsejen, en el plazo de 6 meses desde la modificación, y siempre que se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus

---

<sup>185</sup> PUYOL, J., *Criterios prácticos para la elaboración de un Código de Cumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 35 y ss. Señala este autor que la empresa deberá atender entre otras cuestiones a “evaluar las recomendaciones emitidas analizando gravedad, y en su caso la reincidencia”, “comunicar al departamento afectado las conductas de las personas vinculadas al Código de Cumplimiento que conozca con motivos de sus funciones, y que pudieron ser constitutivas de responsabilidad de cualquier clase, o comprometieran la imagen o la reputación de la empresa de cualquier modo,” “establecer medios periódicos y específicos de control y de evaluación interna a todos los empleados para tener suficientes elementos para evaluar el desempeño de los indicadores de cumplimiento del Código de Cumplimiento, evaluar sistemáticamente el desempeño de los indicadores de cumplimiento del Código de Cumplimiento”, y “analizar los resultados de los indicadores de cumplimiento del Código de Cumplimiento, y en su caso, y como consecuencia de los mismos emitir las recomendaciones de mejora necesarias”.

disposiciones que, igualmente lo aconsejen. Así propone una revisión del mapeado de riesgos de forma programada cada tres años como mínimo, y siempre que las circunstancias lo exijan.

GÓMEZ-JARA DÍEZ<sup>186</sup>, recuerda que es uno de los elementos fundamentales de los Programa de cumplimientos, y que por “acciones coercitivas” hay que atender a “(i) reacciones frente a los incumplimientos; (ii) evaluación de la necesidad de acciones para eliminar las causas del incumplimiento; (iii) implementación de las acciones que sean necesarias; (iv) revisar la eficacia de las acciones correctivas tomadas; (v) si es necesario hacer cambios al sistema de gestión de Cumplimiento”. En cuanto a la actualización con cita a la ISO 19600 señala además la reevaluación periódica, cuando actividades, productos o servicios sean nuevos o modificados, cuando se articulen cambios en la estructura o estrategia de la organización, cambios externos significativos y cambios en las obligaciones de Cumplimiento, así como ante el incumplimiento de Cumplimiento. Señala el autor que los estándares internacionales incluyen una serie de supuestos de actualización no previstos por el legislador español.

Como recuerda ENSEÑAT DE CARLOS, la supervisión y monitorización de controles se llevan a cabo en la llamada 2<sup>a</sup> línea de defensa. Esta autora expone como deben llevarse a cabo, y desarrolla de forma brillante el plan de monitorización, las revisiones de Cumplimiento, y la información obtenida a través de indicadores de riesgo, reclamaciones de clientes y canal de denuncias. Veámoslos con más profundidad:

a) Así define el **Plan de Monitorización** como “*un documento estructurado en el que se definen y se documentan las tareas de supervisión que va a ejecutar el Compliance Officer durante el ejercicio*” con un enfoque basado en el riesgo. Ello permite a juicio de esta autora: “*a) Documentar y mantener la trazabilidad de los factores que se han tenido en cuenta para la definición de las tareas a realizar en el ejercicio, b) Visualizar las áreas que se van a supervisar y aquellas que no se van a supervisar en el periodo, c) Que la alta dirección asuma la responsabilidad (ownership) sobre la supervisión que se va a realizar por parte del Compliance Officer*

---

<sup>186</sup> Previstos tanto en la legislación penal estadounidense y en los estándares internacionales sobre la materia. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La Culpabilidad de la persona jurídica”, AAVV BAJO FERNÁNDEZ, M. – FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015m de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarro), 2016, p. 215 y ss.

, d) Documentar los recursos que se han asignado para realizar las tareas de supervisión, e) El seguimiento del cumplimiento del plan previsto, así como de sus desviaciones”.

Como señala POSADO<sup>187</sup> la norma penal viene a incentivar mayor alcance la monitorización de los recursos TIC corporativos. Lo cual implica la aplicación de los llamados “esquemas de forensic readiness” a fin de capturar y almacenar con seguridad las pruebas electrónicas “que puedan ser necesarias en el futuro para acreditar la comisión de un delito, así como la existencia de controles para evitarlo o, al menos detectarlo”.

El objetivo principal de la Monitorización de Sistemas es para POSADO detectar y recoger evidencias de las incidencias, sean éstas maliciosas o no, ocurridas en la infraestructura empresarial que puedan poner en peligro la seguridad de la información.

ENSEÑAT DE CARLOS, dentro del Plan de Monitorización considera que hay que desarrollar: a.1) los factores que deben tenerse en cuenta en el análisis de riesgos, a.2) las áreas que se deben monitorizar, a.3) la estructura del Plan de Monitorización, a.4) el proceso de aprobación del Plan de Monitorización, a.5) las Revisiones periódicas del Plan de Monitorización, y a.6) las modificaciones del Plan de Monitorización.

a.1) Los factores a tener en cuenta en el análisis de los riesgos<sup>188</sup>, contando con la opinión de otros departamentos y áreas así como de la alta dirección, debiéndose tener en cuenta, entre otros los siguientes riesgos:

- “ - Áreas que tengan mayor riesgo residual.
- Controles que sean más débiles o menos efectivos.
- Factores externos, tales como las prioridades de los reguladores o supervisores.
- Áreas en las que el apetito de riesgo de la organización sea menor.
- Métricas obtenidas de los indicadores de riesgo que indiquen que pueda existir un fallo de control.
- Resultados obtenidos en las revisiones anteriores de Cumplimiento.
- Información de gestión y métricas relacionadas con parámetros de calidad de la organización.

---

<sup>187</sup> POSADO, L., *Op. Cit.*, p. 604 y ss.

<sup>188</sup> Recuerda que los recursos humanos y materiales siempre serán limitados de forma que habrá que ir monitorizando de forma más frecuente las áreas con mayor riesgo residual y las que produzcan en la organización menor tolerancia al riesgo. *Vid.* ENSEÑAT DE CARLOS, S. *Op. Cit.*, p. 110 y ss.

- *Reclamaciones recibidas de clientes o de otras partes interesadas.*
- *Informaciones recibidas a través del canal de denuncias.*
- *Informes de auditoria interna.*
- *Políticas internas de la organización que requieran ejercicios de supervisión.*
- *Informaciones obtenidas de otros departamentos y de la alta dirección.”*

a.2) Áreas que se deben monitorizar. El Cumplimiento no debe supervisar todos los procesos y controles de la organización, sino únicamente aquellos relacionados con los riesgos de Cumplimiento. La autora señala que las áreas que suelen estar bajo la supervisión de Cumplimiento son:

- “- *Procesos de aprobación de nuevos productos y servicios.*
- *Conflictos de intereses (incluyendo los esquemas de remuneración de empleados y directivos).*
- *Procesos de selección de empleados antes de su contratación.*
- *Procesos de selección de proveedores.*
- *Autorizaciones o licencias necesarias previas al inicio de la actividad.*
- *Transacciones realizadas por empleados y directivos (por ejemplo, gastos de viajes o en tarjetas de crédito).*
- *Formación realizada por los empleados y directivos.*
- *Campañas de publicidad y marketing.*
- *Procesos de venta a clientes.*
- *Información facilitada a los clientes sobre los productos o servicios.*
- *Reclamaciones recibidas de clientes o de otras partes interesadas.*
- *Servicios externalizados en proveedores externos.*
- *Mantenimiento de registros.*
- *Protección de datos personales.*
- *Actividades transfronterizas.*
- *Protección de la información confidencial.”*

a.3) Estructura del Plan de Monitorización. Que debe estar bien documentado a fin de que el órgano competente tras valorarlo pueda aprobarlo, y para su posterior trazabilidad. Debiendo contener la siguiente información:

*“- Evaluación de riesgos realizada.*

- *Factores que se han tenido en cuenta para determinar cuáles son las prioridades y qué riesgos y controles se van a monitorizar.*
- *Relación de los riesgos y/o controles que se van a monitorizar.*
- *Objetivos que persiguen cada una de las revisiones.*
- *Descripción detallada de las revisiones a realizar, indicando en cada una los siguientes:*
- *Periodicidad con la que se va a ejecutar la monitorización.*
- *Calendario de revisiones a lo largo del ejercicio.”*

a.4) Proceso de aprobación del Plan de Monitorización. Señala que es el Compliance Officer quien tiene que elaborar el Plan de Monitorización de Cumplimiento, y deberá ser la alta dirección de la organización quien la apruebe asumiendo “*la propiedad*<sup>189</sup> (*ownership*) de su contenido”. Este proceso de aprobación debe quedar “*adecuadamente documentado y archivado para asegurar su trazabilidad*”.

a.5) Revisiones periódicas el Plan de Monitorización. Siempre pueden surgir circunstancias bien externas o internas que hagan necesaria la modificación o adaptación del Plan de Monitorización. De entre las circunstancias que se pueden dar, la autora cita:

- “- Alteraciones producidas en la evaluación de riesgos realizada.*
- *Actuaciones de los reguladores (inspecciones, peticiones de información, anuncio de prioridades).*
- *Nuevas normativas publicadas.*
- *Inicio de nuevas actividades o servicios o lanzamiento de nuevos productos.*
- *Expansión a nuevas áreas geográficas de las actividades de la organización.*
- *Incidentes relevantes acaecidos.”*

---

<sup>189</sup> De esta forma señala ENSEÑAT DE CARLOS, S., la dirección se hace responsable de la priorización realizada y sus consecuencias, entre las cuales están la determinación de qué revisiones concretas serán las que se van a realizar y cuáles los riesgos y controles que no serán supervisados en el período, y también la dotación y asignación de los recursos a tal fin. *Op. Cit.*, p. 114.

Por lo que la autora recomienda revisar el Plan cada cierto tiempo, por ejemplo, cada trimestre, verificando la adecuación de la evaluación de riesgos.

a.6) Modificación del Plan de Monitorización. Dicha alteración provocará que o bien se deban añadir más revisiones de las contenidas inicialmente o que se deban suprimir revisiones planificadas para incorporar otras nuevas que se consideren más urgentes. En todo caso, las posibles modificaciones del Plan de Monitorización que se produzcan deben seguir el mismo proceso de aprobación que el plan inicial, debiendo ser confirmadas por las mismas personas u órganos que lo aprobaron inicialmente.

b) Las revisiones de Cumplimiento, “*constituyen la principal herramienta del Compliance Officer para ejercer sus funciones de supervisión*”. La autora divide el proceso en las siguientes fases: b.1) Planificación, b.2) Trabajo de campo, b.3) Conclusiones, b.4) Informe, b.5) Seguimiento, b.6) Cierre y archivo.

b.1) Planificación. Dentro de este epígrafe sitúa el análisis del contexto referida al área de negocio<sup>190</sup>, la definición del alcance y de los objetivos, la elección del tipo de revisión<sup>191</sup>, y la comunicación al área que se va a supervisar.

b.2) Trabajo de Campo. Para el testeo previamente definido la autora divide esta fase en Ejecución del trabajo de campo<sup>192</sup> y Evaluación de los resultados para determinar si la incidencia corresponde a un hecho aislado o aun error puntual o, si se trata de un fallo más profundo en los controles. La autora apunta que las incidencias

---

<sup>190</sup> Para lo cual propone obtener información, entre otros factores, de: la estructura organizativa, las responsabilidades de cada empleado, actividades realizadas, procesos operativos seguidos, controles, acuerdos con externos, auditorías internas o externas realizadas anteriormente, principales *stakeholders* con los que se relacionan los integrantes del área a supervisar. Así como cualquier otra información que pueda ser relevante, señalando como ejemplo las monitorizaciones más recientes y las acciones de remediación pendientes. ENSEÑAT DE CARLOS, S., *Op. Cit.*, pp. 116 a 117.

<sup>191</sup> Destaca esta autora que el *Compliance Officer* deberá decidir metodología y enfoque, incluyen herramienta de monitorización, detalles de las pruebas a realizar y la selección y el tamaño de las muestras. De entre las herramientas la autora propone: visitas de inspección *in situ*, revisión de expedientes de clientes, revisión de información de gestión, auto-certificaciones de empleados, *Mystery shopping*, visitas temáticas a oficinas o centros de trabajo del personal, encuestas o llamadas a clientes, escucha de grabaciones telefónicas con clientes. Pudiéndose utilizar varias herramientas en una revisión. ENSEÑAT DE CARLOS, S., *Op. Cit.*, pp. 117 a 118.

<sup>192</sup> Entre otras la selección y realización de entrevistas con empleados, selección, recogida y revisión de expedientes de clientes, selección, recogida y escucha de llamadas telefónicas con clientes, selección y recogida de información estadística, selección y recogida de información de gestión, selección, recogida y revisión de reclamaciones, preparación, envío y recogida de auto-certificaciones de empleados, preparación y realización de visitas *Mystery Shopping*.

deben ser adecuadamente documentadas y archivadas y deben estar soportadas por evidencias contrastables. Se estará en contacto también con el área supervisada informándoles de las deficiencias encontradas.

b.3) Conclusiones. Un aspecto sumamente importante, nos dice ENSEÑAT DE CARLOS, en esta fase es el análisis de la causa raíz de las excepciones identificadas. Pues éstas pueden ser síntoma de un fallo de control que a la larga materialice el riesgo. Gracias a lo anteriormente expuesto permite que la implementación de medidas de control adicionales para su previsión del cara al futuro.

Dentro de este apartado cabe señalar el resultado global (rating) de la revisión<sup>193</sup> y la decisión y acuerdo sobre las medidas a adoptar, así como la información al área supervisada. La base sobre la que se fundamentará el diseño de las medidas a adoptar será el análisis de la causa raíz de las deficiencias identificadas. “*Cada incidencia tendrá asociada una o varias medidas correctoras que a juicio del Compliance Officer y del responsable del área supervisada, sean suficientes para prevenir el riesgo*” y en caso de discrepancia decidirán los órganos superiores dejando constancia de la recomendación del Compliance Officer. Antes de adoptar la medida correctora se definirá con detalle y se le asignará una fecha límite y la/s persona/s que lo llevaran a efecto. Esta/s deberán reportar cómo va la modificación y alertar en caso de problemas para terminar en plazo.

b.4) Informe. Para la elaboración del informe, señala la autora que deberá tenerse en cuenta la inclusión de los siguientes apartados:

- “ - *Datos generales de la revisión: título, fecha área a supervisar, personas responsables de la revisión.*
- *Objetivos de la revisión: antecedentes, riesgos y controles que se pretenden revisar, propósitos que se persiguen.*
- *Tipo de revisión: herramientas que se van a utilizar, tipo y tamaño de las muestras.*

---

<sup>193</sup> Apunta la utilidad de tener un sistema de medición del resultado, por ejemplo, tipo semáforo en el que de verde a rojo se gradúen. A ellas se anudan unas concretas acciones a tomar. Así por ejemplo si ante una debilidad de control significativa que puede derivar en sanciones y/o daños reputacionales relevantes se asignará el color rojo, y de entre las acciones a tomar estaría la de informar a la alta dirección con carácter inmediato. *Vid.* con mayor profundidad ENSEÑAT DE CARLOS, S., *Op. Cit.*, p. 120 a 122.

- *Resultados obtenidos: excepciones identificadas, incidencias detectadas.*
- *Conclusiones de la revisión: resultado global (rating), análisis de la causa raíz de las deficiencias, medidas correctoras acordadas.*
- *Lista de distribución: personas a las que se va a remitir el informe”*

Y la remisión del informe a “las personas relevantes de la organización” (que entendemos se refiere a la cúpula directiva) y a los responsables del área supervisada. La autora resalta que “*la alta dirección debería recibir siempre los informes de monitorización de Cumplimiento, incluyendo el plan de acción y las medidas de remediación acordadas, bien de forma completa, o bien resumida*”.

b.5) Seguimiento. Tras todo ello conviene hacer el seguimiento de las deficiencias identificadas con seguimiento a corto plazo, y de las medidas de remediación acordadas llevando un registro y verificar periódicamente su estado con los responsables de su ejecución. Sin olvidar que “*todas las evidencias del seguimiento de las medidas correctoras y de sus posibles modificaciones deben ser adecuadamente documentadas y archivadas, asegurando su trazabilidad*”.

b.6) Cierre y archivo. El cierre lo hace el Compliance Officer y lo comunica al cúpula directiva y al responsable del área supervisada<sup>194</sup>.

Finalmente, la autora propone utilizar la información obtenida a través de indicadores de riesgo de las reclamaciones de los clientes y del canal de denuncias.

c) Respecto de los **Indicadores de Riesgo** (*Key Risk Indicators*) nos dice que sirven para medir la temperatura de un riesgo de forma periódica y constante. Distinguiendo por un lado entre factores que impactarán en la definición de los indicadores de riesgo como el tipo de negocio, el marco regulatorio de aplicación, las prioridades de los supervisores, las incidencias relevantes detectadas previamente en la

---

<sup>194</sup> La autora insiste en la idea de guardar registro de todas las evidencias y documentos que se hubieren generados durante la revisión como información documentada que “*estará disponible en caso de que sea solicitada por auditores externos, organismos supervisores, tribunales de justicia y otras autoridades*”. Destacando que “*se deben archivar todas las pruebas recogidas en el trabajo de campo, los informes producidos y remitidos a la dirección y al área supervisada y las actas de las reuniones que se hayan mantenido*”. Vid. ENSEÑAT DE CARLOS, S., *Op. Cit.*, pp. 125 y 126.

organización, las incidencias relevantes detectadas en otras empresas del sector, otras situaciones coyunturales relevantes.

Y por otro, señala los indicadores de riesgo que se pueden establecer en una organización como el “porcentaje de empleados que han recibido la formación sobre el total que debería haberla recibido, el porcentaje de reclamaciones recibidas sobre una cuestión determinada sobre el total de las reclamaciones recibidas, porcentaje de mediciones por encima del umbral de tolerancia en un determinado indicador medioambiental, el porcentaje de expedientes de clientes que no contienen la información que exige la legislación, el porcentaje de contratos que no están correctamente completados o firmados”. Y una vez definidos los indicadores de riesgo y sus umbrales de tolerancia apunta a que deben realizarse mediciones con una periodicidad corta, para ir monitorizando su evolución (propone como ejemplo cada mes). Este sistema señala la autora permite una detección temprana y la posibilidad de efectuar las correcciones muy pronto. También propone la utilización del “semáforo<sup>195</sup>” para la graduación en función de la desviación respecto del valor idóneo de las excepciones obtenidas en la muestra.

d) Las **Reclamaciones de los Clientes**, así como las de los proveedores o socios pueden reportar información muy importante para detectar fallos de control en la organización. A juicio de la autora un adecuado procedimiento de gestión de reclamaciones ha de tener en cuenta los factores siguientes:

- “- La organización debe contar con un proceso para que cualquier cliente (y, en su caso, otras partes interesadas) puedan presentar reclamaciones.*
- La forma en la que se puedan presentar las reclamaciones debe estar disponible, ser de fácil acceso y ser lo suficientemente simple para todos los clientes existentes y los potenciales (y, en su caso, otras partes interesadas).*
- Las reclamaciones recibidas deben resolverse en tiempo y forma, cumpliendo con los plazos legales establecidos, en su caso.*

---

<sup>195</sup> Pone de ejemplo, que los procedimientos internos determinasen que con dos indicadores de color rojo en un determinando indicador de riesgo, se tomara la decisión de adoptar controles adicionales, estudiando las medidas correctoras a implementar, así como informar de ello a la dirección.

- *Las personas que presenten la reclamación deben ser informadas sobre su estado y progreso.*
- *Cada reclamación debe tratarse individualmente y los aspectos que incluya deben ser investigados de forma completa.*
- *En caso de que el reclamante tenga razón en su reclamación, se deberá proceder a restituir el daño causado.*
- *Si se observa que el error o defecto detectado en una reclamación puede afectar a otros clientes aunque éstos no hayan reclamado, se debe analizar la conveniencia de informarles y proceder a restituirlas el daño causado.*
- *Si se considera adecuado y proporcional, se pueden realizar compensaciones, económicas o en especie, a los clientes afectados.*
- *Todas las reclamaciones deben ser registradas y se debe archivar toda la documentación soporte que se utilice durante su gestión.*
- *La causa origen de las reclamaciones deberá ser siempre investigada y analizada, con objeto de determinar si existe un fallo de control que haya que remediar y también como fuente de información para mejorar los productos, servicios y procesos operativos de la organización.”*

e) El **Canal de denuncias**. También a través de él se pueden extraer importantes conclusiones acerca de potenciales fallos de control y la necesidad de implementar medidas correctoras adicionales.

### **3. Programas de cumplimiento penal y exención de la responsabilidad penal en el derecho comparado.**

El origen de los *Compliance Programs* se suele situar en los EEUU hacia los años 80. En Europa la preocupación por los códigos de buen gobierno se inicia en el Reino Unido con el Código Cadbury<sup>196</sup>.

---

<sup>196</sup> En el año 1991, la Bolsa de Londres creó el comité Cadbury, éste publicó sus recomendaciones en diciembre de 1992. El Código Cadbury tenía un carácter voluntario, aunque las empresas que cotizaban en bolsa tenían la obligación (y tienen) de hacer referencia al cumplimiento o no de sus recomendaciones en sus informes anuales. Si existiere algún incumplimiento, y dentro del contexto de la junta general de accionistas, se tendrán que explicar los motivos (*comply or explain*). A las disposiciones del Código se les dio autoridad legal en la medida en que la Bolsa de Valores de Londres requiere a las sociedades cotizadas «cumplir o explicar», es decir, justificar en qué medida se ajustan al Código y, si no lo hacen,

La distinta regulación de la RPPJ en Derecho comparado ha producido diferentes efectos y consideraciones entorno a los Programas de cumplimiento, la prevención criminal en la empresa y la cultura organizativa. Es más, algunos países no lo han regulado como una propia responsabilidad penal sino administrativa, y también hay que señalar que en esa divergencia también se hallan diferencias en cuanto a los sujetos destinatarios de la norma.

Se dice que el ejemplo más emblemático en Derecho comparado sobre los protocolos de actuación o programas de autorregulación, son las llamadas *Guidelines* estadounidenses.

## 2.1. Estados Unidos de América

Corría el año 1909 cuando el Tribunal Supremo de USA condenó a una empresa, una compañía ferroviaria<sup>197</sup>, junto con sus directivos por haber otorgado ilegalmente tarifas favorables a determinadas compañías azucareras; puesto que la persona jurídica solo podía actuar a través de sus agentes y oficiales a los que les ha confiado la autoridad para tomar decisiones y fijar las tarifas del transporte y sus efectos. En los años siguientes continuó el procesamiento a empresas y, los mecanismos de autorregulación se hacían cada vez más necesarios. Podemos decir que fue así como multitud de sociedades relacionadas con la industria pesada que fueron condenadas por delitos contra la competencia empezaron a desarrollar los primeros *Compliance*. Estos primeros *Compliance*, de los años cincuenta y sesenta, venían a contener una declaración de política de empresa, la educación de personal, establecimiento de

---

explicar por qué y en qué medida. El detalle de esta explicación, y el nivel de censura implícita a las empresas que no cumplen con el Código, ha variado con el tiempo, pero el principio básico de "cumplir o explicar" ha perdurado a lo largo de los años, de tal suerte que se ha convertido en la piedra angular de las prácticas de buen gobierno corporativo del Reino Unido. Este código hace referencia fundamentalmente a dos cuestiones: el consejo de administración y la confección de informes financieros. Cabe destacar de este código que establece lo siguiente:

Debe existir una clara división de responsabilidades en el órgano de dirección, especialmente señala que el cargo de Presidente de la Junta debe estar separada de la de Jefe del Ejecutivo, o que no sea un elemento independiente fuerte en el consejo.

Que la mayoría de la Junta se componga de consejeros externos.

Que los comités de remuneración de los miembros de la Junta se hagan con la mayoría de los directores no ejecutivos de la misma.

Que el Consejo de administración debe designar un comité de auditoría que incluya al menos tres directores no ejecutivos.

*Vid.* en <http://www.jbs.cam.ac.uk/cadbury/report/>

<sup>197</sup> Caso *New York Central & Hudson River Railroad vs United States*.

*Vid.* <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/212/481/>

procedimientos internos para llevar a cabo dicha política de la empresa, la formulación de directrices para aplicar su política y documentación sobre el transcurso del programa. Llegados los setenta y luego el escándalo del *Water-Gate*<sup>198</sup> provocaron un aumento de dichos programas de forma notoria. La *Security Exchange Commission*<sup>199</sup> (SEC) realizó una serie de investigaciones que sacaron a la luz que los sobornos eran práctica habitual en el ámbito empresarial, por lo que ofreció un programa de divulgación voluntaria para las sociedades públicas que acabaron adoptando también las empresas privadas. Las SEC mediaba con la fiscalía para que a cambio de la información revelada se les concediera clemencia por las posibles infracciones cometidas. Ya en los años ochenta, ante nuevas figuras delictivas como los abusos de información privilegiada los “*Compliance*” empezaron a incluir códigos de conducta, Programas de entrenamiento para empleados, medidas disciplinarias para los infractores, medidas específicas para prevenir delitos entre otras. Hasta que en 1984 se fraguan las condiciones para la aparición de las importantes *Sentencing Guidelines*<sup>200</sup> (o guías para dictar sentencias).

Las *Federal Sentencing Guidelines* del año 1991, que venían a ser una especie de normas federales para la individualización de la pena, reconocieron por primera vez en los USA los *Compliance Programs*. En su capítulo titulado *Sentencing of organizations*, incluyó lo que sería una detallada descripción de los *Compliance Programs*, cuya existencia en la empresa condenada se contempla en dichas normas como una circunstancia atenuante. Cabe señalar que en esa labor orientadora, a manera semejante de las Circulares de la Fiscalía General del Estado de nuestro ordenamiento, en los USA el *Deputy Attorney General* envía a los diferentes fiscales una suerte de memorandos. Y respecto de los *Compliance Programs* el Departamento de Justicia, poco después, publicó los *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*. En ellos se establece que la existencia de un *Compliance Program* “efectivo” es uno de los criterios que los fiscales federales han de tener en cuenta al decidir si imputarán o no

---

<sup>198</sup> El caso *Water-Gate* inicialmente pareció un robo e incluso en el juicio los acusados se declararon culpables, pero que terminó destapando un escándalo de escuchas, corrupciones y actuaciones ilícitas cuando *McCord* escribe una carta al juez asegurando que altos cargos del partido republicano sabían que iba a producirse la entrada ilegal en las oficinas demócratas y que los acusados habían sido convencidos para negar esa relación. Se sucedieron las investigaciones y finalmente el caso *Water-Gate* acabó costándole el cargo a Richard Nixon.

<sup>199</sup> *Vid.* <http://www.sec.gov>

<sup>200</sup> Al parecer en esos años ochenta se produjo una gran disparidad jurisprudencial, con sentencias condenatorias a menudo demasiado indulgentes a juicio del Congreso de USA. Por ello, creó a través de la *Sentencing Reform Act de 1984*, la *U. S. Sentencing Commission* (comisión para establecer pautas de sentencias), que en 1987 promulgó las *Sentencing Guidelines* (guías para las sentencias) a las personas físicas y en 1991 para las personas jurídicas. *Vid.* <http://www.govtrack.us/congress/bills/98/s668>

a una empresa. Como bien añade ALONSO GALLO<sup>201</sup> en su análisis, cabe abordar el *Thompson Memo* (los principios de Imputación publicados el 20 de enero de 2003, donde se establece que al decidir si se ejercita una acción penal contra una sociedad los fiscales deben tener en cuenta entre otros factores “la existencia y adecuación de un Programa de cumplimiento en la compañía”). El *McNulty Memo* (de 12 de diciembre de 2006) y el *Filip Memo* (de 28 de agosto de 2008) añaden que el programa de cumplimiento ha de ser “preexistente”. Se exige pero que el programa de cumplimiento sea efectivo. Resulta especialmente interesante que en los USA se concreta claramente cuando se entiende que un *Compliance Program* es efectivo<sup>202</sup>, y ello será cuando se cumplan las siguientes condiciones, que exponemos a continuación siguiendo el resumen que de ellas hizo ALONSO GALLO:

- “- La organización deberá llevar a cabo el establecimiento de unas normas y procedimientos para prevenir y detectar conductas criminales. Se encarga la supervisión de la aplicación y efectividad del programa al personal de alta dirección de la compañía, incluidos los directivos.
- Deberá delegarse en una o varias personas concretas, dentro de la organización, la responsabilidad por la aplicación del programa. Estas personas deberán reportar periódicamente a la alta dirección de la compañía informes sobre lo actuado.
- La organización deberá informar periódicamente a sus empleados y directivos, por medio de programas de formación, de las normas y procedimientos y demás aspectos del *Compliance Program*. Dichos programas de formación deberán estar dirigidos a informar adecuadamente a cada individuo teniendo en cuenta los roles y responsabilidades que asuma dentro de la organización.
- La organización implementará procedimientos de control, monitorización y auditoría, para asegurarse de que se aplica debidamente el programa ético y de cumplimiento. De esa forma, la organización debe evaluar periódicamente la efectividad del programa.

---

<sup>201</sup> ALONSO GALLO, J. “Los Programas de Cumplimiento” en DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, J., (dir.) *Estudios sobre las Reformas del Código Penal Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Ed. Civitas. Madrid 2011. p. 160.

<sup>202</sup> Según las *Federal Sentencing Guidelines* en su versión de 2009.

*Vid et cfr.* en [http://www.ussc.gov/Guidelines/2009\\_guidelines/Manual/CHAP8.pdf](http://www.ussc.gov/Guidelines/2009_guidelines/Manual/CHAP8.pdf)

- Debe establecerse un sistema, que incluya mecanismos que permitan el anonimato o la confidencialidad, por el que los empleados y agentes de la compañía puedan informar sobre la existencia de posibles actuaciones delictivas sin miedo a represalias.
- Detectado que sea un hecho delictivo, la organización deberá adoptar las medidas necesarias para responder adecuadamente a dicha conducta y evitar en lo sucesivo similares actuaciones ilícitas, haciendo los cambios necesarios en el programa de cumplimiento de la organización.
- Deberá promoverse e incentivarse una aplicación adecuada del programa de cumplimiento por medio de (a) incentivos apropiados para que la organización trabaje de forma acorde con el Programa ético y de cumplimiento; y (b) medidas disciplinarias adecuadas en los casos de actuación delictiva o cuando no se hayan tomado precauciones razonables para evitar o detectar la comisión de conductas delictivas”.

Es de destacar el fomento y ayuda que desde el Estado se da a las empresas en la orientación a cómo deben desarrollar sus *Compliance Programs*, de tal suerte que facilita la tarea de aquél que desea ajustarse a la legalidad y aleja el confusionismo, la inseguridad jurídica y la incertidumbre que lo contrario puede provocar<sup>203</sup>. En tal sentido cabe citar la *Office Inspector General of the Department of Health and Human Services*<sup>204</sup>.

Se exige pues que el Programa esté diseñado para conseguir la máxima efectividad para prevenir y detectar la comisión de actuaciones ilícitas y la organización debe aplicarlos efectivamente. Ejemplo muy gráfico pero al revés es el caso de Enron en el que se encontró una copia del Programa de cumplimiento de la compañía sin abrir con la envoltura de plástico tal y como había llegado el despacho del director financiero.

---

<sup>203</sup> En mi opinión, el legislador español debería seguir ese espíritu orientador que guio a las empresas estadounidenses en su nuevo camino autorregulador, pues al no hacerlo se puede generar incertidumbre e inseguridad jurídica, lo cual es terrible para las personas jurídicas, principalmente empresas, máxime en los tiempos de crisis económica como la que se viene padeciendo en España.

<sup>204</sup> En el año 2003, la *Office of Inspector General (OIG) of the Department of Health and Human Services* publicó una guía para los *Programas de cumplimiento* de las empresas farmacéuticas. *Compliance Programs Guidance for Pharmaceutical Manufacturers, April 2003*. Citado por ALONSO GALLO, J., *Op. Cit.*, p. 161.

*Vid.* <http://www.oig.hhs.gov/fraud/docs/Complianceguidance/042803pharmacymfgnogr.pdf>

La *Sarbanes-Oxley Act* de 2002 estableció, después del escándalo Enron, un sistema de control en el ámbito de la contabilidad y de la información financiera de las sociedades cotizadas y un sistema de protección a los denunciantes<sup>205</sup>.

Como vemos el modelo se fundamenta en un análisis de la conducta de la PJ para determinar si había adoptado controles que se puedan concluir como eficaces para prevenir delitos *ex ante*, y si *ex post* la PJ ha colaborado en el descubrimiento del autor (persona física). La PJ en el modelo norteamericano puede aspirar a la exoneración de responsabilidad penal, y si no cuanto menos a la atenuación. El modelo se basa en la Autorregulación Empresarial, en el que la PJ debe colaborar con el Estado, analizando sus propios riesgos y concibiendo unos mecanismos internos de control efectivos.

De tal suerte que el Estado, que no puede dedicarse a diseñar un modelo organizativo o de conducta empresarial apto para proyectarse a todos los sectores, y con capacidad de neutralización de riesgos penales en todos ellos, solo tenga que supervisar los mecanismos empresariales de control.

De la experiencia del modelo de los USA se pueden encontrar abundantes casos de buen funcionamiento. No obstante, también hay que destacar que la puesta en práctica puso de manifiesto algunas carencias de ese modelo de autorregulación, como por ejemplo en el caso de la compañía Enron. En este caso, los mecanismos de control fueron sorteados gracias a la colaboración de algunos bancos (como el Citygroup y J.P. Morgan), bancos de inversión (como Morgan Stanley o Merryl Lynch) y de la Auditora Andersen.

Los *Non-Prosecution Agreements* o *Deferred Prosecution Agreements* para algunos se han convertido en una suerte de responsabilidad patrimonial de las PJ, produciendo una elusión de la responsabilidad de la persona física, generalmente de relieve en aquellas. Así, señala SILVA SÁNCHEZ<sup>206</sup> que ha sido objeto de críticas tanto en el Departamento de Justicia como una parte de la doctrina norteamericana, y lo que era un malestar sentido, el Vice Fiscal General de los Estados Unidos, Sally Quillian Yates, lo convirtió en un documento, una suerte de Circular de 7 páginas, que dirigió el 9 de septiembre de 2015 a “*diversas autoridades de Fiscalía y de la Policía así como, en fin, a todos los fiscales del país un documento en el que se postula en aras de incrementar esfuerzos para identificar a las personas físicas responsables, a todos*

---

<sup>205</sup> La protección a los denunciantes halló su primer respaldo legislativo a través de la *Whistleblower Protection Act* de 1989.

<sup>206</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Yates Memorandum”, InDretPenal, nº4, 2015. Vid. “*Yates Memorandum*” completo en el siguiente enlace: <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download>

*los niveles, de los delitos corporativos*”. Y como bien indica este autor ello va a repercutir en la configuración de “*las investigaciones internas puesto que para beneficiarse de la atenuante de colaboración deberían revelar todos los datos inculpatorios referidos a todas las personas físicas intervenientes en el delito de empresa*”.

## 2.2. Italia

En Italia, el legislador abordó esta cuestión con el Decreto Legislativo 231/2001, de 8 de junio de *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica* que establece en su art. 6 los llamados “criterios de organización del ente” y que la persona jurídica no responderá por los delitos cometidos por sus administradores, directivos o representantes y sus subordinados en su beneficio o por su cuenta, si se comprueba una adecuada organización preventiva, es decir, si la persona jurídica adoptó “modelos de organización y de gestión idóneos para prevenir delitos de la especie cometidos” (art. 6.1.a), si ha confiado la vigilancia del funcionamiento y la observancia del modelo “a un organismo del ente dotado de poderes autónomos de iniciativa y de control” (art. 6.1.b) y si “las personas han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y gestión”. Estos modelos deben prever “en relación a la naturaleza y a la dimensión de la organización, así como a la actividad desarrollada, medidas idóneas para garantizar el desarrollo de la actividad en el respeto de la Ley y para descubrir y eliminar oportunamente situaciones de riesgo” (art. 7.3). También hay que señalar que el artículo 6.2 de la Ley regula la extensión de los poderes delegados al organismo de control, en este sentido se establece que tales poderes deben: a) permitir individualizar la actividad en la que pueden ser cometidos; b) prever protocolos específicos dirigidos a programar la formación y la actuación de las decisiones del ente en relación a los delitos a prevenir, c) individualizar la modalidad de gestión de los recursos financieros idóneos para impedir la comisión de delitos; d) prever obligaciones de información en relación al organismo competente para vigilar el funcionamiento y la observancia de los modelos; e) introducir un sistema disciplinario idóneo para sancionar la falta de respeto de las medidas indicadas en el modelo.

Según su artículo 6.3 de la Ley estos modelos de organización “pueden ser adoptados sobre la base códigos de comportamiento redactados por asociaciones representativas de los entes, que garanticen las exigencias señaladas, comunicados al Ministerio de Justicia, el que, de acuerdo con los Ministerios competentes, podrá formular observaciones sobre la idoneidad de los modelos para prevenir los delitos” (art. 6.3). Para los entes de pequeñas dimensiones las obligaciones indicadas en la letra b), del párrafo 1, de conformidad con el artículo 6.4, pueden ser cumplidas directamente por el órgano de dirección.

Es de ver que, aunque de una forma menos exhaustiva y detallada y en cierta medida menos completos, los elementos de los modelos de organización italianos son semejantes a los de los *Compliance Programs* de los USA, teniendo en común, como bien apunta ALONSO GALLO<sup>207</sup> en el análisis de riesgos, aprobación de protocolos internos, creación de un órgano de vigilancia, formación de los empleados, sistema de comunicación de irregularidades y medidas disciplinarias.

STORTONI<sup>208</sup> analizando el modelo italiano decía que la rúbrica de la Ley califica de “administrativa” la responsabilidad de los entes colectivos, aunque se trata de una solución un tanto farisaica por los problemas relacionados con la compatibilidad de una responsabilidad “penal” de la persona jurídica con el artículo 27 párrafo primero de la Constitución italiana, *id est* el Principio de Culpabilidad. Según el criterio de este autor, la responsabilidad es realmente penal y lo basa en las siguientes premisas: 1) la responsabilidad de los entes es consecuencia de la comisión de un delito; 2) se añaden además reglas y principios fundamentales del derecho penal relacionados con la legalidad (en sus artículos 2 y 3 se recoge la reserva de ley, la irretroactividad y la aplicación de la ley más favorable en caso de sucesión de normas penales) y 3) desde una perspectiva procesal hablamos de un proceso eminentemente penal pues “la aplicación de la ley y la indagación del hecho y de derecho, se confían al juez penal en el ámbito del proceso penal”.

Al abordar el modelo italiano y el valor que las *Compliance Program* detentan no puede quedar al margen el catálogo de delitos que en su mapeado de riesgos deben tener en consideración a la hora de elaborarlos. No podemos decir que exista el mismo “catálogo” de conductas o delitos que en España, pues en un principio la ley italiana que

---

<sup>207</sup> *Op. Cit.* p. 165.

<sup>208</sup> STORTONI, L., en el seminario “Problemas de aplicación de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas” realizado el 8 de junio de 2012 y organizado por la Universidad Autónoma de Barcelona.

vino a regular la “RPPJ”, limitó la responsabilidad de los entes colectivos a una serie de delitos dolosos como el de corrupción, cohecho, estafa en perjuicio del Estado o de entes públicos, percepción indebida de prestaciones públicas y pocos más. STORTONI argumentando que más tarde se amplió el elenco de delitos<sup>209</sup> y que el marco referencial está destinado a mutar concluyó que es de prever un significativo impulso y una mayor atención por parte de las empresas a la hora de evitar daños y riesgos inherentes de la actividad económica, extendiéndose como una espiral “virtuosa” no solo de los titulares de bienes colectivos sino también de las mismas empresas.

La exención de responsabilidad que se puede operar para la PJ en virtud de lo dispuesto en el artículo 6.1 de esta norma italiana provocó, como bien apunta ALONSO GALLO, que muchas empresas italianas de cierta envergadura aprobaran el llamado *Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo EX d.Lgs 231/01*, denominada coloquialmente el *Modello 231*. Dicho programa deberá cumplir las exigencias del artículo 6.2 citado ut supra<sup>210</sup>.

El artículo 7.4 del texto legal italiano requiere una verificación periódica y la eventual modificación del mismo cuando se descubran significativas violaciones de las prescripciones o cuando se produzcan cambios en la organización o en la actividad y un sistema disciplinario adecuado para sancionar el incumplimiento de medidas indicadas en el modelo<sup>211</sup>.

En conclusión, si la PF coge, metafóricamente hablando, una pértiga y se salta los controles para cometer el delito, la PJ no responde penalmente.

---

<sup>209</sup> Como los delitos de falsificación de monedas y tarjetas de crédito, los delitos societarios, los concernientes a los abusos de posición en el mercado, los delitos de terrorismo, la mutilación genital femenina, varios delitos contra la personalidad individual (esclavitud, tráfico de personas, prostitución de menores, pornografía, turismo sexual, pedofilia, blanqueo de bienes, etc.). Respecto a los delitos imprudentes se amplió a los casos de homicidio imprudente o lesiones graves o gravísimas cometidas violando las normas sobre la seguridad e higiene en el trabajo

<sup>210</sup> Recordando que para el Ordenamiento Jurídico italiano dentro de las exigencias para un *Compliance Program* efectivo se incluye 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.

<sup>211</sup> *Vid. et cfr. la “Linee Guida per la Costruzione dei Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo Ex D. LGS 231/2001.”* Elaborada por la *Area Strategica Fiscalità, Finanza e Diritto d’Impresa, Nucleo Affari Legali, Finanza e Diritto d’Impresa, Gruppo di lavoro sulla Responsabilità Amministrativa delle Persone Giuridiche*. Aprobada el 7 de marzo de 2002. Parece, pues, que Italia también orienta a las PJ en el camino correcto, tratando de alejarlas de los peligros de la incertidumbre y la inseguridad jurídica en la misma buena línea que hemos visto en los USA.

## 2.3. Chile

En Chile la Ley núm. 20.393<sup>212</sup>, estableció la RPPJ en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho, tanto a funcionario público nacional como a funcionario público extranjero. En su artículo 3º dispone que las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados (en el artículo 1º) que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión. Además, según esta ley serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior. Deberes que nos llevan indefectiblemente a los *Compliances programs*. Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente. El sistema de RPPJ chileno también condiciona la responsabilidad al cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión y a que “*la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido*”. En el artículo 4 de la citada Ley<sup>213</sup>, se prevé a tal efecto la designación un *Compliance-*

---

<sup>212</sup> Publicada en el Diario Oficial de Chile el 2 de diciembre de 2009.

<sup>213</sup> “Artículo 4º.- *Modelo de prevención de los delitos. Para los efectos previstos en el inciso tercero del artículo anterior, las personas jurídicas podrán adoptar el modelo de prevención a que allí se hace referencia, el que deberá contener a lo menos los siguientes elementos:*

*1) Designación de un encargado de prevención.*

*a) La máxima autoridad administrativa de la persona jurídica, sea ésta su directorio, un socio administrador, un gerente, un ejecutivo principal, un administrador, un liquidador, sus representantes, sus dueños o socios, según corresponda a la forma de administración de la respectiva entidad, en adelante la “Administración de la Persona Jurídica”, deberá designar un encargado de prevención, quien durará en su cargo hasta tres años, el que podrá prorrogarse por períodos de igual duración.*

*b) El encargado de prevención deberá contar con autonomía respecto de la Administración de la Persona Jurídica, de sus dueños, de sus socios, de sus accionistas o de sus controladores. No obstante, podrá ejercer labores de contraloría o auditoría interna.*

*En el caso de las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de cien mil unidades de fomento, el dueño, el socio o el accionista controlador podrán asumir personalmente las tareas del encargado de prevención.*

*2) Definición de medios y facultades del encargado de prevención.*

*La Administración de la Persona Jurídica deberá proveer al encargado de prevención los medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, entre los que se considerarán a lo menos:*

*officer* al que dota de autonomía respecto de la administración de la persona jurídica, de sus dueños, de sus socios, de sus accionistas o de sus controladores (ex art. 4.1), y la posibilidad de las personas jurídicas de obtener una “certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo con el cambio de circunstancias de la respectiva entidad” (ex art. 4.4). Estos certificados “podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgos u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros”, de acuerdo con una reglamentación que se dictará (ex art. 4.4.b).

Respecto de las eximentes de responsabilidad penal un buen *Compliance Program*, que cumpla las exigencias establecidas conforme se ha expuesto actuará

---

a) Los recursos y medios materiales necesarios para realizar adecuadamente sus labores, en consideración al tamaño y capacidad económica de la persona jurídica.

b) Acceso directo a la Administración de la Persona Jurídica para informarla oportunamente por un medio idóneo, de las medidas y planes implementados en el cumplimiento de su cometido y para rendir cuenta de su gestión y reportar a lo menos semestralmente.

3) Establecimiento de un sistema de prevención de los delitos.

El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer un sistema de prevención de los delitos para la persona jurídica, que deberá contemplar a lo menos lo siguiente:

a) La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos señalados en el artículo 1°.

b) El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos.

c) La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados.

d) La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos.

Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos que la persona jurídica dicte al efecto y deberán comunicarse a todos los trabajadores. Esta normativa interna deberá ser incorporada expresamente en los respectivos contratos de trabajo y de prestación de servicios de todos los trabajadores, empleados y prestadores de servicios de la persona jurídica, incluidos los máximos ejecutivos de la misma.

4) Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos.

a) El encargado de prevención, en conjunto con la Administración de la Persona Jurídica, deberá establecer métodos para la aplicación efectiva del modelo de prevención de los delitos y su supervisión a fin de detectar y corregir sus fallas, así como actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la respectiva entidad.

b) Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica.

Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador.

c) Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal.”

como eximiente de la citada responsabilidad. El propio artículo 3º, párrafo tercero, de la Ley chilena nº 20.393 explica cuando se entenderá que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido: “*Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.*”

Tampoco serán responsables las PJ cuando las personas físicas (que ellos llaman “naturales”) indicadas en el precepto chileno, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero. Es decir, cuando no se ha hecho por y para, o en beneficio directo o indirecto de la PJ, aunque el precepto parece ofrecer una hermenéutica más abierta.

Por lo que afecta a las circunstancias atenuantes, el artículo 6 de la citada Ley chilena, dispone que serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica, las siguientes:

- 1) La prevista en el número 7º del artículo 11 del Código Penal<sup>214</sup>.
- 2) La prevista en el número 9º del artículo 11 del Código Penal. Se entenderá especialmente que la persona jurídica colabora sustancialmente cuando, en cualquier estado de la investigación o del procedimiento judicial, sus representantes legales hayan puesto, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportado antecedentes para establecer los hechos investigados.
- 3) La adopción por parte de la persona jurídica, antes del comienzo del juicio, de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación.

---

<sup>214</sup>El artículo Art. 11 del Código Penal chileno dispone como circunstancias atenuantes para las Personas Jurídicas:

“7º. *Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.*

9º. *Si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos.*”

## 2.4. Alemania

Al igual que Italia, Alemania, ha venido a desarrollar la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador. Es decir, se trata de una suerte de sistema penal-administrativo que sustituye la imposición de pena por sanciones de tipo administrativo sancionador. Las Leyes que vinieron a desarrollar la responsabilidad de las PJ en Alemania fueron la “*Erstes Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*”, de 20 de julio de 1976, BGBl y la “*Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*”, de 15 de mayo de 1986, BGBl.

SIEBER<sup>215</sup> ha venido a analizar en qué medida los nuevos “*corporate codes*” tienen importancia en Alemania, cuál es su contenido, quién ha sido su creador y que modificaciones fundamentales están unidas a ellos en cuanto a la prevención de la criminalidad empresarial y a la dirección jurídica de la empresa y la influencia que las *Compliance* tendrán para el desarrollo del Derecho penal de la empresa. Según este autor en Alemania el concepto de *Compliance Programs* se ha hecho muy conocido en relación a los departamentos de *Compliance* de instituciones crediticias en el marco de la lucha contra el lavado de dinero. Aporta además otros interesantes conceptos como el *Value Management* yendo más allá de las exigencias legales referido a la protección organizativa de todos los valores materiales e inmateriales de la empresa. El concepto “*Corporate Governance*” en un sentido amplio referido a la forma de dirección de la empresa y en un sentido más estricto se emplea para describir la estructura organizativa de las empresas, tal como exige –según SIEBER- el Código alemán de dirección de las empresas. A nivel empírico<sup>216</sup> se puede constatar una progresiva consolidación de la cultura empresarial entorno a *Compliance*, de lo que se infiere que más de un 80% de las empresas de los sectores estudiados procedieron a incorporar mecanismos de

---

<sup>215</sup> SIEBER, U., “Programas de ‘*Compliance*’ en el Derecho Penal de Empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en (coord.)URQUIZO OLAECHEA, J.- ABANTO VÁSQUEZ, M.- SALAZAR SÁNCHEZ, N. *Dogmática Penal de Derecho Penal Económico y Política Criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann*. Volumen I. Fondo Editorial Universidad San Martín de Porres. Lima (Perú) 2011. p. 207.

<sup>216</sup>Este autor expone diferentes estudios en la obra citada (p. 209) como la publicada en el año 2001 por PELLENS/HILLEBRANDT/ULMER sobre la existencia en Alemania de directivas referidas a la “*corporate governance*”, el informe-índice de VON WEDER/TALAULICAR, de aparición periódica que analiza el cumplimiento de las disposiciones del Código alemán de “*corporate governance*”, el estudio publicado sobre “*corporate governance*” publicado el 2007 por la consultora de empresas Heidrick &Struggles que analiza cada dos años la estructura y transparencia de la dirección empresarial a nivel europeo, y otros estudios referidos sobre todo al mercado de capitales que reconoce positivamente el cumplimiento del código.

*Compliance* para combatir la criminalidad entorno a la PJ, y a través de una mejora de controles internos y elaboración de directrices se consiguieron mejoras significativas.

Dentro del contenido de los programas en general expone SIEBER los objetivos y valores, las concepciones procesales y los *Compliance Programs* para impedir la criminalidad empresarial. Cabe destacar que los *Compliance* no se dirigen sólo a los ámbitos de interés de la empresa, empleados, etc., sino que se incluyen también intereses (que pueden coincidir o competir) de los socios comerciales, de terceras personas (especialmente consumidores) así como intereses sociales (*ad ex.* medio ambiente). Lo que conllevará que varíen mucho su contenido de una empresa a otra. Abordando las concepciones procesales acomete lo relativo a los distintos procedimientos elaborados para la formación del personal de la empresa, la denuncia, y todos aquellos imaginables. Citando la Ley contra el lavado de dinero (GWG) en su artículo 14, párrafo 2 número 2, se exige desarrollar sistemas apropiados de aseguramiento y controles destinados a prevenir el lavado de dinero, en el número 3 siguiente de que los empleados sean confiables, en el número 4 siguiente de que sean informados regularmente en los “métodos del lavado de dinero”, y que se señale una persona directiva responsable de coordinar con las autoridades de persecución penal en el número 1 de dicho artículo y párrafo, para los institutos de crédito. Se incluyen además información comercial y de gestión apropiada y efectiva de riesgos. En la Ley de comercio con títulos-valores (WpHG), dice este autor que se han venido a establecer amplios deberes de organización en su artículo 33, y que han sido concretadas a través de un reglamento del Ministerio Federal de Finanzas (Reglamento para la concreción de las reglas de conducta y exigencias de organización a las empresas dedicadas a los servicios con título-valores, de 20 de julio de 2007- BGBl. I, p. 1432). Deberes complementados con los de comunicar determinados negocios a la Oficina Federal de Control de Servicios Financieros o denunciar casos sospechosos. Finalmente añade, que en los últimos años se ha apreciado un considerable incremento de los *Compliance* de las empresas con actividades en USA.

Es interesante como SIEBER<sup>217</sup> aborda, aunque no en estos términos, la efectividad de la *Compliance* en el ámbito de impedir la criminalidad empresarial. Destaca este autor la necesaria definición y comunicación de los valores y objetivos empresariales, el análisis de riesgos específicos, el establecimiento de disposiciones a

---

<sup>217</sup> *Op. Cit.*

respetar, procedimientos a seguir y a hacer seguir, la fundamentación de la responsabilidad a niveles jerárquicos más elevados por los objetivos definidos, los valores y procedimientos en la evitación de la criminalidad empresarial, la fijación de responsabilidades en los mandos medios, creación de un departamento de *Compliance*, así como el esclarecimiento y la capacitación de los trabajadores de la empresa. Añadiendo la creación de sistemas de información para el descubrimiento y esclarecimiento de los delitos, especialmente de controles internos a personas y objetos, deberes de informar, posibilitar las denuncias anónimas con los canales óptimos de comunicación, y –muy interesante- determinación de la vía encargada de los casos de sospecha que deben ser esclarecidos con involucración del departamento de *Compliance* así como eventualmente a las dependencias del Estado y de los resultados de las investigaciones de los casos de sospecha con comunicación directa a la dirección de la empresa, así como la adaptación permanente y el mejoramiento de los respectivos programas de “*Compliance*”. Haciendo participar a controladores externos e internos para la determinación y evaluación de la *Compliance*, el establecimiento de medidas internas para la sanción de abusos y la creación de estructuras efectivas que estimulen la ejecución y el mejoramiento de las medidas antes mencionadas.

Como expone BACIGALUPO SAGESSE, la posición de garante que adquieren administradores y representantes legales, las responsabilidades que adquieren las personas responsables de los sistemas de control interno, la configuración de sus deberes y las exigencias de la delegación han sido cuestiones analizadas ya por el Tribunal Supremo Federal Alemán en una primera sentencia<sup>218</sup> sobre los deberes de los *Compliance-officers* y las exigencias que debe de cumplir la delegación de la posición de garante. Sentencia en la que se condenó al responsable del servicio interno de revisión por estafa en comisión por omisión.

---

<sup>218</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo alemán, BGH Urt.v. 17.7 2009-5 StR 394/08, NJW (*Leiter der Innenrevision*) señala BACIGALUPO SAGESSE, falló que “al responsable de la unidad interna de revisión de una entidad pública le incumbe el deber de garantizar la evitación de errores y la liquidación de tasas”, y obiter dictum señaló que estas consideraciones “serían aplicables al *Compliance Officer*, cuya función consiste en evitar infracciones jurídicas especialmente también hechos punibles cometidos a través de la empresa”. Citada como nota 39 en BACIGALUPO SAGESSE, S. capítulo “La responsabilidad de los entes colectivos: sociedades delinquere non potest!” en (coord.) ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.- COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A.- GÓMEZ PAVÓN, P.- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. - MARTÍNEZ GUERRA, A. *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2013, p. 36.

### 3.5. Austria

En el año 1997, tras la aprobación del segundo Protocolo de Armonización de la Protección de los Intereses Financieros de las Comunidades Europeas, Austria se comprometió a introducir en su ordenamiento un sistema de responsabilidad de las PJ. Sin embargo, no fue hasta el 1 de enero de 2006, cuando entró en vigor en este país la “*Ley de Responsabilidad de las Personas Jurídicas por hechos delictivos*<sup>219</sup>”. Como es de ver no lo incluyeron como nuevos preceptos del Código Penal, y lo cierto es que esta Ley parece evitar pronunciarse sobre el carácter penal o no de la responsabilidad de las personas jurídicas. La responsabilidad de éstas con ocasión de la comisión de un hecho delictivo conllevará una multa que no posee naturaleza penal. No se prevé un *numerus clausus* de delitos para las PJ. Parece entonces, y siguiendo el análisis que hace ROBLES PLANAS<sup>220</sup>, que Austria optó por la llamada vía “quasi-penal”, entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador. El legislador austriaco focaliza en el término agrupación los conceptos posibles de PJ imputables, dejando expresamente fuera a los entes que obren en ejercicio de funciones atribuidas por la Ley, además de todos los aparatos administrativos estatales y municipales. También están excluidas las iglesias reconocidas, sociedades religiosas y comunidades confessionales religiosas en lo que se refiere al ejercicio de actividades espirituales, así como las masas hereditarias. La norma austriaca distingue entre personas con poder o capacidad de decisión de los empleados. En su §3 dispone que una agrupación es responsable de un delito cuando, cumpliéndose unas determinadas condiciones que ahora se dirán, el hecho se cometa en su beneficio o con el hecho se lesionen deberes que incumben a la agrupación. Los requisitos son o bien, respecto del primer supuesto de imputación que el delito sea cometido por una persona con capacidad de decisión si ésta ha cometido el hecho de forma antijurídica y culpable. O bien, que para el caso de los delitos cometidos por empleados cuando el empleado haya realizado el hecho típico de forma antijurídica, y entonces la agrupación es responsable de: un delito que presupone a) el dolo sólo cuando un empleado haya obrado dolosamente, b) e imprudente cuando éste haya infringido el deber de cuidado debido a las circunstancias

---

<sup>219</sup> *Bundesgesetz über Verantwortlichkeit von verbänden für Straftaten – Verbandsverantwortlichkeitsgesetz* (VbVG).

<sup>220</sup> ROBLES PLANAS, R. “¿Delitos de las Personas Jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos.” en *InDret* 2/2006, abril de 2006. *Vid.* <http://www.indret.com/pdf/344.pdf>

y la comisión del hecho fue posible, o esencialmente facilitada, por el hecho de que las personas con poder de decisión no observaron el cuidado debido y exigible en las circunstancias, especialmente por haber omitido las medidas personales, técnicas u organizativas esenciales para impedir tales hechos. En el sistema austriaco, la persona con capacidad de decisión se identifica con la persona jurídica en tanto que la infracción del deber de cuidado del administrador es la infracción del deber de cuidado de la sociedad, colocándola en una suerte de responsabilidad objetiva.

En otro orden, esta ley viene a establecer un catálogo no cerrado de circunstancias atenuantes, por un lado, en la determinación de un menor número de días-multa cuando se dan los supuestos que la ley recoge, y por otro acudiendo a una aplicación analógica de la Parte General del Código Penal. De tal manera que la atenuante se constatará cuando el hecho implique importantes cargas jurídicas para la agrupación o sus propietarios, la agrupación haya reparado las consecuencias del hecho, haya contribuido al esclarecimiento de los hechos relevantes, o la agrupación sea responsable únicamente de los delitos cometidos por los trabajadores. Y especial interés recaban las que de una manera u otra afectarían a materia de *Compliance*, como sería que la agrupación ya antes del hecho haya tomado precauciones para impedir tales hechos o haya requerido la conducta leal al trabajador, o que la agrupación haya adoptado mecanismos esenciales para impedir en el futuro hechos similares.

En Austria, el 1 de febrero de 2013 apareció la ONR 192050:2013 *Compliance Management Systems (CMS) - Requirements and guidance for use (Austrian Standard)*, con la pretensión de articular de forma sistematizada, estándares de Compliance Penal que vengan a otorgar seguridad jurídica. Publicada por el *Austrian Standards Institute*<sup>221</sup>, prevé además la posibilidad de que la PJ obtenga una certificación de que cumple con los parámetros contenidos en la *Compliance*. De tal forma, que los administradores de las PJ imputables, pueden encontrar una suerte de escudo protector frente a las acciones penales que pudieran interponerse contra los órganos de administración en ocasión de delitos cometidos por los empleados.

---

<sup>221</sup> El *Austrian Standard Institute (Österreichisches Normungsinstitut)*, sito en Viena, fundado en 1920.

### 3.6. España

Hacia el año 2010 ya existía una positivación de las obligaciones y deberes, como por ejemplo ocurre respecto del blanqueo de capitales. *La Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención de Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo*<sup>222</sup>

---

<sup>222</sup> Publicada en el BOE núm. 103, el 29 de abril de 2010, y en vigor desde el día siguiente de su publicación y con una reforma el 28 de julio de 2011, esta Ley en su artículo 26.1 obliga a aprobar por escrito y aplicar “políticas y procedimientos adecuados” sobre las distintas áreas de riesgo por blanqueo. Así es de ver: “*Los sujetos obligados, con las excepciones que se determinen reglamentariamente, aprobarán por escrito y aplicarán políticas y procedimientos adecuados en materia de diligencia debida, información, conservación de documentos, control interno, evaluación y gestión de riesgos, garantía del cumplimiento de las disposiciones pertinentes y comunicación, con objeto de prevenir e impedir operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. Dichas políticas y procedimientos serán comunicados a las sucursales y filiales con participación mayoritaria situadas en terceros países. Los sujetos obligados, con las excepciones que se determinen reglamentariamente, aprobarán por escrito y aplicarán una política expresa de admisión de clientes. Dicha política incluirá una descripción de aquellos tipos de clientes que podrían presentar un riesgo superior al riesgo promedio en función de los factores que determine el sujeto obligado de acuerdo con los estándares internacionales aplicables en cada caso. La política de admisión de clientes será gradual, adoptándose precauciones reforzadas respecto de aquellos clientes que presenten un riesgo superior al riesgo promedio.*

*Cuando exista un órgano centralizado de prevención de las profesiones colegiadas sujetas a la presente Ley, corresponderá al mismo la aprobación por escrito de la política expresa de admisión de clientes.*

*2. Los sujetos obligados designarán como representante ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión a una persona que ejerza cargo de administración o dirección de la sociedad. En el caso de empresarios o profesionales individuales será representante ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión el titular de la actividad. Con las excepciones que se determinen reglamentariamente, la propuesta de nombramiento del representante, acompañada de una descripción detallada de su trayectoria profesional, será comunicada al Servicio Ejecutivo de la Comisión que, de forma razonada, podrá formular reparos u observaciones. El representante ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión será responsable del cumplimiento de las obligaciones de información establecidas en la presente Ley, para lo que tendrá acceso sin limitación alguna a cualquier información obrante en el sujeto obligado.*

*Los sujetos obligados establecerán un órgano adecuado de control interno responsable de la aplicación de las políticas y procedimientos a que se refiere el apartado 1. El órgano de control interno, que contará, en su caso, con representación de las distintas áreas de negocio del sujeto obligado, se reunirá, levantando acta expresa de los acuerdos adoptados, con la periodicidad que se determine en el procedimiento de control interno. Reglamentariamente se podrán determinar las categorías de sujetos obligados para las que no resulte preceptiva la constitución de un órgano de control interno, siendo las funciones de éste ejercidas en tales supuestos por el representante ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión.*

*Para el ejercicio de sus funciones el representante ante el Servicio Ejecutivo de la Comisión y el órgano de control interno deberán contar con los recursos materiales, humanos y técnicos necesarios. Reglamentariamente se determinará para determinadas categorías de sujetos obligados la exigencia de constitución de unidades técnicas para el tratamiento y análisis de la información.*

*Los órganos de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo operarán, en todo caso, con separación funcional del departamento o unidad de auditoría interna del sujeto obligado.*

*3. Los sujetos obligados, con las excepciones que se determinen reglamentariamente, deberán aprobar un manual adecuado de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que se mantendrá actualizado, con información completa sobre las medidas de control interno a que se refieren los apartados anteriores. Para el ejercicio de su función de supervisión e inspección, el manual estará a disposición del Servicio Ejecutivo de la Comisión, que podrá proponer al Comité Permanente de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias la formulación de requerimientos instando a los sujetos obligados a adoptar las medidas correctoras oportunas.*

*Los sujetos obligados podrán remitir voluntariamente su manual al Servicio Ejecutivo de la Comisión, a efectos de que por éste se determine la adecuación de las medidas de control interno establecidas, o que*

establece esas medidas de control interno para los sujetos obligados. De tal suerte, que podemos sostener que se trata de un *Compliance Program* aunque reducido a un solo ámbito, esto es a un solo “riesgo”. También es de ver que en el artículo 29 de la citada Ley establece deberes de información a los empleados sobre las normas y procedimientos internos. El artículo 30 de este cuerpo legal regula la “protección e idoneidad de empleados, directivos y agentes”, contempla medidas típicas de *whistleblower protection*<sup>223</sup>. Vemos pues que, además de lo expuesto, a lo largo de esta Ley se disponen elementos de tipo *Compliance*, abordando cuestiones como la diligencia debida<sup>224</sup> (artículos 3 a 16), concretando las obligaciones de información<sup>225</sup> (artículos 17 a 25), de control interno (artículos 26 a 33), de los medios de pago (artículos 34 a 37).

Por otro lado, la *Ley del Mercado de Valores*<sup>226</sup> ya contemplaba en su capítulo VII las normas de conducta, donde era de ver las obligaciones que debían respetar quienes presten servicios de inversión. Encontramos elementos de *Compliance* por ejemplo en

---

*se propongan establecer. La conformidad del manual con las recomendaciones formuladas por el Servicio Ejecutivo de la Comisión permitirá entender cumplida la obligación establecida en el presente apartado.*

*4. Las medidas de control interno previstas en este artículo podrán establecerse a nivel de grupo, de acuerdo con la definición recogida en el artículo 24.2.a), siempre que dicha decisión se comunique al Servicio Ejecutivo de la Comisión, con especificación de los sujetos obligados comprendidos dentro de la estructura del grupo”.*

<sup>223</sup> Especial importancia recaba la protección al “soplón” que delata las ilegalidades.

<sup>224</sup> *Vid. ad exemplum, Artículo 7. Aplicación de las medidas de diligencia debida.*

*1. Los sujetos obligados aplicarán cada una de las medidas de diligencia debida previstas en los precedentes artículos, pero podrán determinar el grado de aplicación de las medidas establecidas en los artículos 4, 5 y 6 en función del riesgo y dependiendo del tipo de cliente, relación de negocios, producto u operación, recogiéndose estos extremos en la política expresa de admisión de clientes a que se refiere el artículo 26. Los sujetos obligados deberán estar en condiciones de demostrar a las autoridades competentes que las medidas adoptadas tienen el alcance adecuado en vista del riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo mediante un previo análisis de riesgo que en todo caso deberá constar por escrito.*

*En todo caso los sujetos obligados aplicarán las medidas de diligencia debida cuando concurran indicios de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, con independencia de cualquier excepción, exención o umbral, o cuando existan dudas sobre la veracidad o adecuación de los datos obtenidos con anterioridad.*

<sup>225</sup> *Ad Exemplum: “Artículo 18. 1 Comunicación por indicio.*

*1. Los sujetos obligados comunicarán, por iniciativa propia, al Servicio Ejecutivo de la Comisión de prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (en adelante, el Servicio Ejecutivo de la Comisión) cualquier hecho u operación, incluso la mera tentativa, respecto al que, tras el examen especial a que se refiere el artículo precedente, exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. En particular, se comunicarán al Servicio Ejecutivo de la Comisión las operaciones que, en relación con las actividades señaladas en el artículo 1, muestren una falta de correspondencia ostensible con la naturaleza, volumen de actividad o antecedentes operativos de los clientes, siempre que en el examen especial previsto en el artículo precedente no se aprecie justificación económica, profesional o de negocio para la realización de las operaciones.”*

<sup>226</sup> La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en vigor desde el 29 de febrero de 1989, y con una revisión vigente desde el 24 de febrero de 2013.

los requisitos de organización interna del artículo 70.ter. El artículo 78 de esta Ley, ya en su versión original establecía esas normas de conducta y además incluía entre éstas las contenidas en sus propios reglamentos internos de conducta (vid art. 78.c). Es por ello, que muchas sociedades ya aprobaron e incorporaron códigos de conducta en todos estos años.

Encontramos otro precursor de antecedentes en la *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal*<sup>227</sup> con una fórmula más de propuesta que de imposición, se posibilita la creación de códigos tipo que establezcan las condiciones de organización, régimen de funcionamiento, procedimientos aplicables, normas de seguridad del entorno, programas o equipos, obligaciones de los implicados en el tratamiento y uso de la información personal, así como las garantías, en su ámbito, para el ejercicio de los derechos de las personas con pleno respeto a los principios y disposición de la presente Ley y sus normas de desarrollo (así el artículo 32).

Cabe citarse también la *Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales*<sup>228</sup>, que contiene una extenso catálogo de obligaciones para las empresas en garantía de la seguridad y salud (dentro de lo máximo posible) de los trabajadores. La normativa sobre prevención de riesgos laborales está constituida por dicha Ley, sus disposiciones de desarrollo o complementarias y “*cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito*” (ex art. 1 de la citada Ley)<sup>229</sup>. Según la Exposición de Motivos (5), la protección del trabajador frente a los riesgos laborales que la ley trata de conjurar, “*exige una actuación en la empresa que desborda el mero cumplimiento formal de un conjunto predeterminado, más o menos amplio, de deberes y obligaciones empresariales y, más aún, la simple corrección a posteriori de situaciones de riesgo ya manifestadas*”. El legislador motiva esta norma postulando que “*la planificación de la prevención desde el momento mismo del diseño del proyecto empresarial, la evaluación inicial de los riesgos inherentes al trabajo y su actualización periódica a medida que se alteren las circunstancias, la ordenación de un conjunto coherente y globalizador de medidas de acción preventiva*

---

<sup>227</sup> Publicada en el BOE núm. 298 el 14 de diciembre de 1999 y vigente desde el 14 de enero de 2000 con revisión vigente desde el 6 de marzo de 2011.

<sup>228</sup> Publicada en el BOE el 10 de noviembre de 1995 y vigente desde el 10 de febrero de 1996.

<sup>229</sup> Curiosamente, la Exposición de Motivos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales empieza diciendo que: “*El artículo 40.2 de la Constitución Española encomienda a los poderes públicos, como uno de los principios rectores de la política social y económica, velar por la seguridad e higiene en el trabajo.*”

*adecuadas a la naturaleza de los riesgos detectados y el control de la efectividad de dichas medidas constituyen los elementos básicos del nuevo enfoque en la prevención de riesgos laborales que la Ley plantea. Y, junto a ello claro está la información y la formación de los trabajadores dirigidas a un mejor conocimiento tanto del alcance real de los riesgos derivados del trabajo como de la forma de prevenirlos y evitarlos, de manera adaptada a las peculiaridades de cada centro de trabajo, a las características de las personas que en él desarrollan su prestación laboral y a la actividad concreta que realizan*”. Como vemos algunos de los elementos característicos de lo que es un *Compliance Program*, recogidos en las citadas leyes, como vemos, se asemejan, *mutatis mutandis*, a los llamados programas o modelos de prevención de riesgos penales, especialmente en cuanto a mandatos, organización, transparencia, mecanismos preventivos y delatorios.

Los antecedentes en España los encontramos no solo pues en esos precursores de *Compliance* que derivarían de normas sectoriales como las vistas para la de prevención de riesgos citada o la Ley de Mercados de Valores, o de Protección de Datos, sino también directamente de otros instrumentos, llamados instrumentos de *Softlaw* que son los *códigos de buenas prácticas*. Al respecto cabe citar el Código Olivencia, el Informe Aldama y el Código Unificado de Gobierno Corporativo de las Sociedades Cotizadas en Bolsa.

- a) El llamado **Código Olivencia**<sup>230</sup>, apareció fruto de un impulso del Gobierno ya en el año 1997, y constituye un hito considerable por cuanto recoge por vez primera un código de buen gobierno para los Consejos de Administración. En ese “código” hace una serie de consideraciones generales y unas recomendaciones. Especial interés recaba la recomendación 8<sup>a</sup> que establece que el Consejo de Administración debe constituir en su seno comisiones delegadas de control, compuestas exclusivamente por consejeros externos, en materia de información y control contable (auditoría); selección de consejeros y altos directivos (nombramientos); determinación y revisión de la política de

---

<sup>230</sup> El 26 de febrero de 1998, la Comisión especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades publicó un informe sobre el gobierno de las sociedades cotizadas. Esta comisión vino creada por el Consejo de Ministros, a propuesta del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda, en reunión del 28 de febrero de 1997. El código tomó el nombre del Presidente de dicha comisión Manuel Olivencia Ruiz.

Vid. en [http://www.Cnmv.es/portal\\_Documentos/Publicaciones/CodigoGov/govsocot.pdf](http://www.Cnmv.es/portal_Documentos/Publicaciones/CodigoGov/govsocot.pdf)

retribuciones (retribuciones); y evaluación del sistema de gobierno (cumplimiento).

- b) El **Informe Aldama**<sup>231</sup>, aparece unos años después del código Olivencia con objeto de hacer propuestas de “criterios y pautas” a que deben ser sometidos las sociedades emisoras de valores y aquellos que de una forma notable se relacionen con ésta en su devenir profesional. Este documento postula el principio de transparencia y el deber de informar, la responsabilidad de los administradores en cuanto a sus deberes de lealtad y diligencia, el marco ético del gobierno corporativo, y entre otras llama la atención las comisiones de Auditoría y control por su importante labor investigadora y preventiva. Respecto de la Agencias de Calificación dice que el esfuerzo de someter a estas sociedades a normas de conducta puede ser ineficaz si no existe una armonización internacional de su regulación. El citado informe postula la autorregulación y la conveniencia de un soporte normativo adicional, donde los deberes básicos de información y transparencia en materia de gobierno corporativo, comprendiendo la obligación de dar una explicación razonada de la desviación, por parte de la sociedad, respecto de las recomendaciones de buen gobierno o de los propios criterios que en esta materia haya adoptado y publicado, así como en materia de información financiera y de gestión constituye un pilar esencial.
- c) El **Código Unificado de Gobierno Corporativo de las Sociedades Cotizadas en Bolsa**<sup>232</sup>, recoge como elemento característico la voluntariedad, con sujeción

---

<sup>231</sup> El Informe de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los Mercados y en las Sociedades Cotizadas, de 8 de enero de 2003, elaborado por mandato del Consejo de Ministros en su reunión de 19 de julio de 2002, que acordó la creación de esta comisión especial de carácter técnico para el estudio de criterios y pautas a que deben someterse las sociedades emisoras de valores e instrumentos admitidos a negociación en los mercados organizados, en su relaciones con los consultores, analistas financieros y las demás empresas, personas y entidades que las asisten o prestan sus servicios profesionales, así como las que han de regir entre estas últimas, con la finalidad de aumentar la transparencia y la seguridad en los mercados financieros, a la luz de los cambios estructurales, la actual economía globalizada y las tendencias de los mercados internacionales. Además de un específico mandato de analizar el estado de situación y grado de asunción del Código de Buen gobierno de las Sociedades Cotizadas. El Informe toma el nombre del Presidente de esta comisión Enrique de Aldama y Miñón.

*Vid.* en [http://www.cnmv.es/Portal\\_Documentos/Publicaciones/CodigoGov/INFORMEFINAL.PDF](http://www.cnmv.es/Portal_Documentos/Publicaciones/CodigoGov/INFORMEFINAL.PDF)

<sup>232</sup> Este instrumento aparece por efecto de la ORDEN ECO/3722/2003, de 26 de diciembre, sobre el informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades, que encomendó a la Comisión Nacional del Mercado de Valores que

al principio de “cumplir o explicar”. Es decir, en base este principio, conocido internacionalmente como “*Comply or explain*” se obliga a las sociedades cotizadas españolas a consignar en su Informe Anual de Gobierno Corporativo el grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo o, en su caso, la explicación de la falta de seguimiento de dichas recomendaciones”. Este código da un nuevo impulso a las Recomendaciones formuladas por el código Olivencia y el Informe Aldama y los desarrolla teniendo muy presentes las recomendaciones de la Comisión Europea de 15 de febrero de 2005.

El modelo español de 2010 presentaba significativas coincidencias, *mutatis mutandis*, con el modelo americano y con el Italiano, y como sostenía NIETO MARTÍN en nuestro Derecho penal la *Compliance* ha venido a surgir también de nuestro propio Derecho, pues si analizando que era ya para el Derecho Penal español un *Compliance Program* o incluso que aporta el Derecho español al concepto de *Compliance Program* en el 2010, ya podíamos traducirlo en un sistema de control social empresarial, que se alimentaba de fuentes diversas: del Derecho Administrativo, del Derecho Laboral, del Derecho Tributario, que traía la autorregulación regulada como por ejemplo la Prevención de riesgos laborales, o la normativa sobre blanqueo capitales que propugnaba la necesidad de controles internos, entre otras normas. Veíamos ya entonces que si una empresa tenía todo esto ya tenía un poco andado el camino hacia los *Compliance Programs*. Si a ello le añadíamos los códigos éticos, los canales de denuncia, la responsabilidad social corporativa (medio ambiente, y para algunas medio ambiente y mecenazgo), las Auditorías internas, que también puede ser utilizado para prevenir comportamientos, y las ISOS y estándares de calidad (Medioambiente, prevención, seguridad de la información, etc.): certificados de calidad. Tenemos que coincidir con NIETO MARTÍN en que todo esto ya era materia de *Compliance*.

Ahora bien, más allá del conjunto limitadísimo de circunstancias atenuantes de la RPPJ, que propugnaban la idea de reparación, de admisión de la culpa y de colaboración absoluta con la Administración de Justicia, había que señalar que existía

---

elaborara un documento único sobre gobierno corporativo con las recomendaciones existentes, que a la sazón contenidas en los llamados código de Olivencia e Informe Aldama. El 19 de mayo de 2006, el Grupo Especial de Trabajo Sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas publicó su informe en el que recoge como Anexo I el Código Unificado de Buen Gobierno y como Anexo II las Recomendaciones complementarias al Gobierno CNMV e Instituciones Financieras.

Vid. en <http://www.cnmv.es/Portal/Legislacion/COBG.aspx>

una profunda diferencia con el sistema norteamericano. Nuestro Código Penal de 2010 no confería expresamente el carácter de circunstancia eximente a la colaboración en la investigación o en el descubrimiento del culpable. El sistema español no recogía ninguna circunstancia eximente de forma expresa, tan solo recogía de forma expresa circunstancias modificadoras de la responsabilidad penal, esto es, atenuantes o agravantes. Sin embargo, eran muchos los autores que propugnaban la posibilidad de que se obtuviera la exoneración de RPPJ a través de un *Effective Compliance Program Penal*.

Con la reforma del CP que operó la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, se instaura definitiva y expresamente la exoneración de RPPJ a través de un Compliance Program, así como las atenuantes para ambas vías de imputación para el caso en el que las circunstancias requeridas para la exoneración solo puedan ser objeto de “acreditación parcial”.

Vamos a dedicar la segunda parte de este trabajo a analizar qué consecuencias ha tenido esta decisión sobre el fundamento de la responsabilidad de las personas jurídicas y las consecuencias penales y procesales que se derivan de ella.

## **SEGUNDA PARTE: FUNDAMENTO Y EXENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA.**

### **1. El sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica en el código penal español.**

Un sistema se define como el conjunto ordenado de normas y procedimientos con que funciona o se hace funcionar algo. En el ámbito de la RPPJ en España es el conjunto de elementos establecidos por las normas vigentes en España y su funcionamiento, configurando una realidad concreta y diferenciada de otros sistemas. Abordar el sistema de RPPJ en el Código Penal español nos permite conocer todos los aspectos del funcionamiento de dicha responsabilidad y las particularidades del mismo.

En nuestro sistema se distinguen claramente elementos genuinos que los diferencian del sistema seguido en otros países, inclusive de aquellos a los que más se le pudiera parecer, como sería el caso del sistema italiano. Por lo que el abordaje del modelo de RPPJ y del fundamento de la misma debe tener en consideración esas especiales particularidades del sistema español. No hacerlo puede llevar a planteamientos que no habrían tenido en cuenta la globalidad y especificidad del sistema español, con riesgo de importantes omisiones o imprecisiones.

Es preciso pues, con carácter previo a cualquier tipo de análisis que se quiera realizar en el ámbito de la RPPJ, tener en consideración el particular y específico sistema que el Código Penal español ha configurado, así como delimitar el concepto y alcance de los “nuevos elementos” que forman dicho sistema. Todo ello tiene especial relevancia en el campo del análisis del Modelo de RPPJ adoptado por el legislador español, y tiene importantes consecuencias a la hora de delimitar los conceptos de Injusto y Culpabilidad de la persona jurídica, las circunstancias atenuantes, las eximentes y los efectos que los *Programa de cumplimiento* tienen sobre éstas.

Veamos a continuación los elementos que conforman el singular sistema español de RPPJ.

## **1.1. Elementos del sistema.**

Siguiendo en gran medida la línea expuesta por ZUGALDÍA ESPINAR<sup>233</sup>, aunque con nuestras implementaciones, el Sistema de Responsabilidad Criminal de las PJ en el Código Penal español se caracteriza por ser un sistema de doble vía, de responsabilidad criminal directa, independiente, y acumulativa, con sujetos activos limitados, con un catálogo de delitos cerrado, con su propio catálogo de penas y un sistema de determinación de la misma propio, con un “blindaje para evitar su burla”, por contar con sus propias reglas de responsabilidad civil “*ex delicto*”, sus propias reglas procesales, un régimen de medidas cautelares propio, con un sistema de atenuantes y eximentes propias, y por la creación o implementación de toda una serie de conceptos nuevos específicos para las PJ. Veamos a continuación estos elementos:

### **a) Un sistema de doble vía.**

El artículo 31.bis del CP dispone dos vías distintas de imputación<sup>234</sup> a las PJ, partiendo del delito que haya cometido una persona física dentro de su estructura. Distingue así dos tipos de personas físicas distintas, cuyo actuar delictivo se conecta con la PJ a través del llamado “hecho de conexión”. Así de un lado, tenemos a los representantes legales o aquellos que, “*actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la PJ estén autorizados para tomar decisiones en su nombre u ostenten*

---

<sup>233</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “España. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo) AAVV, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. – MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. (dirs.), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 217 y ss.: “A) Sistema de doble vía, B) Sistema de responsabilidad criminal acumulativa, C) Sistema de responsabilidad criminal directa, d) Sistema de sujetos activos limitados, e) sistema de numerus clausus, f) Sistema con su propio catálogo de penas, H) Sistema blindado para evitar su burla, I) Sistema con sus propias reglas de responsabilidad civil “Ex Delicto”, I) Sistema con sus propias reglas procesales”.

<sup>234</sup> Así el art. 31.bis.1 del Código Penal establece que: “*En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.*”

*facultades de organización y control dentro de la misma”.*

CUGAT MAURI<sup>235</sup>, entiende que cabe la interpretación restrictiva por la que los administradores de hecho queden excluidos de la primera vía de imputación, en relación a las consecuencias de la supresión de los administradores de hecho en la reforma de 2015. En tal caso, y aunque, en principio, éstos no podrían actuar como fuente de transmisión de responsabilidad penal a la PJ, podría acudirse a otras vías, aunque no exentas de dificultades, como serían la “derivación de responsabilidades penales para la empresa por la eventual participación en los hechos del administrador formal o incluso el mando intermedio delegado”, exigiéndose pero que sea cuanto menos coautor y no partícipe. Y otra posibilidad sería la actuación del subordinado que actúa bajo las órdenes del administrador de hecho y tolerancia formal del administrador de derecho, en la que la RPPJ derivaría “*no tanto de la falta de control de los superiores, sino la falta del control debido. Así a su juicio, “cuando en la decisión delictiva interviene el administrador de hecho, solo parece posible derivar responsabilidad para la empresa:*

- a) *por los hechos de los administradores formales, cuando puedan considerarse, coautores junto con el administrador de hecho, en cuyo caso, a las dificultades de afirmar el condonamiento del hecho se suman las relativas a la difícil delimitación entre autoría y participación.*
- b) *por los hechos de los subordinados cometidos bajo las órdenes del administrador de hecho y la pasividad u omisión de los debidos controles de sus administradores formales, aunque al precio de pervertir el significado de la vía de imputación por descontrol”.*

Por otro lado, el código penal español también atribuye la responsabilidad penal a las personas jurídicas por hecho cometidos por las personas físicas subordinadas a los anteriores.

Cabe señalar que se exige además que en ambos casos hubieren actuado en “*beneficio directo o indirecto de la PJ*”. Recordemos que en la primera vía se requiere que se hubiere cometido el delito “*por representantes legales o por aquellos que*

---

<sup>235</sup> CUGAT MAURI, M., “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las Compliance”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV (2015), pp. 950 y ss.

*actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la PJ, están autorizados para tomar decisiones en nombre*” de la PJ “*u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma*”. Para la segunda vía de imputación se requiere que habrían de haber actuado “siempre” en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta de las PJ, y que hubieren podido realizar los hechos “*por haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso*”.

Así, *a priori* parece que se responsabiliza en todo caso a los “directivos” de la PJ bien por el actuar directo, bien por no haber ejercido el debido control. Sin embargo, tal planteamiento a nuestro juicio no es del todo correcto habida cuenta la existencia de otros elementos a tomar en consideración. Pues tal planteamiento nos conduciría a un modelo de Heterorresponsabilidad, y como veremos no es así. El mismo artículo 31.bis, en apartados posteriores<sup>236</sup> establece exenciones de RPPJ cuando se acredite la implementación, y vigencia de un *Effective Compliance Program*, para las dos vías de imputación. Y para la primera, exige además que el “directivo” hubiera saltado con pértila todos los controles establecidos. Sin olvidar que el artículo 31.ter del CP dispone que la RPPJ será exigible “siempre que se constate la comisión del delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas”, aunque la persona física que sea responsable en cuestión no haya sido individualizada. Igualmente, si no hubiera sido posible dirigir el procedimiento contra la persona física

---

<sup>236</sup> *Vid. et cfr.* Artículos 31.bis.2 y .3, y el artículo 31.bis.4 del Código Penal en su redacción dada con la reforma operada por la Ley 1/2015, de 30 de marzo de reforma del Código Penal. Así el artículo 31.bis.2 dispone que: “*Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1.<sup>a</sup> el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.<sup>a</sup> la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3.<sup>a</sup> los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y 4.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> (...)*”. El artículo 31.bis.3 del Código Penal establece que: “*En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.<sup>a</sup> del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.*”

Por otro lado, el art. 31.bis.4 establece que: “*Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.*”

responsable, seguirá exigiéndose RPPJ.

En nuestra opinión cabría, además, la posibilidad de que se dieran simultáneamente las dos vías de imputación. Así podemos ya apuntar que en las dos vías de imputación del art. 31.bis.1 del CP se está “exigiendo” que la PJ controle que no exista un defecto de organización, que esté implantada y viva en la PJ una Cultura de Cumplimiento. Ello lo vemos tanto en las condiciones establecidas para la exención de responsabilidad en ambas vías de imputación. Condiciones que afectan especialmente a esos dos aspectos: Programa de cumplimiento y Cultura de Cumplimiento. Por ejemplo, VÁZQUEZ IRUZUBIETA<sup>237</sup> respecto de la primera vía de imputación señala que es preciso que el delito se haya podido llevar a cabo “*mediante autorización ad hoc o estatutaria, y que lo sea con facultad para tomar decisiones que sirvan de cobertura legal, de modo que el acto sea formalmente lícito, aunque la ilicitud esté presente en su contenido y resultado.*”

Por otro lado, JUANES PESES nos recuerda la controversia existente entorno a si el artículo 31 bis recepciona o no la teoría de la comisión del hecho, señalando como actúan las causas de exoneración de responsabilidad penal para la PJ, para postularse a favor de la teoría de la Conexión<sup>238</sup>. Ante la controversia existente podemos destacar la Circular 1/2016 de la FGE, y la STS 154/2016. La FGE realizó un profuso análisis de las vías de imputación a las PJ en su Circular 1/2016, postulándose en el sentido de mantener que en ambas vías se establecía un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial<sup>239</sup>. Por su parte, la STS 154/2016, se postuló en contra del modelo de transferencia<sup>240</sup>.

---

<sup>237</sup> VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado. Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo*, Atelier, Barcelona, 2015, p. 134.

<sup>238</sup> JUANES PESES, A., “Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Consideraciones generales y problemas sustantivos y procesales que dicha responsabilidad suscita”, AAVV JUANES PESES, A. (dir.) – DÍEZ RODRÍGUEZ, E. (coord.), *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Memento Experto, Francis-Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 9 y 10. Explica este autor que según el sistema del hecho de referencia o de conexión hay que distinguir la responsabilidad penal de las personas físicas referidas en el art. 31. Bis 1. a) y el de la propia PJ que surge “*cuando constatando el hecho de conexión se aprecia además un defecto de organización en la empresa. Se trataría pues, de dos responsabilidades distintas que interactúan conjuntamente.*” Señalando los requisitos en base a la Teoría de la Conexión que serían: “*1º Comprobar la comisión por las personas físicas a las que se refiere el artículo 31 bis del CP de un delito de los previstos, entre otros, en los artículos 156 bis, 177 bis, 189 bis, 197, 251 bis, 261 bis, 264, 288, 301, 310 bis, 318 bis, 319, 327, 328, 343, 348, 369 bis, 399 bis, 427, 430, 445 y 576 bis; y 2º Apreciar un defecto de organización por parte de la empresa o sociedad*”. Vid. p. 12 y ss.

<sup>239</sup> Vid. la Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, de 22 de enero de 2016 de la Fiscalía General del Estado, pp. 3 a 10.

<sup>240</sup> Vid. *Infra*, con más detalle en relación a las vías de imputación.

Conviene señalar también que las dos vías de imputación del artículo 31 bis 1 a) y b) del CP recogen toda una serie de elementos, algunos de los cuales con la reforma de 2015 han cambiado desde su introducción en el año 2010. Así debemos tener en consideración conceptos como “beneficio directo o indirecto” que sustituye “en provecho de”, “**incumplimiento grave**” de los deberes de supervisión, vigilancia y control, sin olvidar que los delitos han de haber sido cometidos “en nombre o por cuenta” de la PJ en la primera vía de imputación, y en el “ejercicio de sus actividades sociales”. En este sentido, como resalta GONZÁLEZ CUSSAC<sup>241</sup>, el cambio a la locución “**en beneficio directo o indirecto de las mismas**” “supone una ampliación del ámbito típico del art. 31 bis”, permitiéndose incluir ahora los beneficios que impliquen un ahorro de costes para la empresa, lo cual si la empresa reinvirtiera ese beneficio crearía una desigualdad de oportunidades, una injusta ventaja sobre las otras en el mercado, pudiendo llegar a desbancar o eliminar las que sí cumplen, como bien señala SERRANO ZARAGOZA<sup>242</sup>. Compartimos a su vez, la crítica al concepto de “**gravemente**” que formula GONZÁLEZ CUSSAC, por cuanto queda como una “cláusula abierta, flexible e indeterminada”, además indica, el incumplimiento “no grave” debería estar en su legislación extrapenal correspondiente.

**b) Un sistema de responsabilidad criminal acumulativa, pero a la vez independiente.**

Decimos que la responsabilidad penal de la PJ es acumulativa por cuanto la apertura de un proceso a la persona física no lo cierra (necesariamente) a la PJ, como tampoco la condena a la persona física no excluye la condena a la PJ, ni viceversa. Por lo que, se acumula una responsabilidad criminal a otra. La responsabilidad criminal de las personas físicas no se verá excluida por la de las PJ ni tampoco a la inversa. Por lo

---

<sup>241</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31bis, ter, quáter y quíñquies”, AAVV GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.) – MATALLÍN EVANGELIO, A. (coord.) – GÓRRIZ ROYO, E. (coord.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 179.

<sup>242</sup> SERRANO ZARAGOZA, O., ha venido a exponer esta idea de ventaja injusta y desplazamiento del mercado a los competidores que actúan conforme a Derecho, resaltando sus efectos nocivos para el sistema y para los consumidores mismos. Citando, por ejemplo, su conferencia pronunciada con motivo de la jornada “Fòrum de debat sobre el Compliance i el govern corporatiu. Claus per delimitar la resposta penal contra directius, *Compliance officers i persones jurídiques*”, celebrada en la Universitat Internacional de Catalunya, el 24 de marzo de 2017, o en la Jornada Técnica organizada por la SEIDA y la Fundación Mapfre sobre “Compliance y responsabilidad de los administradores”, celebrada el 24 de noviembre de 2016 en la sede de la Unión Catalana de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, Barcelona.

que son responsabilidades conectadas, por el llamado “hecho de conexión”, pero independientes en casi todo lo demás.

Es por ello que se dice que se trata de una responsabilidad criminal acumulativa. Se acumula la responsabilidad de la persona física a la de la PJ, pudiendo ser condenadas las dos por el mismo hecho. El artículo 31.bis del CP dispone que “en los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:” de delitos cometidos por persona física - en las dos vías de imputación-bajo determinadas circunstancias.

De lo que resulta que serán responsables la persona física que materialmente realiza el hecho (caso de ser hallada, y siempre que no quede eximida de responsabilidad) y la PJ (salvo el caso en el que pueda quedar exonerada de responsabilidad criminal.)

En el supuesto de ser condenadas la persona física y la PJ, por esos mismos hechos, y se impusiere a ambas una pena de multa, de conformidad con lo que establece el art. 31.ter.1 del CP, los Jueces y Tribunales modularán las respectivas cuantías, de tal forma que la suma final no resulte desproporcionada en relación con la gravedad del ilícito penal cometido. Es precisamente por esa acumulación que se pondrá a fin de fijar una sanción proporcionada.

### c) La llamada responsabilidad criminal directa.

Ciertamente, también es una responsabilidad criminal independiente, pues reza el art. 31.ter.2 del CP que “*la concurrencia en las persona física que hayan realizado los hechos o en aquellas persona física que hayan hecho posible que estos ocurran 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 persona física hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de las atenuantes específicas para la PJ*”. Y conviene recordar aquí también que la RPPJ será siempre exigible cuando se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas (refiriéndose a las dos vías de imputación que establece el art. 31.bis a) y b) del CP), aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento

contra ella. ZUGALDÍA ESPINAR<sup>243</sup>, certeramente expone que la PJ “puede ser perseguida y sancionada sin que ello esté condicionado o subordinado en absoluto a la paralela persecución y sanción de una persona física”. Por lo que, salvo los casos en que la PJ quedará exonerada de responsabilidad penal, ésta responderá directamente, con independencia que finalmente lo haga la persona física, por no haber podido ser identificada o por no ser hallada.

Sin embargo, llegados a este punto resulta necesario introducir una cuestión que ha resultado harto controvertida por la doctrina y que desarrollamos *in extenso* más adelante. Y es que si bien el mismo hecho, un delito por ejemplo de vertidos tóxicos (ex art. 325 del CP) es el que genera responsabilidad criminal, a la PJ esa responsabilidad solo podrá serle exigida si carece de lo requerido en los artículos 31.bis.2 y 31.bis.4 en relación con el art. 31.bis 5 del vigente CP. En caso contrario, en el supuesto planteado, la persona física sería condenada pero la PJ no. Es decir, que cabe también esa independencia en la responsabilidad<sup>244</sup>.

#### **d) Un sistema de sujetos activos limitados.**

No todas las personas jurídicas de nuestro ordenamiento jurídico son para el Código Penal posibles responsables del delito. Existe pues una limitación de tipos de personas jurídicas concreta determinada por el legislador para las cuales no resulta de aplicación la RPPJ.

Por otro lado, recordemos que la primera vez que en un código penal español se hablaba de RPPJ<sup>245</sup> se hacía con la concepción de que la PJ todavía no era un posible sujeto activo, imputable como tal.

---

<sup>243</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. en “España. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. – MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. (dirs.) *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 233.

<sup>244</sup> *Vid. infra* Segunda parte, epígrafe 4.1.

<sup>245</sup> Así ocurrió con la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, modificándose el artículo 31 y el 129, entre otros. Véase que en el apartado II de su Exposición de Motivos dice: “*I) Se aborda la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al establecerse que cuando se imponga una pena de multa al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica por hechos relacionados con su actividad, ésta será responsable del pago de manera directa y solidaria. Asimismo, en los supuestos de tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, se prevé la posibilidad de que, si el delito se ha cometido a través de una sociedad u organización ésta, además de poder ser clausurada, suspendida en su actividad, disuelta o intervenida, pueda ser privada del derecho a obtener beneficios fiscales y puedan ser sus bienes objeto de comiso.*”

Con la LO 5/2010 de 22 de junio de reforma del CP se puede decir que las personas jurídicas pasaban a formar parte del elenco de sujetos activos posibles, con capacidad de ser imputados, enjuiciados y condenados, al mismo nivel –*mutatis mutandis*- que una persona física. En esa primera concepción, de acuerdo con aquel art. 31.bis 5 se dejaron fuera a las siguientes personas jurídicas: Estado, Administraciones Públicas territoriales e institucionales, Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, los Partidos Políticos, los Sindicatos, las organizaciones internacionales de derecho público. Quedaban también excluidas aquellas personas jurídicas que ejercieran potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se tratase de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. Si bien en estos supuestos, también decía el art. 31.bis. 5 que los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal. Por parte de la mayoría de la doctrina fue criticada la exclusión de partidos políticos y sindicatos, y finalmente la LO 7/2012, de 27 de diciembre<sup>246</sup>, que a través de su artículo único modificó el apartado 5 del art. 31.bis del CP de 2010, los incluyó.

Sin embargo, como bien señala ALARCÓN GARRIDO<sup>247</sup> en lo relativo al sector público estatal, las Sociedades mercantiles Estatales fueron objeto de gran controversia, puesto que la OCDE en su informe de 2012 del Grupo de Trabajo mostró preocupación al respecto y alertó que “en España la exclusión de la responsabilidad penal de estas sociedades es aún más preocupante por el hecho de en muchos casos están controlados por gobiernos regionales”, recomendando que se procediera a efectuar las reformas necesarias para aclarar que las Sociedades Estatales eran plenamente responsables del

---

<sup>246</sup> Su exposición de motivos rezaba así: “II. En primer lugar, se modifica la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la finalidad de incluir a partidos políticos y sindicatos dentro del régimen general de responsabilidad, suprimiendo la referencia a los mismos que hasta ahora se contenía en la excepción regulada en el apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal. De este modo se supera la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación, y se extiende a ellos, en los supuestos previstos por la ley, la responsabilidad por las actuaciones ilícitas desarrolladas por su cuenta y en su beneficio, por sus representantes legales y administradores, o por los sometidos a la autoridad de los anteriores cuando no haya existido un control adecuado sobre los mismos.”

<sup>247</sup> ALARCÓN GARRIDO, A., *Manual teórico-práctico del Compliance Officer*, Sepín, Madrid, 2016, p. 58.

delito del actual art. 286.ter CP<sup>248</sup>. Siendo por ello, en opinión de este autor<sup>249</sup>, que la LO 1/2015, incluyó a las Sociedades mercantiles Estatales en su artículo 31 quinquies, si bien limitando las penas previstas a las de multa (ex art. 33.7.a del CP) y la intervención judicial (ex art. 33.7.g del CP).

Cabe señalar que para las entidades que no respondan por el art. 31.bis establecido como RPPJ, por carecer de personalidad jurídica, sigue de aplicación el artículo 129 del Código Penal, pudiendo serles impuestas las consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto<sup>250</sup> en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Pudiéndose acordar, además, la prohibición del ejercicio de cualquier actividad, aunque ésta fuere lícita.

Acerca de los sujetos responsables se han venido formulando numerosas cuestiones<sup>251</sup> entorno a la delimitación del concepto de PJ imputable, acerca de la responsabilidad penal de las franquicias, las multinacionales, las Uniones Temporales de Empresas, los grupos de empresas, ante la comisión de delitos transnacionales, sociedades que administran otras sociedades, sociedades extranjeras, etc. Aunque no es objeto de este trabajo dicha delimitación, entendemos que de *lege ferenda* el legislador debería señalar con precisión qué PJ responden por vía del artículo 31.bis del CP y cuáles no.

FEIJOO SÁNCHEZ<sup>252</sup> aborda interesantes cuestiones que en la praxis han de

---

<sup>248</sup> Relativo a los Delitos de corrupción en los negocios, corrupción entre particulares referida a autoridad o funcionario público para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales.

<sup>249</sup> Además, será, apunta ALARCÓN GARRIDO, A., “el análisis del concreto fin público que desarrolla cada sociedad el que determine la calificación y relevancia del servicio prestado, pues el concepto de servicio público, desde una perspectiva funcional del patrimonio público, no ha de entenderse ligado o encorsetado por categorías administrativas, como interpreta la más reciente jurisprudencia en relación con el subtipo agravado del vigente art. 432.3.c del CP (STS 277/2015 de 3 de junio)”. Vid en *Manual teórico-práctico del Compliance Officer*, Sepín, Madrid, 2016, p. 59.

<sup>250</sup> El artículo 33.7 del Código Penal establece las penas aplicables a las personas jurídicas, -estableciendo que todas tienen la consideración de graves-. Las letras c) a g) del citado artículo recogen: la suspensión de actividades, la clausura de locales, la prohibición de realizar actividades, la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, y la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.

<sup>251</sup> Así, FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., nos recuerda que “la Circular 1/2011 de la FGE en relación con las Uniones Temporales de Empresas, que se puede extender a Joint Ventures u otro tipo de acuerdos estratégicos entre personas jurídicas a las que no se dota de personalidad jurídica o que no se formalizan en un nueva sociedad”, a las que no les será de aplicación el artículo 31 bis sino el 129 del Código Penal. En sentido contrario a este planteamiento cita a NIETO MARTÍN.

<sup>252</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal”, AAVV BAJO FERNÁNDEZ, M. – FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, 2<sup>a</sup> Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 58 y ss. Plantea y resuelve interesantes cuestiones como la posibilidad de cooperación judicial y comisiones rogatorias para llevar adelante la instrucción y también la posibilidad de condena en ausencia de las personas jurídicas

surgir, en relación a las cuestiones suscitadas en torno a la nacionalidad de la PJ, puesto que de acuerdo con el artículo 23 de la LOPJ si el hecho delictivo se comete en territorio español o de ese hecho son competentes los órganos jurisdiccionales españoles dicha nacionalidad sería irrelevante. O también en relación a PJ extranjeras que tienen sucursales o unidades de producción en España a las que no han dotado de personalidad jurídica, para las que propone o bien “aplicar el artículo 129 del Código Penal accesoriamente a la responsabilidad penal de la persona física o recurrir a la amplia utilización del principio de ubicuidad en nuestra jurisprudencia, imputarle a la persona jurídica extranjera el delito cometido en España.”

**e) Un sistema de *numerus clausus* de delitos por los que responden las PJ imputables. Tipología de delitos.**

El listado de delitos que la LO 5/2010, de 22 de junio, vino a determinar por los que puede ser condenada una PJ era cerrado, no entraban todos. Al legislador se le criticó entonces, la exclusión de determinados delitos que se podrían dar en ámbitos como la construcción y contra los trabajadores. Y lo cierto, es que dicha omisión no parece justificable, y tampoco ha sido introducida en la reforma posterior del Código Penal.

Posteriormente, con la LO 6/2011, de 30 de junio se introdujo el delito de contrabando, y con la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo se incluyeron los delitos de falsificación de moneda, de discriminación y de financiación ilegal de partidos políticos. Sin olvidar que la reforma de 2015 modificó no pocos artículos que ya formaban parte de ese *numerus clausus* para las PJ.

Veamos en el siguiente cuadro el listado completo de delitos de la RPPJ:

---

extranjeras, pudiendo entonces si la pena de multa ser ejecutada en España u otro país de la UE, si fuera el caso, entre otras posibilidades. También ha desarrollado este tema en profundidad ESTEBAN DE LA ROSA, F., “Competencia internacional de los Tribunales españoles para conocer de los delitos cometidos por personas jurídicas”, AAVV ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. – MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. (coords.), *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 378 y ss. Que entiende necesaria una reforma legislativa que clarifique situaciones como el levantamiento del velo de matriz extranjera o en relación a sociedades extranjeras no reconocidas, así como modificaciones para delitos cometidos en el extranjero por sociedades vinculadas con España de modos distintos a la nacionalidad, y problemas derivados de la dissociación entre lugar de la acción y domicilio social.

| GRUPO DE DELITOS   | UBICACIÓN  | DELITO   | TIPOS PENALES <sup>253</sup> | RPPJ señalada en art. | AÑO de introducción      |
|--|--|--|------------------------------|-----------------------|--------------------------|
| Tráfico de órganos humanos                               | CP : LIBRO II, TÍTULO III. DE LAS LESIONES   | Tráfico de órganos humanos                             | art. 156.bis                 | 156.bis               | 2010                     |
| Trata de seres humanos                                   | CP: LIBRO II, TÍTULO VII BIS. DE LA TRATA DE SERES HUMANOS   | Trata de seres humanos                                 | 177.bis*                     | 177.bis*              | 2010. modificado en 2015 |
| Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores | CP, LIBRO II,TÍTULO VIII: DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES, CAPÍTULO V. DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCIÓN Y LA EXPLOTACIÓN SEXUAL Y CORRUPCIÓN DE MENORES | Prostitución y corrupción de menores                   | 187*<br>188*<br>189*         | 189.bis               | 2010                     |
| Descubrimiento y revelación de secretos                  | CP, LIBRO II, TÍTULO X, DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD, EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO, CAPÍTULO I. DEL DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS       | Delitos contra la intimidad y allanamiento informático | 197*<br>197 bis*<br>197 ter* | 197.quinqués*         | Introducido 2015         |

<sup>253</sup> Se dejan al margen tipos penales que por sus características no pueden realizar PJ, como por ejemplo el artículo 428 (tráfico de influencias por funcionario público o autoridad) en el que la persona física no sería ninguna de las previstas en el artículo 31 bis 1 del CP.

|                                |   |   |                                 |             |                     |
|--------------------------------|---|---|---------------------------------|-------------|---------------------|
| Estafas                        | CP, LIBRO II,<br>TÍTULO XIII,<br>DELITOS CONTRA<br>EL PATRIMONIO Y<br>CONTRA EL ORDEN<br>SOCIOECONÓMICO,<br>CAPÍTULO VI, DE<br>LAS<br>DEFRAUDACIONES,<br>SECCIÓN 1ª. De las<br>estafas. | Estafa propia   | 248, 249*                       | 251.bis     | 2010                |
|                                |   | Supuesto agravado   | 250*                            |             |                     |
|                                |   | Estafa impropia   | 251                             |             |                     |
| Frustración de<br>la ejecución | CP, LIBRO II,<br>TÍTULO XIII,<br>DELITOS CONTRA<br>EL PATRIMONIO Y<br>CONTRA EL ORDEN<br>SOCIOECONÓMICO,<br>CAPÍTULO VII,<br>FRUSTRACIÓN DE<br>LA EJECUCIÓN                             | Alzamiento de<br>bienes   | 257*                            | 258. ter    | 2010                |
|                                |   | En procedimiento<br>de ejecución o<br>administrativo              | 258*                            |             |                     |
|                                |   | Uso de bienes<br>embargados                                       | 258 bis*                        |             |                     |
| Insolvencias<br>punibles       | CP, LIBRO II,<br>TÍTULO XIII,<br>DELITOS CONTRA<br>EL PATRIMONIO Y<br>CONTRA EL ORDEN<br>SOCIOECONÓMICO,<br>CAPÍTULO VII BIS,<br>DE LAS<br>INSOLVENCIAS<br>PUNIBLES                     | Insolvencias<br>punibles:<br>concurso<br>punibles                 | 259*,<br>259.bis*,<br>260*, 261 | 261.bis     | 2010                |
| Daños                          | CP, LIBRO II,<br>TÍTULO XIII,<br>DELITOS CONTRA<br>EL PATRIMONIO Y<br>CONTRA EL ORDEN<br>SOCIOECONÓMICO,<br>CAPÍTULO IX, DE<br>LOS DAÑOS  | Daños en<br>propiedad ajena                                       | 263*                            | 264. quater | Introducido<br>2015 |
|                                |   | Daños<br>informáticos   | 264*                            |             |                     |
|                                |   | Supuestos<br>agravados  | 264 bis*                        |             |                     |
|                                |   | Facilitación de<br>medios para<br>crakeo e sistema<br>informático | 264 ter*                        |             |                     |
| Propiedad                      | CP, LIBRO II,   | Delitos relativos a   | 270*                            | 288         | 2010.               |

|                           |   |   |      |      |                             |
|---------------------------|---|---|------|------|-----------------------------|
| intelectual               | TÍTULO XIII,<br>DELITOS CONTRA<br>EL PATRIMONIO Y<br>CONTRA EL ORDEN<br>SOCIOECONÓMICO,<br>CAPÍTULO XI, DE<br>LOS DELITOS<br>RELATIVOS A LA<br>PROPIEDAD<br>INTELECTUAL E<br>INDUSTRIAL, AL<br>MERCADO Y A LOS<br>CONSUMIDORES,<br>SECCIÓN 1ª. De los<br>delitos relativos a la<br>propiedad intelectual.                 | la propiedad<br>intelectual                                 |      |      | modificado<br>2015          |
| Propiedad<br>industrial   | CP, LIBRO II,<br>TÍTULO XIII,<br>DELITOS CONTRA<br>EL PATRIMONIO Y<br>CONTRA EL ORDEN<br>SOCIOECONÓMICO,<br>CAPÍTULO XI, DE<br>LOS DELITOS<br>RELATIVOS A LA<br>PROPIEDAD<br>INTELECTUAL E<br>INDUSTRIAL, AL<br>MERCADO Y A LOS<br>CONSUMIDORES,<br>SECCIÓN 2ª. De los<br>delitos relativos a la<br>propiedad industrial. | Supuestos<br>agravados                                      | 271* |      |                             |
|                           | Sobre patente o<br>modelo de<br>utilidad, o<br>producto obtenido<br>por proceso<br>patentado  | 273   |      |      |                             |
|                           | Sobre marcas y<br>título de<br>obtención vegetal  | 274*  | 288  | 2010 |                             |
|                           | Sobre<br>denominación de<br>origen o<br>indicación<br>geográfica  | 275   |      |      |                             |
| Mercado y<br>consumidores | CP, LIBRO II,<br>TÍTULO XIII,<br>DELITOS CONTRA<br>EL PATRIMONIO Y<br>CONTRA EL ORDEN<br>SOCIOECONÓMICO,<br>CAPÍTULO XI, DE<br>LOS DELITOS  | Descubrimiento y<br>revelación de<br>secretos de<br>empresa | 278  |      | 2010.<br>modificado<br>2015 |
|                           | Difusión<br>revelación o<br>cesión de un<br>secreto de  | 279   | 288* |      |                             |

|                    |   |   |  |     |      |
|--------------------|---|---|--|-----|------|
|                    | RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL, AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES, SECCIÓN 3ª. De los delitos relativos al mercado y consumidores. | empresa<br>Modalidad participativa<br>Desabastecimiento de materias primas<br>Publicidad falsa o engañosa<br>Fraude de inversores y de crédito<br>Facturación fraudulenta<br>Manipulaciones de mercados y de cotizaciones bursátil<br>Utilización indebida de información privilegiada<br>Facilitación ilegal de acceso a servicios de radiodifusión y televisión | 280<br>281<br>282<br>282.bis<br>283<br>284<br>285<br>286 |     |      |
| Corrupción privada | CP, LIBRO II, TÍTULO XIII, DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO, CAPÍTULO XI, DE   | Corrupción entre particulares y deportiva   | 286 bis*   | 288 | 2015 |
|                    |   | Corrupción de autoridad o funcionario público   | 286 ter*   |     |      |

|   |  |  |                                |          |      |
|---|--|--|--------------------------------|----------|------|
|   | LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL, AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES, SECCIÓN 4ª. Delitos de corrupción en los negocios.   | Supuestos de especial gravedad   | 286 quáter*                    |          |      |
| Blanqueo de capitales                             | CP, LIBRO II, TÍTULO XIII, DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO, CAPÍTULO XIVI, DE LA RECEPCIÓN Y EL BLANQUEO DE CAPITALES. | Blanqueo de capitales  | 301                            | 302      | 2010 |
| Financiación ilegal de partidos políticos         | CP, LIBRO II, TÍTULO XIII. BIS. DE LOS DELITOS DE FINANCIACIÓN ILEGAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS  | Financiación ilegal de partidos políticos  | 304 bis*                       | 304 bis* | 2015 |
| Contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social2 | CP, LIBRO II, TÍTULO XIV. DE LOS DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y LA SEGURIDAD SOCIAL.   | Defraudación a la Hacienda Pública<br><br>Supuestos de especial gravedad en los delitos de Defraudación a la Hacienda Pública<br><br>Defraudación a los Presupuestos Generales de la Unión Europea u otros administrados por | 305<br><br>305 bis<br><br>306* | 310 bis  | 2010 |

|   |   |   |          |          |                          |
|---|---|---|----------|----------|--------------------------|
|   |   | ésta  |          |          |                          |
|   |   | Defraudación a la Seguridad Social  | 307      |          |                          |
|   |   | Supuestos de especial gravedad en los delitos de Defraudación a la Seguridad Social         | 307 bis  |          |                          |
|   |   | Obtención fraudulenta de prestaciones de la Seguridad Social                                | 307 ter  |          |                          |
|   |   | Obtención fraudulenta de subvenciones o ayudas de las Administraciones Públicas             | 308      |          |                          |
|   |   | Incumplimiento de obligaciones, falsificación, simulación y ocultación de estados contables | 310      |          |                          |
| Contra los derechos de los ciudadanos extranjeros | CP, LIBRO II, TÍTULO XV BIS. DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS  | Facilitación de entrada o transito ilegal en territorio español                             | 318 bis* | 318 bis* | 2010.<br>Modificado 2015 |
| Edificación y urbanización ilegal                 | CP, LIBRO II, TÍTULO XVI. DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO, LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO HISTÓRICO Y EL MEDIO AMBIENTE. | Urbanización, construcción o edificación ilegal.  | 319      | 319      | 2010                     |

|   |  |  |          |      |      |
|---|--|--|----------|------|------|
|   | CAPÍTULO I. DE LOS DELITOS SOBRE LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO.  |  |          |      |      |
| Contra los recursos naturales y el medio ambiente | CP, LIBRO II, TÍTULO XVI. DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y EL URBANISMO, LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO HISTÓRICO Y EL MEDIO AMBIENTE. CAPÍTULO III. DE LOS DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE | Emisiones, vertidos, radiaciones y otras conductas que dañen el medio ambiente                                       | 325*     | 328* |      |
|   |  | Tratamiento ilegal de residuos   | 326*     |      |      |
|   |  | Almacenaje o utilización de sustancias peligrosas  | 326 bis* |      |      |
|   |  | Supuesto agravado  | 327*     |      |      |
| Vertidos o emisiones contaminantes                | CP, LIBRO II, TÍTULO XVII. DE LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD COLECTIVA. CAPÍTULO I. DE LOS DELITOS DE RIESGO CASTASTRÓFICO. SECCIÓN 1ª. De los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes.                       | Vertido, emisión, introducción en el aire, suelo o aguas, materiales o radiaciones ionizantes, y exposición a éstas. | 343      | 343  | 2010 |
| Riesgos por explosivos                            | CP, LIBRO II, TÍTULO XVII. DE LOS DELITOS CONTRA LA  | Actividades peligrosas por explosivos y otros agentes  | 348      | 348  | 2010 |

|                                 |   |   |             |      |      |
|---------------------------------|---|---|-------------|------|------|
|                                 | SEGURIDAD COLECTIVA.<br>CAPÍTULO I. DE LOS DELITOS DE RIESGO CASTASTRÓFICO.<br>SECCIÓN 3ª. De otros delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes |   |             |      |      |
| Delitos contra la salud pública | CP, LIBRO II,<br>TÍTULO XVII. DE LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD COLECTIVA.<br>CAPÍTULO III. DE LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA                             | Elaborar, despachar o suministrar sustancias o productos químicos nocivos         | 359         |      |      |
|                                 |   | Despachar o suministrar de forma ilegal estando autorizado                        | 360         |      |      |
|                                 |   | Actividades relacionadas con introducción en mercado de sustancias no autorizadas | 361*        | 366* | 2010 |
|                                 |   | Elaboración o producción de medicamentos o productos                              | 362*        |      |      |
|                                 |   | Facilitación de sustancias prohibidas   | 362 bis*    |      |      |
|                                 |   | Falso etiquetaje para cometer delito art. 362                                     | 362 ter*    |      |      |
|                                 |   | Supuesto agravado   | 362 quáter* |      |      |
|                                 |   | Facilitación de sustancias  | 362         |      |      |

|  |   |  |              |         |      |
|--|---|--|--------------|---------|------|
|  |   | prohibidas a deportistas   | quinquies*   |         |      |
|  |   | A distribuidores y comerciantes pongan en riesgo salud consumidores                | 363 sexies*  |         |      |
|  |   | Adulteración que pueda causar daños en salud personas                              | 364          |         |      |
| Tráfico de drogas                            | CP, LIBRO II, TÍTULO XVII. DE LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD COLECTIVA. CAPÍTULO III. DE LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA                     | Actividades relacionadas con drogas tóxicas y sustancias estupefacientes           | 368          | 369 bis | 2010 |
|  |   | Supuesto agravado  | 369          |         |      |
| Falsificación de moneda                      | CP, LIBRO II, TÍTULO XVIII. DE LAS FALSEDADES. CAPÍTULO I. DE LA FALSIFICACIÓN DE MONEDA Y EFECTOS TIMBRADOS.                                     | Actividades relacionadas con moneda falsa  | 386*<br>387* | 386.5*  | 2010 |
| Falsificación de tarjetas y cheques de viaje | CP, LIBRO II, TÍTULO XVIII. DE LAS FALSEDADES, SECCIÓN 4 <sup>a</sup> . De la falsificación de tarjetas de crédito y débito y de cheques de viaje | Creación, tenencia y uso de tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje falsos. | 399 bis      | 399 bis |      |
| Cohecho                                      | CP, LIBRO II, TÍTULO XIX. DELITOS CONTRA LA   | Cohecho  | (419*)       | 427 bis |      |
|  |   | Cohecho pasivo   | (420*)       |         |      |
|  |   | Cohecho pasivo impropio  | (422*)       |         |      |

|                                   |   |  |      |          |                             |
|-----------------------------------|---|--|------|----------|-----------------------------|
|                                   | ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.<br>CAPÍTULO V. DEL COHECHO.   | Extensión a profesionales designados judicialmente, administradores concursales o cualquier persona que participe en función pública | 423* |          |                             |
|                                   |   | Cohecho activo   | 424* |          |                             |
|                                   |   | Menor gravedad por parentesco en causa con reo y a su favor  | 425  |          |                             |
|                                   |   | Extensión internacional.   |      |          |                             |
| Tráfico de influencias            | CP, LIBRO II, TÍTULO XIX. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.<br>CAPÍTULO VI. DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS.   | Tráfico de influencias de particular a funcionario   | 429* | 430*     | 2010.<br>Modificado<br>2015 |
| Incitación al odio y la violencia | CP, LIBRO II, TÍTULO XXI. DELITOS CONTRA LA CONSTITUCIÓN.<br>CAPÍTULO I. DE LOS DELITOS RELATIVOS AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS. Sección 1º.<br><br>De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales | Delitos de odio  | 510* | 510 bis* | 2015                        |

|             |   |             |   |     |      |
|-------------|---|-------------|---|-----|------|
|             | y de las libertades públicas garantizadas por la constitución.  |             |   |     |      |
|             | CP, LIBRO II,<br>TÍTULO XXII,<br>CAPÍTULO VI, DE<br>LAS<br>ORGANIZACIONES<br>Y GRUPOS<br>TERROISTAS Y DE<br>LOS DELITOS DE<br>TERRORISMO.<br>SECCIÓN 2ª. De los<br>delitos de terrorismo <sup>254</sup> |             |   |     |      |
| Contrabando | LO 12/1995, de 12 de<br>septiembre de represión<br>del contrabando,<br>modificada por la LO<br>6/2011, de 30 de junio.  | Contrabando | 2 | 2.6 | 2011 |

Con anterioridad a la última de reforma del Código Penal de 2015 se planteó la posibilidad de que las PJ respondieran por “Faltas”, y si bien existió alguna condena en primera instancia en tal sentido se revocó en segunda instancia, y se concluyó<sup>255</sup> que al señalar el legislador que solo se refería a delitos había excluido las Faltas del ámbito de la RPPJ. Sin embargo, la L.O. 1/2015, de 30 de marzo hizo desaparecer las faltas y aparecer los **delitos leves**, de forma que ahora las PJ sí responden por ilícitos que con la

---

<sup>254</sup> Inexplicablemente el legislador ha dejado fuera a las PJ de delitos como el Terrorismo informático. Entendemos, que debe acometerse una reforma legislativa en tal sentido y con carácter de urgencia a tenor de la realidad existente en torno a la ciberdelincuencia.

<sup>255</sup> La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 26/2012, de 9 de febrero de 2012, rec. 232/2011, Ponente Dª. Ana María Ferrer García, resolvió absolver a una persona jurídica, cuya forma mercantil era de sociedad de responsabilidad limitada, en una apelación por faltas de estafa argumentando precisamente la falta de previsión expresa de responsabilidad por faltas en general, en nuestro código, y en concreto por la falta de estafa. Inicialmente el Juzgado de Instrucción nº 5 de Coslada dictó Sentencia el 30 de mayo de 2011 condenado a las personas físicas responsables por una falta de estafa del artículo 623.4 del entonces vigente Código Penal, y también condenó a la mercantil como autora de un delito de estafa del artículo 623.4 del CP. La PJ fue condenada a una pena de multa de 2 meses a razón de 100 euros de cuota diaria (6.000 euros de multa). La Sentencia de Apelación, en su Fundamento de Derecho Primero decía que solo era exigible la RPPJ “en los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos...”. Señalando que en todo caso se exige la comisión de un delito y no de una falta, por lo que no cupé una condena a una PJ ni en general ni en concreto por una falta de estafa.

\* Artículos afectados o introducidos por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

anterior regulación no respondían. Así, por ejemplo, una PJ responderá de un delito de estafa (ex art. 249 en relación con el art. 248 y 251 bis del CP) aunque la cuantía de lo estafado no supere los 400 euros. Con la previsión normativa anterior esto no sucedía.

Por otro lado, no podemos olvidar que la doctrina ha criticado que algunos delitos hubieran quedado fuera como por ejemplo los delitos contra los trabajadores. En nuestra opinión también debería recogerse el delito de acoso personal recogido en sus distintas formas en el artículo 172 ter del CP, especialmente para supuestos de acoso telefónico en los que resulta muy difícil identificar a la persona física. Así como también debería incluirse el delito de encubrimiento del artículo 451 del CP, y el terrorismo informático del artículo 573.2 del CP.

#### **f) Un sistema con su propio catálogo de penas**

Las penas previstas para las PJ se hallan principalmente en el Código Penal. En materia de contrabando debemos acudir a la L.O. 12/1995, de 12 de septiembre de represión del contrabando, modificada por la L.O. 6/2011, de 30 de junio.

Las penas para las PJ tienen todas la consideración de graves, así lo impone el artículo 33.7 del CP. En su catálogo hallamos desde multas hasta la llamada pena de muerte de la persona jurídica, que es la disolución. Veamos en el siguiente cuadro las penas previstas para las PJ:

| <b>UBICACIÓN DE LA PENA</b> | <b>TIPO DE PENA</b> | <b>CONTENIDO DE LA PENA</b>  |
|-----------------------------|---------------------|--|
| Art. 33.7.a) CP             | Multa por cuotas    | <u>Temporal</u> (Art. 50.3 CP): de 10 días a 5 años.<br>Por <u>Cuota diaria</u> (art. 50.4 CP): de 30 euros a 5.000 euros.   |
| Art. 33.7.a) CP             | Multa Proporcional  | (art. 52.4 CP) De ser <u> posible el cálculo</u> se hará en función del: beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida<br><u>De no ser posible el cálculo:</u><br>a) Multa de 2 a 5 años, si delito de la persona física prevé pena de prisión de más de 5 años. |

|                 |   |   |
|-----------------|---|---|
|                 |   | b) Multa de 1 a 3 años, si el delito de la persona física prevé prisión de más de 2 años y menos de 5.<br><br>c) Multa de 6 meses a 2 años, en el resto de casos.   |
| Art. 33.7.b) CP | Disolución de la persona jurídica   | La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.                     |
| Art. 33.7.c) CP | Suspensión actividades  | Por un plazo que no podrá exceder de cinco años.  |
| Art. 33.7.d) CP | Clausura de sus locales y establecimientos  | Por un plazo que no podrá exceder de cinco años.  |
| Art. 33.7.e) CP | Prohibición de realizar actividades.  | Se prohíbe la realización en el futuro de las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.<br><br>Esta prohibición podrá ser <u>temporal</u> , en cuyo caso no excederá de 15 años, o <u>definitiva</u> . |
| Art. 33.7.f) CP | Inhabilitación para: - <u>obtener</u> subvenciones y ayudas públicas, - <u>contratar</u> con el sector público y - <u>gozar</u> de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, | Por un plazo que no podrá exceder de 15 años.   |
| Art. 33.7.g) CP | Intervención judicial.  | Para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo  |

|   |  |   |
|---|--|---|
|   |  | que se estime necesario con el límite de 5 años.  |
| Art. 3.3, en relación con el art. 3.1 y 3.2, de la L.O. 12/1995, de 12 de septiembre de represión del contrabando, modificada por la L.O. 6/2011, de 30 de junio. | <p>En todos los casos:</p> <p><u>multa proporcional</u> y <u>prohibición de</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-<u>Obtener</u> subvenciones y ayudas públicas</li> <li>-<u>Contratar</u> con las Administraciones públicas</li> <li>-<u>Gozar de</u> beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.</li> </ul> | <p>La multa proporcional será del duplo al cuádruplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando.</p> <p>La prohibición será por un plazo de entre uno y tres años.</p> |

|  |   |   |
|--|---|---|
|  | <u>Adicionalmente<sup>256</sup> cuando art. 2.2:</u><br>Suspensión actividades importación, exportación o comercio. | suspensión por un plazo de entre seis meses y dos años de las actividades de importación, exportación o comercio de la categoría de bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando. |
|  | <u>cuando art. 2.3:</u><br>Clausura de locales o establecimientos.  | En dónde se hayan desarrollado las actividades.   |

Respecto de las **multas** impuestas a las PJ, conviene señalar que se les permite el fraccionamiento de la multa (ex art. 53.5 CP) durante un periodo de hasta 5 años si la cuantía pone en riesgo de supervivencia la PJ o el mantenimiento de los puestos de

---

<sup>256</sup> El artículo 2.2 de la L.O. 12/1995, de 12 de septiembre de represión del contrabando, modificada por la L.O. 6/2011, de 30 de junio establece que: “*Cometen delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 50.000 euros, los que realicen alguno de los siguientes hechos: a) Exporten o expidan bienes que integren el Patrimonio Histórico Español sin la autorización de la Administración competente cuando ésta sea necesaria, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito. b) Realicen operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia, circulación de: Géneros estancados o prohibidos, incluyendo su producción o rehabilitación, sin cumplir los requisitos establecidos en las leyes. Especímenes de fauna y flora silvestres y sus partes y productos, de especies recogidas en el Convenio de Washington, de 3 de marzo de 1973, o en el Reglamento (CE) n.º 338/1997 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, sin cumplir los requisitos legalmente establecidos. c) Importen, exporten, introduzcan, expidan o realicen cualquier otra operación sujeta al control previsto en la normativa correspondiente referido a las mercancías sometidas al mismo por alguna de las disposiciones siguientes: 1.º La normativa reguladora del comercio exterior de material de defensa, de otro material o de productos y tecnologías de doble uso sin la autorización a la que hace referencia el capítulo II de la Ley 53/2007, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito. 2.º El Reglamento (CE) n.º 1236/2005 del Consejo, de 27 de junio de 2005, sobre el comercio de determinados productos que pueden utilizarse para aplicar la pena de muerte o infligir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes con productos incluidos en el anexo III del citado Reglamento, sin la autorización a la que hace referencia el capítulo II de la Ley 53/2007, o habiéndola obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino último de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito. 3.º La normativa reguladora del comercio exterior de precursores de drogas sin las autorizaciones a las que se refiere el Reglamento (CE) n.º 111/2005 del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, por el que se establecen normas para la vigilancia del comercio de precursores de drogas entre la Comunidad y terceros países, o habiéndolas obtenido bien mediante su solicitud con datos o documentos falsos en relación con la naturaleza o el destino de tales productos o bien de cualquier otro modo ilícito. d) Obtengan, o pretendan obtener, mediante alegación de causa falsa o de cualquier otro modo ilícito, el levante definido de conformidad con lo establecido en el artículo 123 del Reglamento (CE) n.º 450/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, por el que se establece el Código Aduanero Comunitario (Código Aduanero Modernizado), y sus disposiciones de aplicación.*

trabajo existentes en ella, o cuando lo aconseje el interés general. Entendemos que por interés general se refiere a consecuencias perjudiciales para bien el conjunto de la sociedad, determinados operadores económicos esenciales, u otras circunstancias de análoga u superior importancia.

En relación a la **suspensión de actividades y a la clausura de establecimientos y locales** de la PJ, la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, o la intervención judicial, el 33.7 del CP no determina un plazo mínimo.

La **intervención judicial** puede ser parcial (limitándose a secciones o unidades de negocio, a alguna instalación), o bien puede afectar a la totalidad de la organización. El Código Penal permite la determinación del contenido exacto de la intervención (persona, plazos, etc.) en la sentencia o con posterioridad a ésta mediante Auto. Entendemos que en el caso de que sea por Auto será competente el Juzgado de Ejecutorias Penal, que no siempre es el mismo órgano que dictó la sentencia.

La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Se establece un mandato al poder ejecutivo para que reglamente los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

Se ha analizado profusamente por la doctrina las penas de las PJ, acerca de su naturaleza y fundamentación, de si eran verdaderas penas<sup>257</sup>, y de los fines<sup>258</sup> de las mismas. Y aunque dicho análisis no es objeto de este trabajo, lo cierto es que nosotros entendemos que la finalidad no es otra que una suerte de prevención especial consistente en estimular a que la PJ adopte e implemente una cultura de cumplimiento, de fidelidad al derecho, y que cuente con mecanismos de prevención de delitos y

---

<sup>257</sup> Por ejemplo, GOENA VIVES, B. Defiende un interesante concepto de consecuencias jurídicas para las empresas, basándose en que: en tanto que “el ordenamiento persigue una reacción por parte de la concreta empresa sancionada, y por extensión, de la generalidad de empresas”, debe afirmarse que “las penas del artículo 33.1.6 no son lo mismo que las ‘penas’ del art. 33.7”. Así postula que “las consecuencias jurídicas reguladas en el art. 33.7 son correctivos penales orientados a la reestructuración empresarial”. *Vid. Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, Barcelona, 2017, p. 374.

<sup>258</sup> Es de destacar el excelente trabajo de BAUCELLS LLADÓS, J., “Las penas previstas para la persona jurídica en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII (2013). ISSN 1137-7550: 175:218.

reducción del riesgo de que se cometan delitos, de detección si se cometieren, y de reacción ante la constancia de los mismos<sup>259</sup>. Además de restaurar el orden jurídico quebrantado y reparar los daños causados. En este sentido especial interés recaba la crítica que ZUGALDÍA ESPINAR<sup>260</sup>, hace a la reforma de 2015 en tanto que ésta no procedió a la “incorporación de nuevas sanciones que están en las Decisiones Marco y permitirían no abusar de las penas de multa, que perjudican la marcha de la empresa y van en detrimento de los trabajadores y acreedores”. Entre estas nuevas sanciones señala que podrían ser “la amonestación pública o privada, la publicación de la sentencia, la reparación (no económica sino simbólica, a la sociedad o la víctima), la caución de conducta, la vigilancia judicial, la obligación de adoptar medidas específicas para eliminar las consecuencias de la infracción”.

BAUCCELLS LLADÓS<sup>261</sup>, ya con ocasión de la reforma del Código Penal de 2010 señalaba que el catálogo de penas previsto para las PJ podría haber contemplado alguna otra pena adecuada desde el punto de vista de los fines preventivos de la pena como, por ejemplo, la prohibición de publicidad futura de la empresa respecto de actividades o productos relacionados con la comisión del delito, prevista en el Derecho Italiano. Desafortunadamente la reforma de 2015 sigue sin prever, de forma expresa dicha prohibición.

En relación a las sanciones a las PJ que sean pequeñas, NIETO MARTÍN<sup>262</sup> se ha postulado más partidario de ayudar a las pequeñas empresas a implantar sus programas de cumplimiento y crear en su interior una cultura de legalidad. A su juicio, partiendo de que “el sistema cumplimiento es demasiado complejo y costoso para pequeñas empresas” si se diera “el “indiscriminado castigo de pequeñas empresas ello sería una de las causas que más seriamente puede deslegitimar el cumplimiento y las sanciones, sean de la naturaleza que sean, contra las personas jurídicas”.

---

<sup>259</sup> En esa línea se ha pronunciado BAUCCELLS LLADÓS, J. “Las penas previstas para la persona jurídica en la reforma penal de 2010: un análisis crítico” en *Estudios penales y criminológicos*, núm. 33, 2013.

<sup>260</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “España. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo)”, AAVV ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. – MARÍNA DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. (dirs), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 240.

<sup>261</sup> BAUCCELLS LLADÓS, J., “Título III. De las Penas”, AAVV CÓRDOBA RODA, J. – GARCÍA ARÁN, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte General (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, Marcial Pons, Barcelona, 2011, p. 425.

<sup>262</sup> NIETO MARTÍN, A., “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, AAVV, KUHLEN, L. – MONTIEL, J.P. – ORTÍZ DE URBINA GIMENO, I. (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 49.

Como resalta BAUCLELLS LLADÓS<sup>263</sup>, el sistema español de multa no es una sanción directa a accionistas, en tanto que la personalidad jurídica actúa “*como límite de la responsabilidad de los accionistas que no desempeñan funciones de administración.* (...) *Los socios o accionistas no son sujetos de imputación, sino perjudicados mediatos o indirectos de la sanción*”.

#### **g) Un sistema con sus propias reglas de individualización de la pena**

Además de los límites indicados en las propias penas para las PJ, y de lo que dispone el artículo 52.4 del Código Penal ya visto, el artículo 66 bis<sup>264</sup> del Código Penal regula lo relativo a la determinación del *quantum* de pena, a la aplicación de la pena. Así remite a las reglas para determinar la extensión de la pena al conjugar atenuantes (por ejemplo, mitad inferior, o pena inferior en uno o dos grados) o agravantes (por ejemplo, mitad superior o pena superior en grado en su mitad inferior), atendiendo a las reglas 1<sup>a</sup> a 4<sup>a</sup> y 6<sup>a</sup> a 8<sup>a</sup>. Lo cual *prima facie* haría pensar que el legislador prevé la posibilidad de que para la PJ puedan concurrir no solo circunstancias atenuantes, sino también circunstancias agravantes. Deja además fuera la regla 5<sup>a</sup>, sin embargo en el apartado cuarto, letra a) del artículo 66 bis.2 del CP remite “al supuesto de hecho previsto en la regla 5<sup>a</sup>”, estableciéndola como requisito, junto con la utilización instrumental de la PJ, para poder imponer las sanciones con carácter permanente de disolución, y prohibición de realizar actividades de futuro, y también para la imposición por plazo superior a 5 años de las sanciones de prohibición de realizar actividades y de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social. La regla 5<sup>a</sup> del artículo 66.1 del Código Penal es la que se refiere a la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia.

---

<sup>263</sup> BAUCLELLS LLADÓS, J., *Estudios penales y criminológicos*. 2013 p. 191 Y así lo recoge también FEIJOO SÁNCHEZ, B., El delito corporativo en el Código Penal español, 2º Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 69, nota al pie 20.

<sup>264</sup> Este artículo fue modificado por la L.O. 1/2015 de 30 de marzo de reforma de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, introduciéndose para los delitos cometidos por la segunda vía de imputación por un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que “no tenga el carácter grave”, un límite de duración de la pena que no podrá rebasar los dos años.

#### **h) Un “sistema blindado para evitar su burla”.**

Con esta gráfica expresión ZUGALDÍA ESPINAR<sup>265</sup> se refiere a la previsión contenida en el artículo 130.2 del Código Penal según la cual la transformación, fusión, absorción o escisión de una PJ no extinguirá su responsabilidad penal, puesto que se trasladará a la entidad o entidades en que fuere transformada, quedare fusionada o absorbida, y también se extenderá a las entidades que resultaren de la escisión. Tampoco extinguirá la RPPJ una disolución encubierta o meramente aparente de la PJ, y a tal efecto el precepto citado indica que “se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente” cuando se “continúe con la actividad económica y se mantenga identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos”.

Con acierto señala CUGAT MAURI<sup>266</sup> que salvo que el Juez Instructor hiciere uso de las facultades que le confiere el artículo 129.3 del Código Penal, esto es las medidas cautelares consistentes en clausura de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial, una PJ en condición de “querellada” podría iniciar su proceso de liquidación y desaparición antes de ser formalmente encausada.

El artículo 130.2 del Código Penal, en relación a ese traslado de pena a la PJ resultante de la maniobra de la PJ original, faculta al Juez o Tribunal para 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”.

#### **i) Un sistema con sus propias reglas de responsabilidad civil “ex delicto”**

Recordando la remisión al Código Penal del artículo 1092 del Código Civil, el artículo 116.3 del Código Penal establece la responsabilidad civil de la persona jurídica

<sup>265</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “España. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo)”, AAVV ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. – MARÍNA DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. (dirs.), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 235.

<sup>266</sup> CUGAT MAURI, M., “Título VII. De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos”, AAVV CÓRDOBA RODA, J. – GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte General (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, Marcial Pons, Barcelona, 2011, pp. 1005 y 1006.

que tenga responsabilidad penal. Por lo que se establece la responsabilidad civil “ex delicto” de conformidad con el artículo 110 del CP, es decir, comprendiendo la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios material y morales.

El citado artículo 116.3 del Código Penal establece además un régimen de responsabilidad solidaria con la persona física que fuera condenada por los mismos hechos<sup>267</sup>. Dicha declaración legal de solidaridad como recuerda MAGALDI PATERNOSTRO<sup>268</sup> “*no supone la necesidad de que junto a la misma exista un responsable penal persona física en sentido estricto, es decir, perfectamente determinada y condenada asimismo por los mismos hechos*”, y señala que la interpretación extensiva que la jurisprudencia ha realizado de los artículos 118 y 120 del Código Penal “*deberá ser revisada en cuanto es susceptible de entrar en conflicto con la responsabilidad civil directa de la persona jurídica derivada de su responsabilidad penal*”.

GIMENO BEVIÁ, al abordar la responsabilidad civil de las PJ en el proceso penal, señala que su satisfacción puede ser de dos formas: la solidaria y la subsidiaria<sup>269</sup>. De tal suerte que, aunque la PJ no sea declarada responsable penalmente podría responder civilmente por la responsabilidad penal de los empleados y o administradores. Y postula que la responsabilidad civil de la PJ se justifica por el déficit de control de la sociedad. Por último, si observamos lo que dispone el artículo 120 del Código Penal en relación con las personas jurídicas<sup>270</sup>, podemos concluir que se distingue claramente entre

---

<sup>267</sup> Esta regulación como vemos parece apuntar a un régimen de co-responsabilidad, como si la persona física y la persona jurídica, ambas fueran “autores” del hecho criminal. Pues el artículo 109 del Código Penal impone que la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados.

<sup>268</sup> MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “TÍTULO V. De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales”, AAVV CÓRDOBA RODA, J. – GARCÍA ARÁN, M. (dirs.) *Comentarios al Código Penal. Parte General (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, Marcial Pons, Barcelona, 2011, pp. 908 a 909.

<sup>269</sup> GIMENO BEVIÁ, J., *Cumplimiento y Proceso Penal. El Proceso penal de las personas jurídicas. Adaptada a las reformas del CP y LECRI, Circular FGE 1/2016 y Jurisprudencia del TS*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 217 a 218. Este autor cita como ejemplo de supuesto de responsabilidad subsidiaria el caso Gescartera y Caja Madrid Bolsa, en el que el Tribunal Supremo en su Sentencia nº 986/2009, condenó a la entidad bancaria por vulnerar la normativa sobre apertura de cuentas y gestión individualizada de carteras favoreciendo la estrategia delictiva de los responsables de Gescartera.

<sup>270</sup> Y ello sin olvidar que el Código Penal establece, en su artículo 120 del Código Penal un régimen de responsabilidad civil en defecto de los que lo sean criminalmente. Así, en el número 2º establece la responsabilidad de “*las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos cometidos utilizando los medios de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 212*”. En el apartado 3.º que “*Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la*

responsabilidad civil “*ex delicto*”, que se correspondería con el artículo 1092 del Código Civil español, y responsabilidad civil extracontractual de los artículos 1903 y 1902 del Código Civil. En este sentido GÓMEZ CALLE<sup>271</sup> dice que “*el obstáculo que inicialmente representa el que el art. 1902 CC presuponga una voluntad y una conducta culposa que sólo pueden ser humanas, se supera recurriendo al mecanismo de la representación orgánica y extendiendo el concepto de representación, referido a la emisión o recepción de declaraciones de voluntad a la realización de ilícitos de los que deriva la responsabilidad civil*”, identificando la actuación de directivos y representantes a la actuación de la PJ.

#### j) Un sistema con sus propias reglas procesales

La Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, introdujo una serie de medidas a fin de poder hacer efectivo el enjuiciamiento criminal a las PJ. Curiosamente desde la entrada en vigor de la Ley 5/2010, de 22 de junio de reforma del Código Penal, esto es el 23 de diciembre de 2010, hasta la reforma procesal para su enjuiciamiento transcurrieron muchos meses, lo cual provocó durante un tiempo que existía una nueva previsión de responsabilidad penal hacia un sujeto nuevo, y sin embargo no existía cauce procesal adecuado para su imputación, procesamiento y enjuiciamiento. De *lege ferenda* un cambio de paradigma tan importante en el Derecho Penal debería haber ido acompañado, simultáneamente de la reforma procesal pertinente.

Finalmente, la reforma procesal llegó<sup>272</sup>, y con ella se ajustó la Ley de Enjuiciamiento Criminal a fin de dar cabida a ese nuevo sujeto, las PJ. De su regulación destacamos los siguientes aspectos: la competencia de los tribunales que viene

---

*autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción*”. En el apartado 4. que: “*Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios*”. Y en el 5.<sup>o</sup> que: “*Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas*”.

<sup>271</sup> GÓMEZ CALLE, E., “Capítulo VI. Los sujetos de la responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno”, AAVV REGLERO CAMPOS, L.F. – BUSTO LAGO, J.M. (coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I.*, 5<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2104, pp. 1048 a 150.

<sup>272</sup> No son pocos los autores que critican la insuficiencia de la reforma procesal habida cuenta que ésta no da respuesta a cuestiones de especial importancia en el proceso penal de las personas jurídicas. Así citamos por ejemplo a GIMENO BEVIÁ, J., *Cumplimiento y Proceso Penal. El Proceso penal de las personas jurídicas. Adaptada a las reformas del CP y LECRI, Circular FGE 1/2016 y Jurisprudencia del TS*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 34 y ss.

establecida en el artículo 14 bis de la citada Ley, el derecho de defensa que viene regulado en el artículo 120 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la intervención de la PJ en el acto del Juicio Oral regulada en el artículo 786 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la conformidad de la PJ que está regulada en el artículo 787.8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la rebeldía que se dispone en el artículo 839 bis. 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la citación a la PJ que está regulada en el artículo 119.1 a) y en el artículo 839 bis.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la comparecencia de la PJ que se recoge en el artículo 119.1 b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la información judicial del caso que afecta a la PJ imputada se desarrolla en el artículo 119 c), lo relativo a las medidas cautelares que viene regulado en el artículo 544 quáter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

#### **k) Unas medidas cautelares propias.**

Recogiendo la necesidad de reforma procesal a los efectos de regular la articulación de las medidas cautelares<sup>273</sup> a la PJ, La Ley 37/2011, de 10 de octubre de medidas de agilización procesal, estableció la introducción del artículo 544 quáter en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estableciendo este artículo que pueden imponérsele aquellas que están previstas en el Código Penal, y que para su adopción se requiere petición de parte y celebración de vista. Cabría preguntarse acerca de los requisitos que se puedan exigir para articular esta medida procesal, pues si bien Las medidas cautelares en general, en Derecho, vienen construidas sobre tres pilares, (*el fumus boni iuris*) apariencia de buen derecho, el (*periculum in mora*) peligro en la demora, y la necesidad de caución para los casos en que se requiera, se añaden también criterios pertinentes en orden a su adopción. Entendemos que en este sentido debería seguirse la hermenéutica que nuestro Tribunales han venido elaborando al respecto para las personas físicas en el ámbito penal. Así podemos citar *ad ex* la recogida por el Tribunal Constitucional<sup>274</sup> que recuerda que la medida cautelar debe ser idónea, necesaria y proporcionada en relación al fin constitucionalmente legítimo que se pretende.

---

<sup>273</sup> La medida cautelar es, como define el Diccionario del español jurídico, *Op. Cit.*, “*un instrumento procesal de carácter precautorio que adopta el órgano jurisdiccional, de oficio o a solicitud de las partes, con el fin de garantizar la efectividad de la decisión judicial mediante la conservación, prevención o aseguramiento de los derechos e intereses que corresponde dilucidar en el proceso*”.

<sup>274</sup> STC el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 60/2010, de 7. En este sentido la STC 207/1996, de 16 de diciembre, recuerda que la medida cautelar debe ser idónea, necesaria y proporcionada en relación al fin constitucionalmente legítimo que se pretende.

El artículo 33.7 del CP, al que parece remitirse el artículo 544 quáter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece que “*la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa*”. En relación a dichas medidas cautelares recogidas en el Código Penal para la PJ hay que señalar que si bien el artículo 324.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé que la instrucción deberá durar un máximo de 6 meses, salvo que la causa fuera declarada compleja, en cuyo caso se permite una importante ampliación de los plazos, cabe la posibilidad de que el Juzgado de Instrucción tenga que mantener una medida cautelar como por ejemplo la suspensión de las actividades sociales, por mucho tiempo. Al respecto entenderíamos como límite máximo temporal de dichas medidas cautelares el del plazo máximo para las mismas cuando son consideradas penas.

Otra cuestión, más controvertida es, como señala GIMENO BEVIÁ, que la doctrina se muestra dividida acerca de si hay cabida o no para otras medidas cautelares además de las recogidas por el Código Penal<sup>275</sup> habida cuenta el redactado del artículo 544 quáter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Cita a DOPICO GÓMEZ-ALLER quien dice que “*una interpretación literal del art. 544 quáter obliga a entender que en relación con las personas jurídicas rige un sistema de medidas cautelares tasado y extraordinariamente limitado*”, por lo que “*no permite que el juez adopte otras muchas medidas, menos invasivas y habitualmente más necesarias: fianzas, embargos, anotaciones preventivas, prohibición de realizar ciertas actividades, etc.*” Y es cierto que el artículo 544 quáter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal reza que “*las medidas cautelares que podrán imponérsele son las expresamente previstas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal*”. Pero entonces cabría preguntarse qué ocurriría si no es posible adoptar por el Juez de Instrucción durante el curso del proceso ninguna medida como el embargo preventivo de cuentas y saldos, o la anotación preventiva de querella, la fianza, o cualquier otra que resulte necesaria. En nuestra opinión si se cumplen las garantías y los presupuestos para que se adopten, caben otras

<sup>275</sup> GIMENO BEVIÁ, J., *Cumplimiento y Proceso Penal. El proceso penal de las personas jurídicas. Adaptada a las reformas del CP y LECRIM, Circular FGE 1/2016 y Jurisprudencia del TS*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 354 y ss. Así a favor de esta interpretación el autor cita ARANGÜENA FANEGO, C. “Responsabilidad penal de la persona jurídica y medidas cautelares personales”, Revista de Derecho Empresarial, núm. 2, octubre 2014, pp. 83-115. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas (con GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. – BAJO FERNÁNDEZ, M.), Civitas, Pamplona, 2012, p. 256. PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal de la persona jurídica”, Diario La Ley, núm. 7769, 4 de enero 2012.

medidas<sup>276</sup>. Por ello, nos postulamos a favor de la interpretación que entiende que más allá de las medidas que introdujo el artículo 544 quáter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que recoge las expresamente señaladas en el Código Penal, caben perfectamente otras medidas cautelares<sup>277</sup>. La limitación que una dicción literal del precepto parece imponer no viene justificada, y como apunta GIMENO BEVIÁ<sup>278</sup>, quedarían amparadas bajo el paraguas del artículo 726.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es de aplicación supletoria a todos los órdenes jurisdiccionales, también el penal, por virtud del artículo 4 de dicho cuerpo legal.

### I) Unas eximentes y atenuantes propias de la PJ.

El vigente Código Penal establece un sistema propio de eximentes y de atenuantes de responsabilidad penal para la Persona Jurídica. Aunque lo relativo a las eximentes y las atenuantes de la RPPJ serán tratadas de forma más extensa y profunda en un capítulo aparte<sup>279</sup> sirvan las breves notas que se apuntan para señalar estos elementos como genuinamente propios de las PJ, y ello sin negar la cabida que otros elementos no tan exclusivos de las PJ debieran tener (como por ejemplo la atenuante por Dilaciones Indebidas del artículo 21.6<sup>a</sup> del CP).

Como recordaremos la LO 5/2010, de 22 de junio de reforma del Código Penal no vino a establecer de forma clara un régimen de eximentes de responsabilidad penal, por

<sup>276</sup> Se señala incluso que para algunos delitos de los que puede ser responsable la persona jurídica, puede acudirse a las normas materiales aplicables para completar el tipo previsto en el CP, que recogen medidas cautelares específicas, como por ejemplo para los delitos contra la Propiedad Intelectual, el artículo 141 de la Ley de Propiedad Intelectual, establece la intervención y depósito de ingresos, suspensión de actividad, secuestro de ejemplares, instrumentos, dispositivos, productos, componentes, embargo de equipos, aparatos, soportes materiales y la suspensión de servicios prestados a terceros por intermediarios. *Vid.* <http://guiasjuridicas.es>

<sup>277</sup> En este sentido también se posiciona GIMENO BEVIÁ, J., *Op. Cit*, quien cita a VELASCO NUÑEZ, E. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales”, *Diario La Ley*, núm. 7883, 19 de junio de 2012: “*El hecho de que la ley taxativamente parezca excluir medidas cautelares menos intrusivas y más apropiadas para el aseguramiento de pronunciamientos finales de multa, como serían: el embargo, la fianza o la anotación preventiva de querella, parece una laguna legal que de alguna forma deberá atender la jurisprudencia.*” Y cita también a GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., que este precepto resulta totalmente innecesario, “*puesto que el Juzgado de instrucción o el órgano funcionalmente competente según la fase de proceso de que se trate puede acordar las medidas cautelares que resulten idóneas, necesarias y proporcionadas para evitar la consumación del delito, la reiteración delictiva o la tutela de la víctima, con respeto a los presupuestos generales de la tutela cautelar: fumus boni iuris y periculum in mora*”, en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. – JUANES PESES, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor”, *Diario La Ley*, núm. 7501, 3 de noviembre de 2010.

<sup>278</sup> GIMENO BEVIÁ, j. *Op. Cit.*, *A fortiori*, este autor considera idónea la posibilidad de imponer a la PJ un programa de cumplimiento. p. 358.

<sup>279</sup> *Vid.* Segunda parte, epígrafe 4.

lo que, desde la dogmática se postularon diferentes posibilidades, entre las cuales estaba, precisamente, la de entender que cabían eximentes, y una posibilidad, con sus matices, era por contar un *Effective Compliance Program*<sup>280</sup>. Finalmente, la reforma de 2015 recogió, explícitamente en el código dicha eximente<sup>281</sup>. Así, el artículo 31 bis 2 del CP establece que:

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

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

*2.<sup>a</sup> la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;*

*3.<sup>a</sup> los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y*

*4.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup>.*

Para el caso de PJ de pequeñas dimensiones<sup>282</sup> las funciones de supervisión a que

---

<sup>280</sup> Además, ya adelantamos, aunque será objeto de análisis y desarrollo en otro capítulo de esta obra, que existe un posicionamiento doctrinal a favor de entender que también cabe la exoneración de RPPJ cuando – en determinados casos-, se acredeite una Cultura de Cumplimiento, de fidelidad al Derecho, viva en la PJ, a pesar de no contar con un Programa de Cumplimiento como el exigido.

<sup>281</sup> A nuestro juicio, sin embargo, dicha eximente, *mutatis mutandis*, ya era factible con la LO 5/2010.

<sup>282</sup> El Código Penal, ex art. 31 bis 3, señala que a estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones “*aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada*”.

se refiere la condición 2<sup>a</sup> del artículo 31 bis 2, podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración.

Y para la segunda vía de imputación] el artículo 31 bis 4 del Código Penal dispone 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*”.

En relación con las atenuantes, se plantean una serie de circunstancias atenuantes de la pena, *ex ante*, como son las previstas en el artículo 31 bis 2, último párrafo, y en el artículo 31 bis 4 del Código Penal, cuando las circunstancias exigidas para la exoneración solamente puedan ser objeto de acreditación parcial. Así viene recogido en el nuestro Código respecto de la primera vía de imputación (ex art. 31 bis 2 último párrafo del CP):

“*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*”.

Y para la segunda vía de imputación (ex art. 31 bis 4 último párrafo del CP):

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

Y se plantean también unas circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las PJ *ex post* que vienen recogidas en el artículo 31 quáter del Código Penal:

“*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”.*

Adelantamos ya que, además, a nuestro juicio éstas no son las únicas, cabiendo una circunstancia atenuante de carácter procesal como son las dilaciones indebidas.

## **1.2.Algunos presupuestos del sistema para el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.**

Como hemos ido viendo, los distintos elementos del sistema legal español configuran un sistema de responsabilidad singular, genuina y específica de la PJ, con muchos elementos que, en primer lugar, permiten elaborar una dogmática propia. En segundo lugar, orientar esa dogmática hacia finalidades político-criminales de prevención especial, de conseguir que en las PJ se acabe consolidando una Cultura de Cumplimiento Normativo, dónde no existan defectos de organización por no tener un Programa de Cumplimiento Penal Efectivo. Y, por último, apuntan, de una manera muy clara hacia un modelo de “autorresponsabilidad” de la persona jurídica. Como veremos a continuación, estos presupuestos condicionarán sin lugar a dudas la definición y desarrollo dogmático del fundamento de esta responsabilidad y, por ende, la explicación de la naturaleza, requisitos y límites de los efectos eximentes y atenuantes de los programas de cumplimiento. Al primer objetivo vamos a dedicar nuestra atención en el siguiente epígrafe 3, para concluir con el propósito de nuestra tesis en los epígrafes 4 y 5.

## **2. El modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas escogido en el código penal español en relación al derecho comparado.**

Se han producido diferentes propuestas para sistematizar los distintos modelos de RPPJ atendiendo también a múltiples criterios<sup>283</sup>. Esta diferenciación de criterios tiene como causa los distintos enfoques entorno a la concepción y ubicación en el Derecho penal de la responsabilidad de las personas jurídicas por hechos criminales, y al importante cambio de paradigma<sup>284</sup> que ha supuesto primero la LO 5/2010 y luego la LO 1/2015, junto con las variadas soluciones del Derecho comparado. Así podemos ver autores que han venido negando la propia existencia de responsabilidad penal para las personas jurídicas, y autores que han ido elaborando bien a través de críticas constructivas bien a través de la creación de nuevas concepciones de, distintas, teorías dogmáticas en la RPPJ. Si recordamos los cometidos de la dogmática y sistemática del

---

<sup>283</sup> Así por ejemplo GONZÁLEZ SIERRA, P., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, Granada, 2012, distingue entre: 1) Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas sin Culpabilidad, 2) Modelo de la responsabilidad vicarial, 3) Modelo del hecho de referencia o hecho de conexión sin Culpabilidad propia de la persona jurídica, 4) Modelos por hecho de conexión y Culpabilidad propia, y 5) Modelos de Injusto y Culpabilidad propios de la persona jurídica. Por su parte SALVO ILABEL, N., *Modelos de imputación penal a las personas jurídicas: Estudio comparado de los sistemas español y chileno*, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2014, pp. 230-236, plantea, tras una exposición de modelos de RPPJ en Derecho comparado, tres modelos: a) el modelo de Heteroresponsabilidad, b) el modelo de autorreponsabilidad y el modelo mixto. SILVA SÁNCHEZ, J.M. en “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en, Derecho español”, AAVV SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.) - MONTANER FERNÁNDEZ, R. (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 21 y ss., defiende que “existen básicamente dos modelos dogmáticos para fundamentar la atribución de RPPJ”: uno de responsabilidad por atribución y otro de responsabilidad por un hecho propio, aunque no excluye fórmulas mixtas. NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 85 y ss., entiende que la disparidad de constructos puede reconducirse a tres modelos distintos: el vicarial, el de la Culpabilidad de empresa y el mixto. Y dentro del Vicarial incluye dos submodelos: el primero en el que la RPPJ parecido al “Respondeat superior” de los EEUU (con sus matices) y el segundo conocido como la teoría de la identificación, *vid. en* “Derecho penal europeo y comparado. Cooperación judicial”, AAVV JUANES PESES, A. (dir.) – DÍEZ RODRÍGUEZ, E. (coord.), *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2015, p. 28. Otra concepción la vemos en JUANES PESES, A., “Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Consideraciones generales y problemas sustantivos y procesales que dicha responsabilidad suscita”, AAVV JUANES PESES, A. (dir.) – DÍEZ RODRÍGUEZ, E. (coord.), *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2015, pp. 8 a 10, entiende que existen dos grandes modelos: a) El vicarial y b) El de responsabilidad directa, dentro del que a su vez se distingue entre el modelo de la organización funcional y el de referencia o conexión.

<sup>284</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.15, señala éste cambio de paradigma dentro de una pluralidad de revoluciones científicas en el sentido otorgado por KUHN. También MORALES PRATS, F., aborda los cambios que el Derecho Penal está atravesando, aunque desde otro enfoque en *La utopía garantista del Derecho Penal en la nueva “Edad Media”*, discurso de ingreso en la Real Acadèmia de Doctors, el 5 de noviembre de 2015, Col·lecció Reial Acadèmia de Doctors, nº 30.

Derecho penal, decía ROXIN<sup>285</sup> que “*la dogmática jurídica penal es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal*”, intentando estructurar la totalidad de los conocimientos que componen la teoría del delito en un “todo ordenado”.

A continuación, vamos a desarrollar brevemente como se ha venido interpretando el modelo de RPPJ en el Código Penal español, siguiendo el estudio de los modelos mayoritariamente identificados de Heterorresponsabilidad, el modelo de Autorresponsabilidad y el Modelo Mixto, con sus distintas variantes.

## 2.1    **Modelo de Heterorresponsabilidad.**

**Concepto.** En el modelo de heterorresponsabilidad, o por atribución, se parte de la base de que el elemento central son los comportamientos humanos que bajo ciertas condiciones o criterios son atribuidos a la persona jurídica.

La Circular 1/2016, de 22 de enero, de la Fiscalía General del Estado<sup>286</sup> apunta que este es uno de los modelos fundamentales, en el que se “atribuye la responsabilidad penal a la PJ entendiendo que esta se manifiesta a través de la actuación de una persona física que la compromete con su previa actuación delictiva, siempre que se evidencie un hecho de conexión pues, de otro modo, la responsabilidad de la persona jurídica devendría inconstitucionalmente objetiva”.

Para PÉREZ CEPEDA<sup>287</sup> en este modelo la responsabilidad de la persona física se transfiere a la PJ en la medida en que los actos de sus órganos son también de la PJ, en virtud de la relación funcional que las une, siempre que se haya identificado una persona física en la que pueda apreciarse dolo o imprudencia. Y que tales hechos pueden ser de comisión activa o de comisión por omisión, en la medida en que los órganos omitan deberes de vigilancia, de coordinación o de selección que den lugar a la

---

<sup>285</sup> ROXIN, C., *Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Civitas, Madrid, 2008, p. 192.

<sup>286</sup> Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, de 22 de enero, de la FGE, *vid. p. 5*.

<sup>287</sup> PÉREZ CEPEDA, A.I., “Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, AAVV DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (dir.) – DE LA MATA BARRANCO, N.J. (coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Madrid, 2013, p. 30.

conducta delictiva activa de un integrante de la empresa situado en los niveles inferiores de la misma.

SILVA SÁNCHEZ<sup>288</sup>, plantea que en el modelo de heterorresponsabilidad de la persona física hay transferencia de un “hecho delictivo completo” desde la persona física a la PJ, lo que en muchos sistemas legales se ha suavizado con la incorporación de elementos que permiten atribuir a la PJ responsabilidad penal aún cuando no pueda declararse la responsabilidad de la persona física que ha cometido el delito o no pueda identificarse a las mismas, con lo que la transferencia de la responsabilidad es menos exigente.

DE LA CUESTA ARZAMENDI<sup>289</sup>, explica que heterorresponsabilidad en la línea de lo que en el “sistema anglosajón del alter ego” se viene denominando como “modelo de la transferencia o la atribución”, también llamado entre otros modelo de adhesión o de responsabilidad penal indirecta (“incluso derivada”), y que supone por tanto la imputación por “identificación” o por “representación” de la entidad con base en el hecho de otros, cuyos posibles excesos tratan de compensarse con la restricción del elenco de personas de referencia y la exigencia adicional de determinados requisitos materiales.

**Características.** Como nos dice DEL ROSAL BLASCO<sup>290</sup>, históricamente este modelo es el primero que surge, y lo hace como modelo puro de transferencia, y en el ámbito del Derecho anglosajón.

Se utiliza la sistemática creada en la Teoría del Delito para las Personas Físicas para dejar fuera la posibilidad de que las PJ puedan realizar un hecho propio que les genere responsabilidad penal propia. Tanto en el sustrato filosófico en el que se trate de encuadrar el análisis, como en conceptos como acción, o en las categorías dogmáticas como Injusto y Culpabilidad hallamos una serie de problemáticas –siguiendo este modelo de RPPJ, que resuelven con la creación de distintas teorías que veremos en los modelos de imputación.

---

<sup>288</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Evolución ideológica de la discusión sobre la ‘responsabilidad penal’ de las personas jurídicas”, en *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 29, nº 86-87, 2008, pp. 126-148, quién distingue entre modelos de responsabilidad por atribución y modelos de responsabilidad por el hecho propio.

<sup>289</sup> DE LA CUESTA, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español” en Revista electrónica de la AIDP (ISSN-1993-2995), 2012, A-01:1. *Vid.* <http://www.penal.org/sites/default/files/files/DelaCuesta%20Pjuri%CC%81idicasEsp%202012%281%29.pdf>

<sup>290</sup> DEL ROSAL BLASCO, B. “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado” en Diario La Ley, nº 8732, Sección Doctrina, La Ley, 1 de abril de 2016, Ref. D-133, p. 12 y ss.

La FGE entiende que al no poder prescindirse por completo del “factor humano” el modelo vicarial implica algo más frente al modelo autónomo siendo el delito de la persona física la referencia de imputación de la PJ.

**Derecho comparado.** El origen de este modelo parece que lo encontramos en el modelo puro de transferencia de origen anglosajón<sup>291</sup> basada en la antigua relación feudal del *common law* en el que lo *Señores* eran responsables de todas las acciones, ilícitas y dañinas -según BERNARD<sup>292</sup> - de sus sirvientes aunque “solo por omisión de control respecto del inferior”. Como bien explica PÉREZ ARIAS<sup>293</sup> el resultado de la acción no respondía causalmente a ninguna acción del *Señor*, independientemente de la atribución a éste del resultado, dada la acción del sirviente del que omitió su debido control. Tras una evolución del principio del *respondeat superior*<sup>294</sup> por sucesivas resoluciones judiciales la fácil analogía de corporación a feudo propició un traslado de dicho principio al ámbito de la responsabilidad (civil y penal), “*si bien restringiendo, en un principio, la responsabilidad de la persona jurídica a los supuestos de delitos consistentes en una omisión o en el incumplimiento de obligaciones (como, por ejemplo, no reparar daños o no mantener caminos o cauces)*<sup>295</sup>”. Desde entonces hasta el S.XIX, en ese marco, resultaba difícil imputar una conducta positiva a la corporación. Con la incorporación del sistema de responsabilidad vigente en el ámbito del derecho de los *torts* –explica este autor- se hace responder a las corporaciones por delitos de acción

---

<sup>291</sup> PÉREZ ARIAS, J. *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Dykinson S.L., Madrid, 2015, p. 56 y ss. (este autor cita a FERNÁNDEZ SESSREGO, C. “Naturaleza Tridimensional de la persona jurídica. Derecho PUC”, nº 52, *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima abril-diciembre de 1999, p.16)

<sup>292</sup> Citado por DEL ROSAL BLASCO, B. “Sobre los elementos estructurales...” *Op. Cit.*, p. 23 Este autor, en p. 12, explica la superación del principio del *respondeat superior* para cuando las corporaciones adquieren relevancia, salvo para los casos de consentimiento u orden explícita del superior para la acción del dependiente.

<sup>293</sup> PÉREZ ARIAS, J., citado por DEL ROSAL BLANCO, B., *Op. Cit.*

<sup>294</sup> Para los Estados Unidos de América ver *in extenso* VILLEGRAS GARCÍA, M.A. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 173 y ss., donde explica la doctrina del “*respondeat superior*” como criterio de imputación de las personas jurídicas analizando la extensión a empleados, representantes y empleados de las entidades filiales, contratistas independientes, así como los requisitos de imputación y la atribución de la Culpabilidad a la persona jurídica. La autora también expone con claridad la aparición de fórmulas alternativas (como la doctrina del “*collective knowledge*” pp. 217 a 232, la teoría del “*Willful blindness*” como “*state of mind*” de las PJ, *vid* pp. 232 a 238) la naturaleza e influencia del Model Penal Code y sus tres criterios de imputación en función de la infracción penal, pp. 239 a 245, y el impacto de las “*Sentencing Guidelines*”, en pp. 293 a 334 principalmente.

<sup>295</sup> DEL ROSAL BLASCO, B. “Elementos estructurales...” *Op. Cit.* p. 12. En su nota 11, con cita a BERNARD, explica que en un principio se aplicó a gobiernos locales por los daños y molestias causados a los súbditos de Su Majestad y luego a las corporaciones del Ferrocarril por los daños causados por sus empleados.

siempre que sean de responsabilidad objetiva (*strict liability*), “no para delitos con una dimensión moral que requieren de una mala intención criminal<sup>296</sup>”.

De entre los países que han abrazado alguna de las variantes del modelo de Heterorresponsabilidad tenemos a Estados Unidos, Reino Unido, Francia, Austria.

**Variantes.** Distinguendo en su evolución en Europa una primera etapa en la que el fundamento de la responsabilidad penal es una omisión de control (del Señor feudal sobre sus sirvientes) no aplicable a supuestos de responsabilidad por acción, y una segunda etapa en la que se abarcan los delitos de acción, aunque solo para supuestos de responsabilidad objetiva. Posteriormente aparecen variantes, teniendo de un lado la Teoría de responsabilidad por “Identificación” y por otro la Teoría de responsabilidad “Vicarial” que se explicarán más abajo. Desde el punto de vista del delito, en un principio se limitó a los *regulatory offenses* y luego fue evolucionando hacia los delitos que requieren de *mens rea*<sup>297</sup>. Y desde la perspectiva de los sujetos de la PJ que le “generaban” responsabilidad penal en un principio se entendió que solo los directivos, legales o ilegales estaban identificados con la actividad de la PJ, como si fueran la mente y la voluntad de ésta.

En el otro lado del océano Atlántico, en Estados Unidos, se consolidó la doctrina del “*respondeat superior*” como criterio de imputación de las personas jurídicas junto con la aparición de algunas fórmulas alternativas como la doctrina del “*collective knowledge*” y la aplicación a las PJ de la teoría del “*Willful blindness*”, sin olvidar el impacto de las “*Sentencing Guidelines*” en dicho modelo.

Conceptualmente, dentro del modelo de heteroresponsabilidad existen variantes: la “Teoría de la identificación”, la “Teoría de la responsabilidad vicarial” y la “*Teoría del Respondeat Superior* de los Estados Unidos de América” junto con otras llamadas alternativas. Realizando una pequeña aproximación a dichas variantes observamos que:

a) En la variante de la “**Teoría de la identificación**” o del “alter ego” las únicas conductas atribuibles a las PJ son las realizadas por los órganos de la misma (por lo que

---

<sup>296</sup> El autor concreta que esa restricción fue mantenida por el caso *Queen v. Grat North of England Railway* (1846), para Inglaterra y Gales, aduciendo la necesidad de “una mente corrompida”, y por el caso *State v. Morris & Essex Railroad Co.* (1852), para los Estados Unidos de América, por la necesidad de un “*animus malus*”.

<sup>297</sup> SALVO ILABEL, N. *Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2014, p. 104 y ss. La innecesidad de aportar pruebas de intenciones, negligencia u otro estado de ánimo para que los tribunales británicos pudieran considerar a una “persona” culpable de un delito facilitaba la aplicación de principios de *strict liability*.

las posibilidades de establecer la RPPJ son más limitadas). Su origen, señala DEL ROSAL BLASCO, se sitúa con el caso *Lennard's Carrying Co. Ltd. V. Asiatic Petroleum Co. Ltd.* (1915), a partir de la opinión vertida por el VIZCONDE HALDANE – en un caso de responsabilidad civil-, que aun partiendo de la abstracción que supone una corporación “que no tiene mente propia como no tiene cuerpo propio, de modo que su activa y directiva voluntad debe, consecuentemente, ser buscada en la persona de alguien que, para determinados propósitos, puede ser llamado agente, pero que es en realidad la mente directiva y la voluntad de la corporación; el verdadero ego y centro de personalidad de la corporación<sup>298</sup>”. De tal suerte que se produce una identificación entre la persona física y la PJ en la voluntad de la primera sobre la segunda, entendiendo que la actuación de la persona física es la actuación de la PJ, “es que es la corporación”. Podemos convenir con PÉREZ ARIAS<sup>299</sup> que plantea la cuestión de que, de un lado no respondían los empleados sino solo los directivos, haciendo el símil de cerebro y manos. Y de otro lado, muchas imputaciones podían salvarse por vía de la *Due Diligence* con un verdadero control sobre el autor físico (verdadero) del delito.

Se utiliza tanto en países con sistema *Common Law* como en países con sistemas *Civil Law*. Aquí estaría Reino Unido (cuna del sistema de la identificación y de la doctrina del alter ego<sup>300</sup>), y también Francia que fundamenta la RPPJ en el “*par ricochet*” o por rebote, en la que la presencia del sujeto físico y la comisión de un delito por su parte resulta vital para establecer la responsabilidad penal de la entidad colectiva. Según SILVA SANCHEZ<sup>301</sup> también la OWIG (Ley de Contravenciones al Orden) alemana fundamenta la responsabilidad del ente colectivo para la imposición de la multa administrativa, en la teoría de la identificación. Las personas físicas han de ser los que “llevan adelante la conducción de la entidad”<sup>302</sup>.

---

<sup>298</sup> DEL ROSAL BLASCO, B. “Elementos estructurales...” *Op. Cit.*, p.13

<sup>299</sup> PÉREZ ARIAS, J. *Op. Cit.*, p. 58

<sup>300</sup> Como refiere SALVO ILABEL, N., *Op. Cit.*, se creó dentro del contexto del modelo de identificación para fundamentar la pena de la organización colectiva, que obra sobre la base de que es posible atribuir la responsabilidad a la organización sobre la base de la voluntad y la Culpabilidad de la persona física, consideradas la voluntad y Culpabilidad de la propia persona jurídica, en la medida en que la primera actúa no en su propio nombre sino como instrumento de la entidad.

<sup>301</sup> SALVO ILABEL, N., *Op. Cit.*, p. 232, (cita en nota 994 a SILVA SÁNCHEZ, J.M “Evolución ideológica de la discusión sobre la ‘responsabilidad penal’ de las personas jurídicas”).

<sup>302</sup> Así lo vemos en el art. 30 de la OWIG (Ley de Contravención al Orden alemana), y en el art. 121-2 del Código Penal francés.

b) En la variante de la “**Teoría de responsabilidad vicarial**<sup>303</sup>”, se permite la atribución de RPPJ a través de un abanico más amplio de sujetos físicos que realizan funciones en la entidad, incluyendo a aquellos que se desempeñan en niveles más bajos de la jerarquía de la empresa. Se introducen criterios que deben ser considerados para la atribución de la RPPJ, como los fines, el provecho y la actuación dentro del ámbito social de la empresa, aunque el criterio fundamental continúa siendo la actuación de personas físicas. La responsabilidad vicaria estricta surgió a raíz del caso *R v. British Steel* en el que el Tribunal de Apelaciones resolvió en 1995, ampliándose las personas físicas de la empresa que generaban responsabilidad a la PJ a los empleados, aunque por la falta de control de los representantes legales sobre sus empleados, y siempre que ello supusiera un provecho para la entidad y aquéllos hubieran actuado en el ámbito de la citada autoridad.

Es el caso del sistema de EEUU, si bien ha introducido ciertos elementos que lo alejan de la ortodoxia del esquema vicarial incorporando mecanismos de atenuación de la sanción y dando cabida a la doctrina de la “agregación”<sup>304</sup>, con el fin de posibilitar la sanción de la PJ en todos aquellos casos en donde no es posible determinar la persona física que ha realizado el delito. Conocido como *collective knowledge*, o *aggregate knowledge doctrine* tiene como finalidad impedir la evasión de responsabilidad que puede suponer la existencia de multitud de departamentos y subdivisiones de tareas y funciones<sup>305</sup>.

---

<sup>303</sup> A favor de este modelo se posicionó la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2016 de 22 de enero, y así también lo entendieron, *mutatis mutandis*, 7 de los 15 magistrados del pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en su voto discrepante y concurrente expuesto por CANDIDO CONDE PUMPIDO, en la STS nº 154/2016 de 29 de febrero, y todo ello a pesar de que en el Preámbulo III de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo de reforma del código Penal el legislador se aleja explícitamente del modelo vicarial.

<sup>304</sup> La doctrina de la “agregación”, explica SALVO ILABEL, N., *Op. Cit.*, p. 233, si bien surge ante la imposibilidad de determinar el responsable individual, se remite a él en tanto obra sobre la base de una difícilmente imaginable suma de conocimientos y voluntades individuales parciales que vendrían a formar una voluntad y conocimiento supraindividual propio de la persona jurídica. (*vid.* su nota 99).

<sup>305</sup> En el caso *United States vs. Bank of New England*, en el año 1987 el Tribunal de Apelación señaló que en base a la compartimentación del conocimiento, subdivisión de tareas y operaciones específicas en componentes más pequeños que hacían las corporaciones se podía constituir el conocimiento corporativo en un determinado momento, u operación. NIETO MARTÍN, A., abordando el ámbito de los delitos dolosos en los modelos de Culpabilidad propia (tendencia de autorresponsabilidad) cita la doctrina del conocimiento colectivo de los Estados Unidos como conocimiento intencional de la PJ por la suma de los conocimientos de todos o algunos empleados, entendiéndose que “el agregado de estos conocimientos supone el conocimiento intencional de la corporación”, *vid.* en “Derecho penal europeo y comparado. Cooperación judicial”, AAVV JUANES PESES, A. (dir.), - DÍEZ RODRÍGUEZ, E. (coord.), *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2015, p. 30.

c) En los Estados Unidos de América se consolidó la Teoría **del Respondeat Superior**.

En el modelo avanzado de atribución de responsabilidad penal (el *high-managerial test* del CP MODELO se requiere la comisión de una infracción autorizada, solicitada, ordenada, ejecutada o imprudentemente tolerada por el consejo de administración (*board of directors*) o por un alto directivo (*high-magerial agent*) que actúe en representación de la corporación y en el marco de sus competencias<sup>306</sup>.

La FGE en su Circular 1/2016, dice que el modelo de heterorresponsabilidad es la responsabilidad por transferencia, indirecta, derivada, vicarial o por representación, y que la LO 1/2015 mantiene el fundamento esencial de atribución de la responsabilidad penal a la PJ de tipo vicarial o por representación en las letras a) y b) del art. 31.bis.1º. En el primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad, y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas. Si bien reconoce un avance en el reconocimiento de una responsabilidad autónoma de la PJ por medio de la regulación de los programas de organización y gestión con su valor eximente en determinadas circunstancias<sup>307</sup>.

**Autores.** En referencia al redactado del art. 31.bis conforme a la LO 5/2010, PÉREZ ARIAS<sup>308</sup>, consideraba que “el incalificable modelo de responsabilidad establecido era una defectuosa combinación de un modelo de responsabilidad por identificación estricta respecto de los delitos cometidos por los representantes legales y un modelo, a su vez, combinado entre responsabilidad vicaria y responsabilidad por identificación respecto de los delitos cometidos por los empleados”. Vicaria porque la responsabilidad se transfiere, en un primer momento, al representante legal (omisión de control o vigilancia) pero de identificación porque la corporación sigue respondiendo por esta conducta transferida del administrador. El modelo de responsabilidad establecido en el Art. 31 bis sostiene, en definitiva, una responsabilidad por transferencia.

---

<sup>306</sup> GÓMEZ-JARA DÍAZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas y, regulación internacional y nueva legislación española*, BdF, Buenos Aires, 2010, p. 243. Ese CP Modelo permite la elusión de responsabilidad penal a las corporaciones si demuestran la diligencia debida para prevenir la comisión del delito por los agentes de supervisión con competencia en el área en que tuvo lugar la infracción.

<sup>307</sup> Vid. Conclusión 1º de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme la reforma del Código Penal efectuada por LO 1/2015.

<sup>308</sup> PÉREZ ARIAS, J., *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Tesis doctoral, Universidad de Murcia, 2013, p. 324.

Por otro lado, GARCÍA ARÁN<sup>309</sup> analiza el art. 31.bis bajo la regulación de la LO 5/2010 concluyendo que en parte la PJ ostenta una responsabilidad directa y en parte indirecta, puesto que no existe una responsabilidad totalmente autónoma de la actuación concreta de las persona física, siendo necesaria la existencia de un hecho Injusto de dicha persona física, que suele denominarse como hecho de referencia, y afirma que la RPPJ siempre es por hechos de “otros” (en el sentido de necesidad de un hecho típico realizado por una persona física), en referencia a las personas que constituyen su sustrato individual.

FERNÁNDEZ TERUELO, entiende que el modelo existente tiene como principal característica la elección de una fórmula de responsabilidad de los entes sociales, parcialmente basada en la teoría de la representación, por lo que a su juicio el modelo es formalmente propia, pero en realidad basada en delitos cometidos por persona física bajo unas concretas circunstancias<sup>310</sup>.

DÍEZ RIPOLLÉS<sup>311</sup>, al abordar el sistema de imputación de la reforma de 2010, decía que se había optado por el sistema de imputación societaria basado en el modelo de transferencia de responsabilidad, “en el que se imputa a la persona jurídica el hecho Injusto cometido por sus representantes, administradores o empleados, esto es, el tipo objetivo y subjetivo, la antijuridicidad y la graduación del Injusto genérico concurrente en los representantes, administradores o empleados” cuando se actuó en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su provecho. Opina que el legislador no ha sido

---

<sup>309</sup> GARCÍA ARÁN, M. “art.31.bis”, AAVV CÓRDOBA RODA, J. – GARCÍA ARÁN, M. (dirs.) *Comentarios al código penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 389 y ss.

<sup>310</sup> Basada en delitos cometidos por persona física (las determinadas y en la forma determinada), por cuenta y en provecho de la PJ, así *Vid.* FERNÁNDEZ TERUELO, J. “Regulación vigente: exigencias legales que permiten la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica y estructura de imputación (CP art. 31.bis. 1 y 2 inciso 1º y 5º)”, AAVV JUANES PESES, A. (dir.) – DÍEZ RODRÍGUEZ, E. (coord.) *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas* (Memento experto), Lefebvre- El Derecho, Madrid, 2015, p. 68. Ya con ocasión de la reforma operada por la LO 5/2010, criticaba que el modelo era de “Culpabilidad por el hecho de otro”, por lo tanto, un modelo de atribución, a través de una ficción, de responsabilidad penal, entendida como responsabilidad penal indirecta. *Vid.* en “Algunas consideraciones críticas sobre el nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas introducido por la LO 5/2010” en *Revista de Derecho Penal*, ISSN 1576-9763 nº 31, 2010, p. 43-72. Y añadía que se trataba de modelo de responsabilidad objetiva o quasi objetiva, como modelo de “prevención a cualquier precio”, como intimidación a los que nombran a los gestores sociales. Citando el informe del CGPJ, este autor entiende que ello deriva de la imposibilidad de atribuir a los sujetos individuales una responsabilidad penal absolutamente objetiva, y así se diluye el efecto trasladándose a la PJ, “ámbito en el que se digiere mejor”. En consecuencia, afirma, ya no era sólo un reproche por hecho ajenos, sino que además se trata de un reproche de carácter objetivo, sin especiales consideraciones sobre la actitud concreta del sujeto en cuestión. Así lo expresaba en “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español (una visión crítica)”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 25, septiembre de 2011, pp. 22 y ss.

<sup>311</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., en “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, en *InDret* nº 1/2012, Barcelona 2012, publicado en <http://www.indret.com/pdf/875.pdf>, p. 9 y ss.

capaz o no ha querido configurar un Injusto específico de la persona jurídica, “lo que reconduce la cuestión a la admisibilidad social y constitucional de atribuir a la persona jurídica responsabilidad por hechos cometidos por personas físicas por cuenta y en provecho de ella.

Esta opinión parece haber influido sobre la Fiscalía y un sector importante de la judicatura. La FGE<sup>312</sup> en su Circular 1/2016 entiende que para las dos vías de imputación del art. 31. bis del CP se establece un sistema de transferencia o vicarial de la PJ por cuanto en dicho artículo se “continúan” (en relación con la LO 5/2010) estableciendo los dos presupuestos que permiten transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica. Critica las concepciones del modelo español como mixto, redundando en su heterorresponsabilidad. Así sobre las exégesis que apuntan en esta concepción de modelo mixto dice que adolecen de ajustarse a la literalidad del precepto, habida cuenta que el art. 31.bis no dice que las PJ *cometan el delito*. Defiende que la expresión “responsabilidad penal” es utilizada en sentido amplio, atribuyéndola a la PJ en virtud de un hecho de conexión consistente en el previo delito cometido por la persona física en su nombre o por cuenta de ella. Y que por lo tanto deberá acreditarse una acción típica y antijurídica de la persona física para verificar después que se cumplen los criterios de transferencia de la responsabilidad a la PJ. Conforme a este modelo dice, hay unos sujetos persona física que actúan y otro sujeto PJ que asume la responsabilidad de tal actuación. De lo que infiere que la PJ no comete propiamente el delito sino que deviene penalmente responsable por los delitos cometidos por otros. Señala que si la letra b) del apartado primero del art. 31.bis hubiera establecido que “el subordinado ha podido cometer el delito por la falta de control por la falta de control de la persona jurídica, indebidamente organizada, sí podría haberse construido un sistema de responsabilidad autónoma de la PJ, o mixto” (al agregarse al del apartado anterior que establece un modelo de responsabilidad vicarial).

Los magistrados del Tribunal Supremo que discreparon (recordemos que eran 7 de 15 los magistrados discrepantes) a través de su voto concurrente<sup>313</sup> en la STS nº

---

<sup>312</sup> La FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, en su *Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010*, de 1 de junio, p. 107, también postulaba un modelo de Heterorresponsabilidad, en su variante de responsabilidad por transferencia o vicarial.

<sup>313</sup> En las p. 34 y 35, FJ 2<sup>a</sup> del voto concurrente discrepante de la citada STS nº 154/2016, de 29 febrero, se realizan las siguientes manifestaciones significativas: “*La persona jurídica es responsable penalmente de los delitos cometidos por sus representantes o dependientes en el contexto empresarial, societario o asociativo (art. 31.bis, porque es culpable (en la escasa medida en que este concepto puede ser aplicado a una persona jurídica, que no deja de constituir una ficción). (...) “esta Culpabilidad la infiere el*

154/2016, de 29 de febrero entendieron que el modelo español era de Heterorresponsabilidad.

**Críticas.** Se le han hecho varias críticas a este modelo, así como a sus concretas variantes. Así PÉREZ ARIAS<sup>314</sup> critica que la variante de la Teoría de la Identificación supone dificultades para las grandes corporaciones debido a la división de funciones, además de no permitir la responsabilidad corporativa por la conducta individual fraudulenta de un directivo. NIETO MARTÍN<sup>315</sup> señala además el indeseado contubernio defensivo en el que se pueden orquestar la persona física y la PJ pues la corporación sabría que su suerte iría ligada a la de la persona física, creando una “*cultura corporativa tremadamente disfuncional en aras de crear un sistema de organización eficaz, reforzada por todo el efecto desaliento que tiene todo sistema de responsabilidad objetiva*”. Por no hablar de una posible obstrucción a la investigación judicial o administrativa<sup>316</sup>, ante la actitud de algunas corporaciones que intenten ocultar por todos los medios el delito, y el llamado “indeseado efecto de desaliento” por no premiar el esfuerzo realizado por la PJ de cumplir con la legalidad, incorporando en este caso un *programa de cumplimiento*.

En un buen análisis GÓMEZ TOMILLO se postula en contra de una responsabilidad vicarial o Heterorresponsabilidad en el sistema español por ser incompatible con el principio de personalidad de las penas. Cita además la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, y el refuerzo de su concepción por vía del artículo 31. Ter. 2 del CP, que regula la incomunicabilidad de circunstancias agravantes y atenuantes de la responsabilidad de la persona física, además de recordar que la muerte de la persona física no extingue la RPPJ. Por lo que expresamente manifiesta que la PJ responde por su propio Injusto y Culpabilidad, y que “*estamos ante un aliud frente al Injusto y Culpabilidad de la persona física, sin que el requerimiento de un hecho de conexión sea obstáculo para ello*<sup>317</sup>”.

---

Legislador, en el apartado a) del art. 31.bis CP que es el aquí aplicado, del hecho de permitir que sus representantes cometan un acto delictivo, en nombre y por cuenta de la sociedad y en su beneficio. Y se fundamenta en los principios generales de la ‘culpa in eligendo’ y la ‘culpa in vigilando’, o incluso si se quiere profundizar más, de la ‘culpa in constituyendo’ y la ‘culpa in instruyendo’.

<sup>314</sup> PÉREZ ARIAS, J. *Op. Cit.*, pp. 59, 61 y ss.

<sup>315</sup> NIETO MARTÍN, A. *Op. Cit.*, p. 96

<sup>316</sup> NIETO MARTÍN, A., “Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas”, AAVV NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 70.

<sup>317</sup> GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2<sup>a</sup>Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2105, p. 78 y ss, vid. especialmente p. 82.

La problemática derivada del nacimiento de la responsabilidad por un hecho ajeno, con clara vulneración de los principios esenciales de Culpabilidad propios del Derecho Penal ha sido una de las críticas más contundentes a este modelo<sup>318</sup>. ZUGALDIA ESPINAR<sup>319</sup> apunta que su principal defecto es que beneficia a las grandes empresas y perjudica a las pequeñas puesto que en estas últimas será más fácil encontrar al responsable individual que además se encuentre en la cúspide de la organización. Es lógico que el superior además busque un chivo expiatorio con el que librarse él y la empresa de responsabilidad penal. A lo que añade el citado ya efecto desaliento por no ver reconocidos sus esfuerzos organizativos encaminados a evitar los hechos delictivos. Como bien apunta este autor, citando además a NIETO MARTIN, se refuerza el pacto de silencio entre infractor y empresa.

El modelo de Heterorresponsabilidad también ha recibido críticas de GÓMEZ-JARA DÍEZ<sup>320</sup> quien certeramente apunta que “dependen de la constatación de una determinada actividad delictiva por parte de una persona física – o más aún: que las personas físicas hayan actuado dentro de su marco estatutario-.” Además, argumenta que no puede hablarse de un modelo vicarial con unas atenuantes específicas<sup>321</sup>.

La FGE, a pesar de posicionarse como modelo vicarial, en su Circular 1/2016 apunta que su principal dificultad está en determinar qué persona física pueden comprometer al ente colectivo con su actuación. Y además señala que al abordar “elementos que matizan el modelo de Heterorresponsabilidad empresarial<sup>322</sup>, atenuándolo” ello permitiría incluso hablar de responsabilidad autónoma, aunque no llega a la autorresponsabilidad *stricto sensu*.

FEIJOO SÁNCHEZ<sup>323</sup>, apunta que no puede existir una coincidencia absoluta entre el hecho de imputación de la responsabilidad individual y de la responsabilidad corporativa. Señalando que los inconvenientes del modelo vicarial, tanto desde la

<sup>318</sup> Así, PÉREZ ARIAS, J. *Loc. Cit.*

<sup>319</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 65.

<sup>320</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Autoorganización...”, *Op. Cit.* p. 24

<sup>321</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica” en BAJO FERNÁNDEZ, M.-FEIJOO SÁNCHEZ, B.- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona 2012, p. 181.

<sup>322</sup> *Vid.* en su p. 9, además critica la nueva redacción en relación con el art. 31.bis original, pues el anterior se refería a “no haberse ejercicio sobre ellos (los subordinados” el debido control con plausible interpretación de la PJ y sus *Programa de cumplimientos*, y en cambio con la nueva redacción al decir “haberse incumplido por aquellos” hace una necesaria remisión a las personas físicas (*Vid.* p. 7)

<sup>323</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., *El delito corporativo en el código penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, Aranzadi (Civitas Thomson Reuters), Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 50

perspectiva de legitimación jurídica como de sus consecuencias prácticas, obedecen a una misma debilidad conceptual de partida: se mantiene en clave individualista (identificación entre individuo y organización) de forma que no se diferencia adecuadamente entre individuo (infracción o responsabilidad individual) y organización (defecto organizativo o responsabilidad supraindividual). Opina que cuanto más se opte por la auto-regulación de forma coactiva, con el consiguiente estímulo de la definición, creación e implantación de mecanismos de autorregulación y auto-organización en detrimento de la “hetero-regulación”, existirá una mayor inclinación a optar por una responsabilidad penal en detrimento de una responsabilidad jurídico-administrativa (si bien para países como Alemania o Italia se mantiene una responsabilidad de naturaleza administrativa). Y sostiene que el único modelo de responsabilidad vicarial y estrictamente objetiva que existe para las PJ en el Código penal es la responsabilidad civil subsidiaria del artículo 120 del CP.

## 2.2    **Modelo de Autorresponsabilidad.**

**Concepto.** El modelo de autorresponsabilidad o de responsabilidad por el hecho propio se caracteriza por ser un modelo en el que como sabemos no hay transferencia de la responsabilidad de la persona física a la jurídica. La responsabilidad penal es fruto de la propia realidad de la PJ como estructura organizada independientemente de las personas que la hacen actuar, recordando la concepción de la persona jurídica de GIERKE, como hace PÉREZ ARIAS<sup>324</sup> quien explica este modelo en tanto que pueden ocurrir muchas omisiones no atribuibles a los directivos o representantes de la PJ por su imposibilidad de cambiar nada, debido a que éstas se deben a la propia PJ.

La FGE en su Circular 1/2016 al definir conceptualmente el modelo de autorresponsabilidad apunta que se trata de la responsabilidad directa o autónoma de la PJ, y que este modelo construye un sistema de imputación propio de la PJ, con nuevos conceptos de acción, Culpabilidad, circunstancias modificativas de la responsabilidad, punibilidad, etc., de tal modo que es propiamente el ente colectivo el que comete el delito.

**Características.** Se identifica con los modelos de responsabilidad organizacional, holísticos o integrales, en los que la atribución de responsabilidad se

---

<sup>324</sup> PÉREZ ARIAS, J., *Op. Cit.*, p. 60. A juicio de este autor está basada en la sociología de las organizaciones de CHARLES PERROW.

centra fundamentalmente en los elementos corporativos que han llevado o propiciado la comisión del delito por parte de alguna persona natural que desempeña funciones para la organización colectiva en éste, conceptos como la “cultura empresarial” o las “deficiencias organizativas” se transforman en criterios centrales para atribuir responsabilidad a la organización colectiva. Se funda en la capacidad o incapacidad de la propia entidad para evitar y detectar el delito, pero con ello no se elude que quienes actúan son personas físicas, es más, siempre se requiere un acto penalmente relevante de una persona física. En este contexto se encuentran países del *Common Law* como Australia, del *Civil Law* como Suiza. Se trata de intentar adecuar la responsabilidad penal a la propia realidad empresarial a fin de enfrentar situaciones de irresponsabilidad individual organizada, en la que la investigación de los individuos responsables “se estrella contra la fachada empresarial”, provocando un “déficit de prevención” y para hacer frente también a la conformación de grandes organizaciones empresariales en las que suele presentarse una escisión entre actividad operativa, tenencia de información y poder de decisión. Como bien apunta SALVO ILABEL “la cuestión pasa entonces por el mayor o menor grado de dependencia en los distintos sistemas entre los comportamientos humanos individuales y la responsabilidad de la entidad corporativa”. Mientras que en los sistemas vicariales y de identificación (heterorresponsabilidad) se establece una dependencia total, en los que van hacia una autorresponsabilidad la accesoria respecto de las actuaciones u omisiones de las personas físicas es comparativamente menor. Para PÉREZ ARIAS, en esta concepción del hecho propio, solo se podría imputar responsabilidad penal a la PJ tras analizar la relación de causalidad entre la organización y los daños producidos y se evidencie un defecto sistémico de organización.

La FGE en su Circular 1/2016 señala que en este modelo la PJ es culpable cuando omite la adopción de las medidas de precaución que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad empresarial.

NIETO MARTÍN<sup>325</sup> señala que su forma de plasmación más usual deviene por la exigencia que un miembro de la organización haya cometido una infracción delictiva para a continuación comprobar si la empresa disponía de un Programa de cumplimiento eficaz (para decidir sobre la existencia o no de Culpabilidad o defecto de organización),

---

<sup>325</sup> NIETO MARTÍN, A., “Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas” AAVV, (dir.) NIETO MARTÍN, A., *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 71.

con el fin de prevenir ese tipo de infracciones. Por sus características<sup>326</sup>, apunta que tanto en la UE como en el Derecho comparado resulta difícil catalogar un sistema dentro de este modelo, “por lo que más bien puede hablarse de una tendencia en virtud de la cual la responsabilidad del ente surge con independencia de las responsabilidades individuales”.

Esta concepción está íntimamente relacionada con el concepto de autorregulación, entendiéndolo como la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica para ostentar un derecho de autorregulación, y autoorganización interna. Enlaza además con la concepción de que el Estado no puede entrar a regular al detalle aspectos que de un lado la PJ conoce y puede hacer mejor, y de otro con la orientación político-criminal de crear buenos ciudadanos corporativos y de asignar a las PJ un papel más acorde con su realidad social. La empresa deviene como una suerte de gatekeepers de conductas conforme a Derecho, es decir que cumplen con su deber cuando generan una cultura de cumplimiento de la legalidad<sup>327</sup>. Y conceptos como la cultura empresarial de cumplimiento o de fidelidad al Derecho adquieren plenitud en este contexto. Además, la responsabilidad por el hecho propio de la PJ permite clasificaciones conceptuales<sup>328</sup> que facilitan hacer frente a las problemáticas derivadas de la irresponsabilidad organizada y la irresponsabilidad estructural, como cuando elementos de una imputación objetiva y subjetiva del hecho estarían diseminados por la PJ de tal suerte que no concurrirían los dos en una persona física individualizable.

**Derecho comparado.** Coincido con algunos autores que entienden su aparición como transición evolutiva por las problemáticas de inseguridad y falta de garantismo respecto de la PJ. Señala GÓMEZ-JARA DÍEZ<sup>329</sup> que a tenor de la concepción autopoética y de las consecuencias que tiene a la hora de conformar un concepto de Culpabilidad empresarial debe establecerse un modelo de autorresponsabilidad penal de la empresa.

---

<sup>326</sup> NIETO MARTÍN, A. “Derecho penal europeo y comparado. Cooperación judicial”..., *Op. Cit.* , p. 29.

<sup>327</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en BANACLOCHE PALAO, J-ZARZALEJOS NIETO, J.- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, 1<sup>a</sup> Ed., Madrid, marzo de 2011, p 31.

<sup>328</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Ibid*, pp. 36-37. Propone además, más adelante, una teoría del delito de la PJ en base a una Teoría Constructivista para ir conformando las diversas categorías de la Teoría Jurídica del Delito, estableciendo equivalentes funcionales entre la de la persona física y una para las PJ.

<sup>329</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, Vid. <http://criminet.ugr.es/repc/08/repc08-05.pdf>

Para NIETO MARTÍN<sup>330</sup> las legislaciones más recientes, como la de Italia, Reino Unido (*Bribery Act*), Suiza, Australia, Chile, EEUU y España han acogido este modelo. Para este autor<sup>331</sup> este modelo al que también denomina de Culpabilidad de empresa, porque se aprecia la Culpabilidad de ésta de manera individual, señala que tanto en la UE como en Derecho comparado resulta difícil catalogar un sistema dentro de este modelo, por lo que más bien puede hablarse de una tendencia en virtud de la cual la responsabilidad del ente surge con independencia de las responsabilidades individuales. Distingue entre delitos imprudentes y dolosos para exponer como en algunos países, a pesar de tener un modelo más bien de Heterorresponsabilidad en alguna de sus variantes, aplicando un enfoque por el tipo de delito, sea doloso o imprudente, encuentra la posible pertenencia de países como Francia y Reino Unido y Australia a este modelo. Así, exponiendo que, para los delitos imprudentes, existen interpretaciones de Culpabilidad de la empresa, como es el caso de Francia, en el supuesto de que la persona física responsable no ostente grado de Culpabilidad necesario para imputarle un delito imprudente, en cuyo caso la PJ responde por una agregación de distintas responsabilidades individuales o la “desorganización. Este autor, cita también el caso de Reino Unido donde el criterio decisivo es el “*management failure*” como agregación de diversas conductas imprudentes, aun y la constatación de la implicación de directivos de la sociedad. Respecto del Código Penal Australiano señala NIETO MARTÍN que “la Culpabilidad es atribuible a la organización cuando la conducta de la empresa aparece como imprudente en su conjunto” (aunque este código contenga previsiones que según qué casos parezca referirse a un modelo de indentificación y en otros a un modelo mixto. Siguiendo el planteamiento de este autor, en los delitos dolosos, cita la doctrina del conocimiento colectivo (*collective knowledge* visto *ut supra*) en los Estados Unidos, en Reino Unido la *Bribery Act*, y Suiza con su responsabilidad penal subsidiaria<sup>332</sup>.

---

<sup>330</sup> NIETO MARTÍN, A., “Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas”, AAVV NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 71. Además, señala que encuentra mayor acogida en el caso de delitos imprudentes que en los dolosos, y que la evolución jurisprudencial francesa y belga se está abriendo paso en ordenamientos que apostaron en un principio por la Heterorresponsabilidad.

<sup>331</sup> NIETO MARTÍN, A., “Derecho penal europeo y comparado. Cooperación judicial”, AAVV JUANES PESES, A. (dir.) – DÍEZ RODRÍGUEZ, E. (coord.), *La responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2015, p. 29 y ss.

<sup>332</sup> *Ibidem*, p.30. En el caso de Reino Unido como hemos visto *ut supra* se le exige a la PJ adoptar un sistema eficaz de prevención de corrupción, y en el caso de Suiza el autor cita el art. 100 de su Código penal en el que ante delitos de corrupción, blanqueo de capitales y terrorismo el defecto de organización se vincula a la infracción cometida siempre que el hecho no pueda ser adscrito a ninguna persona natural,

**Autores.** Autores que se alinean con este modelo para el sistema español son por ejemplo GÓMEZ-JARA DÍEZ<sup>333</sup>; NIETO MARTÍN, FEIJOO SÁNCHEZ<sup>334</sup>, entre otros. Se trata de un modelo que seduce pero que necesita de más encaje en nuestro ordenamiento. Es por ello que han existido numerosos pronunciamientos en la dogmática, que sin llegar a ser críticas o adhesiones al mismo conviene tener en consideración. Así, respecto del Modelo de Autorresponsabilidad y su aplicabilidad en el CP español QUINTERO OLIVARES<sup>335</sup>, valora positivamente el modelo de responsabilidad directa o autónoma de la PJ, “en el que se partiría de una Culpabilidad empresarial” que a su vez daría base a una responsabilidad penal contraída por la propia empresa y no derivada, aunque ese, a su juicio, no es el sistema seguido por el legislador español.

Ya mucho antes de las últimas reformas, en el año 2006, GÓMEZ-JARA DIEZ decía que, si se quisiera establecer un verdadero sistema de responsabilidad penal de la empresa, éste debería girar en torno a la propia organización empresarial y no en torno a la actuación de determinadas personas físicas, “dicho con otras palabras debe establecerse un modelo de autorresponsabilidad<sup>336</sup> penal empresarial”. Más tarde en una respuesta a las críticas planteadas al modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial insiste en la necesidad de una Teoría del Delito Empresarial, recordando que la complejidad de algunas organizaciones empresariales las dota de caracteres propios de autorreferencialidad, autoconducción y autodeterminación. Sin embargo, ante la regulación que entró en vigor poco antes del año 2011, manifestó<sup>337</sup> que el legislador ha optado por un sistema mixto de imputación, que parte de la heterorresponsabilidad penal empresarial y se encamina hacia la autorresponsabilidad

---

el delito haya sido cometido en el ejercicio de la actividad comercial y que la falta de adscripción del hecho a la persona individual se deba a una carencia de la organización interna.

<sup>333</sup> aunque el autor parte señalando que se trataría de un modelo mixto de imputación, termina concluyendo que las actuaciones de las personas físicas sólo operan como presupuesto de la RPPJ, pero no como fundamento de la misma. *Vid. en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, BdF, Montevideo-Buenos Aires, 2010, p. 4.

<sup>334</sup> Si bien entiende que “el Código Penal no parte de un modelo puro de autorresponsabilidad que prescinda totalmente de la responsabilidad penal de las personas físicas”. Así en *El delito corporativo en el Código Penal español*, 2<sup>a</sup> Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 102.

<sup>335</sup> QUINTERO OLIVARES, G., “Comentarios al Libro I: Título II (arts. 31.bis a 31 quinqués)”, AAVV QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) – MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al Código penal español. Tomo I (arts. 1 a 233)*, 7<sup>a</sup> Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 386-387.

<sup>336</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Autoorganización...”, *Op. Cit.*, p. 21

<sup>337</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “Sistemas de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en BANCOCHE PALAO J., ZARZALEJOS NIETO J., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, marzo de 2011 (1<sup>a</sup> ed.), p.65. *Vid infra* en modelo mixto.

penal empresarial. También en la exposición de su visión de la tipicidad subjetiva<sup>338</sup> recalca que era absolutamente necesario sostener un modelo de responsabilidad por el hecho propio y no por el hecho ajeno. Este autor ha venido defendiendo este modelo de RPPJ ya desde hace mucho tiempo con argumentos claros y bien desarrollados. Entre los cuales podemos destacar que los modelos de autorresponsabilidad hacen frente a los déficits de los planteamientos anteriores en tanto que son “más justos” por cuanto se responsabiliza a la PJ solo de aquello de lo que realmente le es reprochable, y político-criminales más adecuados<sup>339</sup>. Este autor postulaba la reforma del Código Penal para establecer un “genuino Derecho penal empresarial español, lo que debería ser una verdadera responsabilidad penal empresarial no fundamentada en ciertas actuaciones de personas físicas, sino en la organización de la propia empresa<sup>340</sup>”.

Por su parte, ante la reforma del año 2010, FEIJOO SÁNCHEZ<sup>341</sup> ya manifestaba que, si bien existía un presupuesto formal de la comisión de un delito por parte de la persona física, existen datos en el ordenamiento jurídico de que la PJ responde por su propio hecho o por su propio Injusto y de la Culpabilidad de la persona física.

Para BAJO FERNÁNDEZ<sup>342</sup> un análisis sistemático de la nueva regulación con la Constitución, el Derecho administrativo sancionador y demás normas del Ordenamiento conducen a la exigencia de la autorresponsabilidad de la PJ. Este autor parte de la base de que la RPPJ depende de la comisión de una acción propia (principio

---

<sup>338</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en BANCOCHE PALAO J., ZARZALEJOS NIETO J., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, marzo de 2011 (1<sup>a</sup> ed.), p.41.

<sup>339</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas” AAVV, ARROYO JIMÉNEZ, L.- NIETO MARTÍN, A. (dirs.) *Autorregulación y sanciones*, 1<sup>a</sup> Ed., Valladolid, noviembre de 2008, p. 293.

<sup>340</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194, C 08-05 (2006), p. 3, en <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>

<sup>341</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. “Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal” en BAJO FERNÁNDEZ, M.-FEIJOO SÁNCHEZ B.J.-GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, 1<sup>a</sup> Ed., Cizur Menor (Navarra), 2012, p.72. Más adelante este autor expone que simplificando mucho existían entonces 3 grandes modelos posibles alrededor de los que se puede construir una fundamentación dogmática sobre la RPPJ en el ordenamiento español, sin perjuicio de que existan ulteriores matices entre autores: 1. Modelo del “hecho de referencia” o del “hecho de conexión”, 2. La Culpabilidad como defecto de organización plasmada en el hecho concreto, 3. El defecto de organización como Injusto de la PJ del que se tiene que hacer culpable a la propia PJ. *Vid et cfr.* pp. 74 a 86.

<sup>342</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. “Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador español” en BAJO FERNÁNDEZ, M. – FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2<sup>a</sup> Ed. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el código penal, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2015, p. 29.

del hecho) y la imputación de una Culpabilidad también propia (principio de Culpabilidad).

Ya *ab initio* ZUGALDÍA ESPINAR<sup>343</sup> defendía que el propio texto legal hace responsable a la PJ “*con total y absoluta independencia de que se identifique o no* (“levantamiento del velo”) *a la persona física que ha actuado en su seno, o de que no se pueda proceder contra ellas por haber fallecido o haberse sustraídos a la acción de la justicia*”. Entiende que el legislador ha configurado un Injusto de la PJ. Defiende además la trascendencia fundamental que tiene el hecho de que la PJ responda por su propia acción y por su propia Culpabilidad (no se trata pues de transferir la acción de un sujeto a otro, sino de atribuísela directamente a uno de ellos). Aborda en dicha defensa un planteamiento desde 4 ángulos (a mi juicio imprescindibles): a) la inconstitucionalidad de una responsabilidad objetiva por hecho ajeno; b) la necesidad de establecer, a nivel dogmático, los criterios normativos de imputación del hecho de referencia (el de la persona física) a la persona jurídica para considerarlo como propio de ella, como su autora (tanto a nivel de imputación como ilícito como a nivel de imputación como Culpabilidad); c) La posibilidad de seguir proceso penal indistintamente contra la persona física o la PJ o contra ambas; y d) la necesidad político-criminal preventivo de la fundamentación y legitimación del sistema de RPPJ para que la pena sea también legítima (hecho ilícito sea visualizado en el contexto social como obra de la PJ).

DÍEZ RIPOLLÉS<sup>344</sup>, en el año 2012 analizaba como “sistemas de imputación de RPPJ” el modelo de transferencia, el modelo de autorresponsabilidad y el modelo mixto. Respecto del modelo de transferencia opinaba que infringe el Principio de responsabilidad por un hecho propio, elemento constitutivo del Principio de imputación personal, en su vertiente cuantitativa. Para él, el modelo de imputación adecuado para la RPPJ sería aquel en el que el hecho delictivo societario, que se imputa a la sociedad, se configura como hecho delictivo propio, aquel que es ejecutado materialmente por sus representantes o empleados. Y “*ello exige configurar un nuevo sujeto de imputación, la persona jurídica, y un sistema de responsabilidad penal ajustado a sus características, sin que la deseable semejanza de ese modelo de autorresponsabilidad al vigente para la*

---

<sup>343</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas...*, Op. Cit., p. 70.

<sup>344</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., en “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, en *Indret* nº 1/2012, Barcelona 2012, publicado en <http://www.indret.com/pdf/875.pdf>, p. 7 y ss. (*vid. et cfr.* sus notas al pie 18 y 20).

*responsabilidad penal de la persona física deba condicionar decisivamente su construcción*” (SIC). El modelo de autorresponsabilidad, a juicio de este autor, se puede fundar en 4 criterios alternativos de imputación: 1º) Imputa a la Persona Jurídica el hecho materialmente realizado por sus representantes o empleados, que se considera un hecho delictivo propio de la sociedad, por lo que es en ella en que ha de darse el Injusto culpable del hecho, sin perjuicio de la responsabilidad de la persona física y aquí sitúa a GÓMEZ JARA , 2º) Imputa a la Persona Jurídica un defecto de organización concreto, el cual ha facilitado o no ha impedido que sus representantes o empleados hayan realizado un hecho delictivo singular, será ese defecto de organización concreto lo que constituya el hecho delictivo propio de la sociedad, y aquí sitúa a NIETO MARTÍN. 3º) Imputa a la Sociedad una cultura corporativa defectuosa, esa cultura societaria defectuosa (fomentando o no impidiendo a lo largo del tiempo la realización por sus representantes de hechos delictivos como el concreto acaecido) no constituirá el hecho delictivo propio de la sociedad y aquí sitúa a HEINE y en parte también a GÓMEZ-JARA DÍEZ. 4º) Imputa a la Persona Jurídica una reacción defectuosa frente al hecho delictivo, ya realizado por sus representantes o empleados, y es la ausencia de ese comportamiento post-delictivo adecuado lo que constituye el hecho delictivo propio de la sociedad.

CARDONA TORRES<sup>345</sup>, decía ya con la reforma de 2010 que se había pasado a un sistema de “autorresponsabilidad” de la persona jurídica en la que no viene establecida una concatenación directa de los principios de tipicidad, antijuridicidad y Culpabilidad individual del sujeto activo, y en el que la Culpabilidad le venía impuesta en relación a los delitos cometidos por otros y la pena imponible puede recaer incluso en otras entidades o personas jurídicas por transformación o absorción o escisión de la persona jurídica anterior responsable penalmente.

Para la FGE existen una serie de elementos<sup>346</sup> que “vienen a matizar el modelo de Heterorresponsabilidad empresarial, atenuándolo, permitiendo incluso hablar de responsabilidad autónoma de la persona jurídica en el sentido de que su sanción no depende de la previa declaración de responsabilidad penal de la persona física, pero no llegan a cimentar un sistema de imputación propio o de autorresponsabilidad de la PJ en sentido estricto, que exigiría dolo o culpa propia”, le atribuye al CP importantes

---

<sup>345</sup> CARDONA TORRES, J. en “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Diario La Ley* nº 7699, Año XXXII, 21 sept. 2011, ref. D-348.

<sup>346</sup> *Vid. Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado*, pp. 8 a 10.

elementos de autonomía a la responsabilidad destacando: 1) la independencia de la declaración de responsabilidad penal de la persona física para la PJ, incluyéndose las diferentes formas de autoría y participación, y tentativas; 2) la innecesidad de la identificación del autor del delito o la imposibilidad de dirigir el procedimiento contra él; 3) la no traslación de las atenuantes y agravantes relativas a la Culpabilidad de la persona física a la PJ, incluso aunque la persona física hubiere fallecido o se hubiere sustraído a la acción de la justicia; 4) la existencia de unas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal específica y un sistema propio de penas, con particulares reglas de aplicación (aunque exista un sistema de compensación de responsabilidades entre la persona física y la PJ ex. art. 31.ter); 5) la autonomía de la responsabilidad de la PJ se refuerza muy notablemente con el valor eximente otorgado a los programas de organización.

El Tribunal Supremo, por su parte, en la STS nº 154/2016, en su FJ 8<sup>a</sup>, recordando que la voluntad del legislador ha sido alejarse de planteamientos de Heterorresponsabilidad, basándonos en los planteamientos expuestos<sup>347</sup>, en nuestra opinión<sup>348</sup>, se decanta por un modelo de autorresponsabilidad, sin bien con matices.

**Críticas.** De entre las críticas recibidas podemos destacar las de PÉREZ ARIAS<sup>349</sup>, quien entiende que este modelo supone una artificiosa teoría jurídica que atenta, entre otros, contra el principio de imputabilidad “*entendida esta, en palabras de COBO DEL ROSAL, como la capacidad de comprender y valorar la licitud del hecho y de actuar según esa apreciación*”. Además, destaca la imposibilidad de predicar ningún

<sup>347</sup> En el FJ 8<sup>a</sup> el ponente, Magistrado Maza Martín expresa lo siguiente: “*El sistema de RPPJ se basa sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización.*” (...) “*La determinación del actuar de la PJ se ha de establecer a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por 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 físicas 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 CP como posibles antecedentes de esa RPPJ.*” (...) “*No se puede exigir a la persona jurídica que acrede la inexistencia de los elementos de los que se deriva su responsabilidad, al igual que ello no se hace ni se puede hacer con la persona física.*” “*(...) contemplados en la propia norma con una clara vocación de atribuir a la entidad la responsabilidad por el hecho propio, en los que puede declararse su responsabilidad con independencia de que “... la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella” (art. 31.ter 1 CP) y, por supuesto, considerando semejante responsabilidad con absoluta incomunicación respecto de la existencia de circunstancias que afecten a la Culpabilidad o agraven la responsabilidad de la persona física que no excluirán ni modificarán en ningún caso la responsabilidad penal de la organización.*”

<sup>348</sup> Así también parece, DEL ROSAL BLASCO, en su artículo publicado en la *La Ley, Op.Cit.*, p. 3.

<sup>349</sup> PÉREZ ARIAS, J., *Op. Cit.*, p. 62

acto o efecto de la PJ con abstracción del poder de control de las personas físicas responsables, siendo el diseño del debido control algo analizable tan solo desde el punto de vista de la conducta humana.

La FGE en su Circular 1/2016 encuentra este modelo más ambicioso, pero de más difícil encaje en un Derecho penal antropocéntrico. Y destaca que su principal escollo estribaría en fundamentar la Culpabilidad del ente colectivo a partir de la “Culpabilidad por defecto de organización”.

CUGAT MAURI<sup>350</sup>, destaca que existe una “*falta de definición del modelo de RPPJ, que según el Preámbulo de la LO 1/2015 habría dejado de ser vicarial, cuando, en realidad, continúa apoyándose en el hecho de referencia de la persona física*”, apuntando las problemáticas interpretativas que ello suscita.

### **2.3. Modelo Mixto de RPPJ.**

**Concepto.** Es un modelo de RPPJ que aúna elementos del modelo de Heterorresponsabilidad y elementos del modelo de Autorresponsabilidad, creando un nuevo modelo que a su vez permite diferentes variantes. Así, si el modelo de Heterorresponsabilidad en la RPPJ significa que de una forma u otra se hace responder penalmente a una PJ por el hecho delictivo de una persona física, y el modelo de Autorresponsabilidad significa que se hace responder penalmente a una PJ por un hecho propio, ha sido acertado por la doctrina plantarse la posibilidad de un modelo mixto de RPPJ en el que se den elementos de los dos modelos anteriores. Plantearía distintas posibilidades como por ejemplo el supuesto de un Injusto en el que una vía de imputación fuere de Heterorresponsabilidad y la otra de Autorresponsabilidad. U otro caso sería, por ejemplo, que el Injusto se concibiera de Heterorresponsabilidad, (o Mixto), y la Culpabilidad de Autorresponsabilidad. Así sería si en un caso se entiende que el Injusto es el de la persona física que lo transfiere a la persona jurídica, pero, sin embargo, la Culpabilidad es propia de la persona jurídica, sostenida por ejemplo en un defecto de organización. En una fundamentación de la RPPJ concebida así, el modelo que sigue es a nuestro juicio el Mixto.

---

<sup>350</sup> CUGAT MAURI, M., “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las Compliance”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV (2015), p. 957.

En nuestra opinión, el análisis debería abarcar también los elementos que conforman el Sistema de RPPJ, ya visto *ut supra*, pues de un lado tienen incidencia en la configuración del Injusto y de la Culpabilidad, y por otro marcan con claridad la presencia de notas de autorresponsabilidad muy marcadas con otras en las que la interrelación con las personas físicas hace difícil plantear un modelo de Autorresponsabilidad puro.

Así, por ejemplo, la posibilidad de que se vea afectado el Injusto de la PJ por la anulación de la tipicidad o de la antijuridicidad de la persona física, así como la modulación de la pena de multa impuesta a ambos, serían factores, a nuestro juicio, cuya consideración impediría una concepción absoluta de Autorresponsabilidad, de Autorresponsabilidad pura. Sin embargo, ocurre que en los posicionamientos se ha tendido a decantarse bien por Autorresponsabilidad, bien por Heterorresponsabilidad, aunque dentro de estos modelos el posicionamiento no fuera absoluto, pleno o puro.

En otra línea, el informe<sup>351</sup> del Consejo General del Poder Judicial de 26 de febrero de 2009, al Anteproyecto de la LO de reforma que dio lugar a la LO 5/2010, de 22 de junio, manifestó que sería por un lado vicarial cuando se estuviera ante la responsabilidad por los representantes y por hecho propio en el caso de responsabilidad por los empleados derivado de una ausencia de organización en la corporación.

En la misma línea, la FGE<sup>352</sup> en su Circular 1/2016 expone que conforme a este modelo la letra a) del apartado primero del art. 31.bis sí consagraría la responsabilidad por transferencia o vicarial, al trasladar a la persona jurídica la responsabilidad por los delitos cometidos por su cuenta y en su provecho por las personas físicas con poder de dirección o autoridad para tomar decisiones y, por lo tanto, para comprometer a la PJ. Por el contrario, la letra b) responsabilizaría a la PJ por los delitos cometidos por quienes, estando sometidos a la autoridad de las anteriormente mencionadas personas

---

<sup>351</sup> El Informe de 26 de febrero de 2009, del Consejo General del Poder Judicial, al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ya apuntala en su página 7 que “*la teoría de la imputación, que en el caso de las personas físicas exige que el hecho sea penalmente ilícito (imputación del hecho como hecho típico y antijurídico) y haya sido realizado por un autor culpable (imputación como Culpabilidad). La teoría general de la imputación de hechos es igualmente válida cuando se trata de personas jurídicas. En consecuencia, una persona jurídica delinque cuando se le puede imputar como propio un acto penalmente típico y no justificado, y, además, se puede afirmar que en su realización ha mediado Culpabilidad de la propia persona jurídica. Es decir, al igual que sucede con las personas físicas, el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas constituye un problema normativo de imputación, tanto a nivel de Injusto como de Culpabilidad, y, en consecuencia, no puede resolverse mediante el inconstitucional principio de responsabilidad penal objetiva.*” Y formulaba una acertada crítica en las p.11 y ss. con respecto al planteamiento de una responsabilidad vicaria en ambas vías de imputación del art. 31.bis del CP.

<sup>352</sup> *Vid.* Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado, p. 4 y ss.

físicas, pudieron realizar los hechos por no haberse ejercicio sobre ellos el debido control. Entendiendo que ese “debido control” remitiría a la propia PJ deficientemente organizada (acogiendo así las tesis de la Culpabilidad de la empresa), y añade que la reforma de la LO 1/2015, con la regulación de los programas de cumplimiento normativo, habría venido precisamente a reforzar esta posición.

Como bien decía PÉREZ ARIAS, eso explica que gran parte de la literatura penal actual tenga que suponer, como premisa incontestable, la existencia de un hecho propio como fundamento de la RPPJ.

**Características.** Este modelo se caracteriza por ser más complejo que cualquiera de los anteriores, y al aunar elementos de hetero y autorresponsabilidad puede ser confundido con alguno de los anteriores. Para determinar cuando estamos ante un modelo mixto hay que atenerse, según refieren varios autores, y como venimos haciendo, al nivel de accesoriedad de la persona física para construir la responsabilidad de la PJ. Sin embargo, es ciertamente difícil su delimitación.

**Derecho comparado:** Según NIETO MARTÍN<sup>353</sup>, incluye las *Guidelines* del sistema norteamericano, así como las previsiones en Italia del D.L. nº231 de 2001, y parece que igualmente así lo entendía del art. 31 bis del Proyecto de reforma del CP español, al tratarse de sistemas mixtos que parten del sistema vicarial para a continuación sumarle la idea de Culpabilidad de la empresa como criterio de determinación de la pena. A nuestro juicio España tiene un Modelo Mixto que tiende a la Autorresponsabilidad (aunque también cabría decir que es un Modelo de Autorresponsabilidad no absoluto, o no puro), en tanto que aúna elementos de Heterorresponsabilidad y de Autorresponsabilidad en su modelo de RPPJ. Además, todo el Sistema de RPPJ establecido con las penas, atenuantes y eximentes, independencia de la persona física y la PJ, proporcionalidades, etc., le dan un marcado carácter de sistema independiente, propio, distinto, y autosuficiente, sin bien requiere de unos parámetros de la persona física.

**Autores.** Son varios los autores que se han venido pronunciando sobre la existencia, del modelo mixto en el vigente código penal. Podemos destacar a FEIJOO SÁNCHEZ<sup>354</sup>, quien ya exponía en 2011 que “el CP no recoge como opción doctrinal

---

<sup>353</sup> NIETO MARTIN, A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, 1º Ed., Madrid 2008, p. 88.

<sup>354</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., (dir.) *Estudios sobre las Reformas del Código Penal Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011*, de 28 de enero, Civitas, Madrid, 2011, p. 80 y ss.

una idea de autorresponsabilidad absoluta en el sentido de que se pueda prescindir por completo del “factor humano”, por lo que hace falta al menos una persona física que haya realizado un hecho típico y antijurídico” diciendo que se puede denominar como una accesoriedad media. DE LA CUESTA ARZAMENDI<sup>355</sup> justifica la necesidad de fundamentar la responsabilidad penal propia de la PJ con base en su hecho propio y no por el “inevitable hecho de referencia”, pues, aunque lo considera presupuesto entiende que no puede ser considerado su “fundamento”, salvo que aceptemos la “responsabilidad penal por el hecho ajeno”. Si bien en su análisis encuentra elementos que dan una configuración aparente de Heterorresponsabilidad, este autor apuesta claramente por defender que ya el art. 31.bis en su redacción anterior a la LO 1/2015 se hallan elementos de autonomía de la responsabilidad. De tal suerte que en la primera vía de imputación encuentra poco margen de juego a todo lo que no sea responsabilidad objetiva de la entidad por la actuación de otro, y solo en la segunda vía de imputación ve factible la construcción de una responsabilidad propia de la PJ, en la falta del debido control.

En un intento de superar las carencias y problemáticas que suscitaban las tesis de Heterorresponsabilidad y las de Autorresponsabilidad penal, GALAN MUÑOZ<sup>356</sup> estimaba que el fundamento de la RPPJ, con la redacción dada por LO 5/2010, era la “infracción del deber colectivo de control de riesgos que el citado precepto dirigiría a todos los entes dotados de personalidad jurídica”.

CARBONELL MATEU<sup>357</sup>, ya postulaba, en relación a la modificación operada por la LO 5/2010, que la reforma parecía adoptar un camino intermedio entre la responsabilidad directa de las personas jurídicas por el hecho propio, que es el modelo que defiende el autor, y el de la traslación de responsabilidad derivada del hecho cometido por las personas físicas como consecuencia del “defecto de organización”. De hecho, en su opinión la reforma apostaba por una responsabilidad directa en tanto el uso

---

<sup>355</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, AAVV DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.(dir.) –DE LA MATA BARRANCO, N.J. (coord.)*Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 68-70.

<sup>356</sup> GALÁN MUÑOZ, A., “La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 16, Iustel, Madrid, 2011, *passim*. Publicado también en la web de la Revista de Estudios de la Justicia, nº 15, 2011. *Vid.* [http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej15/GALAN%20\\_11\\_.pdf](http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej15/GALAN%20_11_.pdf)

<sup>357</sup> CARBONELL MATEU, J.C., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su ‘dogmática’ y al sistema de la reforma de 2010”, en *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época* – Núm. 101, septiembre 2010, pp. 31 y ss. Vemos cómo, aunque el autor describe para el modelo español con la reforma de 2010 un modelo que se acerca más al mixto, defiende a lo largo de todo su trabajo un modelo de responsabilidad directa, esto es de Autorresponsabilidad.

por el legislador de la expresión “las personas jurídicas serán penalmente responsables” y la posibilidad de exigírsele esa responsabilidad penal aún y no concretar la persona física. Aunque criticaba que se echaba a faltar la atribución de una responsabilidad por el hecho propio de la PJ como sería cuando se produjeren hechos constitutivos de delito que sean consecuencia de acuerdos adoptados por sus órganos sociales, a los que legal o estatutariamente correspondiere la adopción de decisiones ejecutivas.

Para QUINTERO OLIVARES<sup>358</sup> el legislador español ha seguido un sistema de responsabilidad por impregnación o derivada que condiciona la responsabilidad de la PJ a actuaciones de alguna de las personas físicas que la integran a partir de un “hecho de conexión”, legalmente regulado y determinante de la responsabilidad del ente. Siendo a partir de ese momento propia y con su propia consecuencia punitiva. Lo cual, en nuestra opinión viene a ser una construcción de tipo mixto. En su planteamiento la transferencia de responsabilidad a la PJ vendrá determinada por la presencia del interés de ésta o la contribución de su desorganización. Y postula que afirmar que el grupo (la empresa) no puede constituir decisiones delictivas, aunque las ejecuten individuos, es desconocer la realidad y es además innecesario<sup>359</sup>. La responsabilidad de la PJ es propia, aunque su fundamentación esté necesariamente vinculada a las acciones de las personas físicas que las gobiernan y que por ellas y para ella actúan, dominando su voluntad y sus decisiones en el mercado y en la sociedad. Estamos de acuerdo en que esa condición de propia habrá de obligar a dotarla del correspondiente estatuto procesal, pudiendo incluso enfrentarse a las personas físicas que sostengan que han actuado a favor de ellas.

**Críticas.** La FGE no realiza en sí una crítica al modelo mixto, en abstracto, sino que realiza una crítica a los que conciben este modelo mixto para el CP español, analizando con profusión y rigor la arquitectura sobre la que se ha construido, y cuestionando, como ya hiciera ante la LO 5/2010, con su Circular 1/2011 que lo que se dice en el Preámbulo se ajuste a lo redactado. No obstante, reconoce –como vimos– que existen también importantes elementos que atribuyen una indudable autonomía a la responsabilidad de la empresa.

---

<sup>358</sup> QUINTERO OLIVARES, G., “Comentarios al Libro I: Título II (arts. 31.bis a 31 quinqués)”, AAVV QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) – MORALES PRATS, F., (coord.) *Comentarios al Código penal español. Tomo I (arts. 1 a 233)*, 7<sup>a</sup> Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 386-387.

<sup>359</sup> *Ibidem*, p. 389. Nos dice este autor que el *factor humano* en la configuración de la imputación del hecho a la PJ exige y permite la verificación del dolo o de la imprudencia que exija un tipo de delito, sea la contaminación ambiental o la distribución de sustancias tóxicas, actitudes subjetivas que han de concurrir en la “inteligencia” de la persona física, que son las que soportan esa imputación subjetiva y la declaración de Culpabilidad.

## **2.4. Algunas conclusiones sobre el modelo de RPPJ. Hacia un modelo de autorresponsabilidad.**

La primera conclusión a la que llegamos en este apartado, es que, a pesar de la necesaria sistematización, tanto a efectos de estudio como por sus consecuencias en la práctica, de los tres modelos existentes, nosotros entendemos que el modelo vigente en España es el modelo Mixto pero con una gran tendencia a la Autorresponsabilidad.

Considero que existen importantes argumentos de *lege lata* para llegar a esa conclusión. Así de la propia literalidad del Código Penal, que hemos ido viendo en las páginas precedentes, así como los que hemos apuntado en el apartado del Sistema de RPPJ como son unas eximentes y atenuantes propias de la PJ, unas medidas cautelares propias, un sistema con sus propias reglas procesales, un sistema con sus propias reglas de responsabilidad civil “ex delicto”, un sistema con sus propias reglas de individualización de la pena, un “sistema blindado para evitar su burla”, un sistema con su propio catálogo de penas, un sistema de *numerus clausus* de delitos, un sistema de responsabilidad criminal directa y con sujetos activos limitados, un sistema de responsabilidad criminal acumulativa pero a la vez independiente, y un sistema de doble vía, en el que el tipo de la PJ viene condicionado por el delito que comete la persona física<sup>360</sup>.

Pero a estos argumentos deben añadirse los presupuestos **constitucionales** la responsabilidad por el hecho propio, el principio de personalidad de las penas, el Principio de Culpabilidad, etc.

Pero, además, existen decisivas razones **político-criminales** para que las PJ implementen una Cultura de Cumplimiento. Desde una perspectiva de prevención especial vemos el importante papel que acaban jugando los Compliance Programs, e incluso cómo con su implementación antes del juicio oral la PJ puede cambiar su Culpabilidad.

Para centrarnos en que en la mayoría de supuestos la RPPJ viene porque a la PJ se la responsabiliza de no tener una Cultura de Cumplimiento, de adolecer de una falta de estructura organizativa, y de la no implementación de unos programas de cumplimiento, unos protocolos de actuación, que serán efectivos en la prevención, detección y reacción ante delitos que puedan cometerse en el seno de la PJ. Lo cual nos

---

<sup>360</sup> Si bien, ya adelantamos que la relación es más concretamente entre el Injusto de la persona física y el tipo de la persona jurídica. *Vid.* epígrafe 3, de la Segunda parte.

Lleva a que no es tanto que la PJ sea quien ejecuta la estafa (ad ex) como quien “facilita” o no evita o no dificulta lo suficiente que se cometa. O incluso no detecta, o no reacciona ante el ilícito. Pudiendo darse a nuestro juicio, distintas posibilidades entorno al criterio de imputación, pues si una Empresa que trata sustancias tóxicas y peligrosas, realiza un vertido contaminando gravemente el medio ambiente, y lo hace con pleno conocimiento de ello, sabiendo cuáles serán las consecuencias, y a la postre tomando medidas para que se dificulte la detección de los responsables, todo indica que podemos imaginar que la PJ ha actuado con dolo. Pues si todo el consejo de Administración de la PJ se ha puesto de acuerdo para llevar a cabo el delito, han estudiado y calculado la forma más rentable y menos expuesta de cometerlo, han tomado varias decisiones y han dado instrucciones precisas en tal sentido, existe conocimiento por los órganos encargados de tomar las decisiones, y voluntad que queda plasmada en sus ejecuciones y la toma de acuerdos que acreditan ese dolo. Además, habrán fallado (o se habrán desactivado) los controles que pudieren existir.

En otro caso, tal vez nos encontraríamos en que una empresa con tal de poder captar un volumen de clientes elevado, acaba permitiendo conductas que pueden acabar constituyendo delitos de corrupción entre particulares. En ese caso, aun y teniendo un programa de cumplimiento, y haber dado una parca formación sobre el mismo no llegaría a la exoneración de RPPJ.

De *lege ferenda* estimamos que el mejor modelo sería el de Autorresponsabilidad por cuanto se ha dicho. Así, además de la gran tendencia del modelo Mixto español a la Autorresponsabilidad, que indicamos, todo apunta a que nos encaminamos hacia el modelo de Autorresponsabilidad. Es decir, que con el paso de los años se irán colmando etapas hacia ese concepto, a medida que se desarrolle todo un sistema de teoría del delito para la persona jurídica, específico, y a medida también de que vaya cristalizando la doctrina emanada por el Tribunal Supremo, y a medida también, de que otros países vayan adoptando posiciones más cercanas. Y ello, es así por cuanto a la PJ no se la responsabiliza siempre por la ejecución material del delito, como podría ser a través de un programa informático, o un robot, o una máquina con inteligencia artificial, que cometa los delitos de los artículos 197 y ss. del CP.

Existirán supuestos en los que, por la complejidad de la situación, será harto difícil delimitar con precisión el hecho de conexión. En tal caso, si nos detenemos a analizar rigurosamente el hecho de conexión como un requisito inescindible a la hora de determinar la existencia de RPPJ bien podría llegar a ocurrir que éste es de muy difícil

delimitación, lo mismo que con la persona física que realiza la acción u omisión del tipo penal. Otro ejemplo futurable lo encontraríamos ante el supuesto en el que se ampliara el catálogo de delitos de los que se hace responsable penalmente a la PJ por vía del art. 31 bis del CP, y se incluyera el homicidio (incluido por imprudencia). Nos referimos, al supuesto de vehículos que circularían sin que ninguna persona física los condujera. Es decir, los conduciría un sistema informático. Y en un momento dado, por un mal funcionamiento, un fallo de sistema, o por cualquier incidencia de “difícil explicación” (y sujeta a diversas interpretaciones periciales), se produce la muerte de un ser humano. Entonces, en ese caso, resulta a nuestro parecer, que más allá de una eventual responsabilidad civil de la empresa, más allá de unas consecuencias accesorias, lo que procedería sería la imputación penal a la empresa y su condena, llegado el caso.

Concluyendo pues, que existen muchos elementos de Autorresponsabilidad, y la PJ responde por un Injusto propio y una Culpabilidad propia. Sin embargo, dicho concepto de autorresponsabilidad no es absoluto, o puro, por cuanto más allá de la necesidad del delito de la persona física en alguna de las vías de imputación, lo cierto es que existe una interrelación entre persona física y PJ que debe ser tenida en cuenta. Así, la falta de Culpabilidad en la persona física no tendrá ninguna trascendencia en la RPPJ, sin embargo, la anulación del Injusto en la persona física determinará la no existencia de RPPJ por cuanto faltarán uno de los elementos del tipo de la PJ. Ello significa, que de alguna manera las causas de justificación en la persona física acabarían afectando a la RPPJ. Por ese motivo no estimamos del todo correcto decir que se trata de un modelo de Autorresponsabilidad, aunque casi lo sea, y tienda hacia él, y preferimos decir que el modelo es Mixto (lo cual no quiere decir que ello signifique al 50%) con una gran tendencia a la Autorresponsabilidad. Aunque también podemos decir que se trata de un modelo de Autorresponsabilidad no puro, o no completo, o no absoluto. Como veremos en el próximo apartado, la construcción del Injusto y de la Culpabilidad y como se llega a esa construcción poseen una gran importancia en la delimitación del propio modelo, del que a su vez se parte para construirlas. Veamos a continuación el fundamento de la RPPJ.

### **3. Fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español.**

#### **3.1. Introducción: Hacia una teoría del delito de la persona jurídica.**

Conocido es que en la moderna dogmática del Derecho penal<sup>361</sup> se requiere una acción que sea típica, antijurídica, culpable y en algunos casos que cumpla los presupuestos de punibilidad para poder proceder a la condena por un delito a una persona física. A ello le llamamos las categorías, básicas, en torno a las cuales se construye el “sistema” de la Teoría del Delito. La conocida Teoría del delito es pues un sistema categorial clasificatorio y secuencial en el que se van elaborando todos los elementos comunes a todas las formas de aparición del delito. Ante la aparición de la RPPJ tanto antes de 2010, pero sobre todo desde entonces, la doctrina ha ido elaborado diferentes concepciones en torno a esa teoría del hecho punible de la PJ. Y lo cierto es que, una vez instalada en nuestro ordenamiento –de forma incontestable- la RPPJ o bien hablamos de una modificación, o ampliación, de la Teoría del Delito como la veníamos conociendo, con sus distintos matices, o bien hablamos de una nueva Teoría del Delito para las PJ, pues lo relevante es que la RPPJ además de haber cristalizado como una realidad objetiva, especialmente después de la última reforma de 2015, es y viene siendo objeto de estudio y análisis por gran parte de la doctrina.

En cualquier caso, no es ocioso recordar aquí que sea cual fuere el camino que se tome no se puede perder lo conseguido con tanto esfuerzo tras varios siglos de desarrollo en del Derecho penal para las personas físicas, y seguir avanzando en esa concepción moderna (garantista, afinada) de la dogmática jurídico penal.

A pesar de la existencia de ciertas similitudes con la regulación de la RPPJ en otros países –especialmente Italia- debemos convenir con QUINTERO OLIVARES<sup>362</sup>

---

<sup>361</sup> Así podemos citar en España, entre otros a MUÑOZ CONDE, F. – GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 8<sup>a</sup> edición, Tirant lo Blanch, p. 205, y en Alemania a ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Civitas, Madrid, 2008, p. 193.

<sup>362</sup> QUINTERO OLIVARES, G., “Comentarios al Libro I: Título II (arts. 31.bis a 31 quinqués)”, AAVV QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) – MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al Código penal español. Tomo I (arts. 1 a 233)*, 7<sup>a</sup> Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 384. Señala que no existe una pauta europea común entre los estados que tiene prevista la RPPJ desde hace tiempo (cita Francia, Bélgica, Holanda, Inglaterra, USA). Y añade que como rasgos comunes puede señalarse que en esas legislaciones europeas no se trata de una responsabilidad autónoma, sino una consecuencia de la actuación típica de sus personas físicas (órganos o representantes).

en que en España no se ha copiado ningún modelo de criterio incriminador “*entre otras cosas porque ese modelo no existe*”. Además, recordemos que en Italia la responsabilidad de las PJ no es propiamente penal.

Los criterios de imputación de un delito a una PJ han sido objeto de estudio y desarrollo en el Derecho Comparado y coincido con ZUGALDÍA ESPINAR<sup>363</sup> en la oportunidad de aprovechar el alto grado de elaboración dogmática de la Teoría del Delito para las personas físicas para una Teoría del Delito de las PJ. Obviamente no es posible equipararlo a un punto de partida, pero si a un modelo a seguir o a tener de referencia, aprovechando todo cuanto se pueda del de las personas físicas en la medida en la que ello sea posible y creando *ex novo* en lo que sea necesario.

Sobre las posibles fundamentaciones dogmáticas del modelo y la necesidad de una teoría jurídica del delito para la PJ ya antes de la reforma de 2015, FEIJOO SÁNCHEZ<sup>364</sup> manifestó que “*hay quien se conforma con que- a estas alturas de evolución de la Teoría jurídica del delito- haya acción, hay quien se conforma con que haya solo Injusto(siendo la Culpabilidad en todo caso una mera cuestión de individualización de la sanción) y hay quienes seguimos defendiendo la idea de que funcionalmente hay que seguir distinguiendo entre Injusto y Culpabilidad aunque no se trate de una distinción de carácter ontológica o naturalista*”.

Existen diferentes posibles enfoques, y distintas concepciones, así vemos planteamientos diversos en profusos análisis<sup>365</sup> por diferentes autores que han venido

---

<sup>363</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas...*, Op. Cit., p. 75 y ss.

<sup>364</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. “Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal” en BAJO FERNÁNDEZ, M. – FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Minor (Navarra), 2012, p 74.

<sup>365</sup> Así, *Ad Ex.*, FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. abordando la necesidad de una teoría jurídica del Delito para las PJ explica, simplificándolo mucho, tres modelos de imputación con distinto fundamento dogmático, dejando a salvo los matices propio de cada autor: 1) el modelo del “hecho de referencia” o del “hecho de conexión”; 2) la Culpabilidad como defecto de organización plasmado en el hecho concreto y 3) Defecto de organización como Injusto de la persona jurídica del que se tiene que hacer culpable a la misma, en “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*” en (dir.) DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., *Estudios sobre las Reformas del Código Penal Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011*, de 28 de enero, Civitas, Madrid, 2011, p. 70 y ss., o ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., Op. Cit., planteaba 4 modelos desarrollados en base: a) Teoría del dominio de la organización funcional sistémica, b) la Teoría de los sistemas sociales autopoiéticos, c) la teoría de la acción comunicativa, d) La teoría del hecho de conexión, así en “*La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes...*”, pp. 65-70., GONZÁLEZ SIERRA, P., Plantea las siguientes construcciones teóricas con la LO 5/2010: construcciones del art. 31.bis como responsabilidad penal sin Culpabilidad de las PJ, art. 31.bis como hetero responsabilidad penal de las personas jurídicas, construcciones con Injusto por el hecho de conexión y Culpabilidad por el defecto de organización, construcciones con el Injusto y Culpabilidad propias de las personas jurídicas, y otras construcciones, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Op. Cit., *passim*.

analizando dicha cuestión. En el estudio del panorama dogmático existente sobre la RPPJ encontramos muchos autores que han abordado y se han pronunciado sobre el tema. Tenemos autores que han apostado por la creación de una nueva teoría del delito de las PJ desde hace tiempo, aportando construcciones dogmáticas para su estudio<sup>366</sup>; autores que han hecho valiosas aportaciones desde la perspectiva crítica<sup>367</sup> con rigor y evidente espíritu constructivo, bien desde una reticencia<sup>368</sup> a la propia RPPJ, bien desde el profuso estudio de las dificultades halladas en el camino dogmático<sup>369</sup> de ese nuevo paradigma; y aportaciones en sentido contrario a la RPPJ. Exponer todas las contribuciones de todos los autores sobre la materia no puede ser objeto de un capítulo de este trabajo por cuanto desbordaría el objeto del mismo. De los autores que se citará a continuación tampoco se va a exponer todo cuanto hayan escrito sobre RPPJ, pues en este apartado nos vamos a centrar solo en el posible uso de las categorías dogmáticas que venimos utilizando de antaño para la teoría del delito de la persona física, o de alternativas a las mismas, en aras de clarificar cuales son los principales posicionamientos dogmáticos entorno a qué constituye el “injusto” de la PJ (si lo tuviere) y que constituye la “Culpabilidad” de la PJ (si la tuviere), y su interrelación. Así mismo desarrollaremos los conceptos “defecto de organización” y “cultura de cumplimiento del Derecho” en los marcos conceptuales en los que la mayoría de la doctrina se ha venido pronunciando.

Abordaremos a continuación, los distintos modelos de imputación con Injusto propio o no, Culpabilidad<sup>370</sup> propia o no, e incluso propuestas distintas de la sistemática

---

<sup>366</sup> Así entre esos autores podríamos citar a título de ejemplo a GÓMEZ-JARA DÍEZ, NIETO MARTÍN, FEIJOO-SÁNCHEZ, BAJO FERNÁNDEZ, ZUGALDÍA ESPINAR, entre otros.

<sup>367</sup> Así por ejemplo GARCÍA ARÁN, M. y SILVA SÁNCHEZ, J.M.

<sup>368</sup> Como por ejemplo ROBLES PLANAS, R.

<sup>369</sup> Como por ejemplo GÓMEZ MARTÍN, V.

<sup>370</sup> Son muchas las teorías sobre la Culpabilidad de la empresa que la doctrina ha venido elaborando como recogen GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “La Culpabilidad de la persona jurídica”, en BAJO FERNÁNDEZ, M. –FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DIEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2<sup>a</sup> Ed., Aranzadi (Civitas- Thomson Reuters), Madrid, 2015, pp. 143 y ss., *Vid.* también en la 1<sup>a</sup> ed. de esta obra, así como PÉREZ ARIAS, J., en *Sistemas de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 127 y ss. A título de ejemplo citamos: La Culpabilidad por conciencia especial de la persona jurídica de HAFTER, la Culpabilidad por el espíritu normativo de la persona jurídica de BUSCH, la Culpabilidad funcional del órgano de SCHROTH, la Culpabilidad por la no evitación de los fallos organizativos de la persona jurídica de HIRSCH, la Culpabilidad por la no evitación de las influencias criminógenas de EHRHARDT, la Culpabilidad por el carácter de la empresa de LAMPE, la Culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial de HEINE, la Culpabilidad por la reprochabilidad ético-social empresarial de DANNECKER, la Culpabilidad por defecto de organización de TIEDEMANN, la Culpabilidad de las personas jurídicas por cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad: concepto constructivista de la Culpabilidad de la persona jurídica de GÓMEZ-JARA, entre otros. *Vid. et cfr.* Nota 108, p. 26., Propuesta de Zugaldía.

española. La fundamentación de la RPPJ tiene importantes y decisivas consecuencias tanto en el modelo de RPPJ, el sistema de RPPJ pero, sobre todo, por lo que aquí nos interesa como concretamente en las eximentes y atenuantes que para las PJ se concibían. Veamos a continuación las principales propuestas elaboradas por la doctrina.

### **3.2. Propuestas de Injusto propio y Culpabilidad propias de la persona jurídica.**

En este modelo de imputación se concibe a la PJ capaz de realizar un Injusto y una Culpabilidad propios, colocando a la persona física fuera del núcleo esencial de dichas categorías dogmáticas. Se trata de seguir el sistema de la teoría del delito de las personas físicas ajustándolo a las PJ en lo que sea posible. En este modelo se concede gran importancia a la capacidad autoorganizativa de la PJ, y se corresponde a un modelo de RPPJ de Autorresponsabilidad. Se ha venido a sustentar desde un punto de vista filosófico de la teoría de los sistemas sociales autopoéticos de LUHMAN<sup>371</sup>, como veremos que hace GÓMEZ-JARA DÍEZ, aunque también cabría hacerlo desde otros, como por ejemplo desde la teoría de la concepción significativa de la acción de ANTÓN VIVES<sup>372</sup>, que como veremos propone CARBONELL MATEU.

A esta concepción se le ha criticado<sup>373</sup> sobre todo la inescindible relación con la persona física, la “confusa” redacción del texto legal, las insalvables distinciones entre la persona física y la PJ, así como el difícil encaje con las categorías dogmáticas antropocéntricas. A pesar de ello, está ganando adeptos (aunque con matices), especialmente por cuanto ofrece una solución plenamente constitucional a los posibles quebrantos de principios consagrados en nuestro ordenamiento, como por ejemplo el Principio de Culpabilidad.

No es ocioso recordar aquí, como bien apunta QUINTERO OLIVARES<sup>374</sup>, que no solo es verdad que la “*sociedad puede cometer delitos, sino que determinadas formas de criminalidad solo pueden ser desarrolladas por sociedades*”.

---

<sup>371</sup> LUHMANN, N., *Vid. supra*.

<sup>372</sup> ANTÓN VIVES, T.S., *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

<sup>373</sup> *Vid. infra ad ex* la crítica al modelo constructivista de GÓMEZ-JARA DÍEZ, realizada por GÓMEZ TOMILLO, M., así como las Circulares de la Fiscalía General del Estado 1/2011 y 1/2016.

<sup>374</sup> QUINTERO OLIVARES, G., “Comentarios al Libro I: Título II (arts. 31.bis a 31 quinqués)”, AAVV (dir.) QUINTERO OLIVARES, G. – (coord.) MORALES PRATS, F., *Comentarios al Código penal español. Tomo I (arts. 1 a 233)*, 7<sup>a</sup> Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 382.

Veamos a continuación las distintas construcciones, realizadas por la doctrina, al amparo de este modelo de imputación. Existen sobre las principales teorías autores que se han venido a posicionar de forma muy cercana, con sus matizaciones. Sus enriquecedoras aportaciones también han sido incluidas.

### a) La teoría constructivista.

Dentro de este modelo de imputación de categorías dogmáticas referidas a la propia PJ, tenemos una importantísima aportación de GÓMEZ-JARA DÍEZ, uno de los autores que más ha profundizado en la RPPJ, con su concepción, constructivista, en la que el llamado “defecto de organización” formaría parte del Injusto<sup>375</sup>, y la Culpabilidad estaría constituida por una falta de “cultura de cumplimiento o de infidelidad al Derecho”. Vemos pues, que este autor postula como primer nivel de análisis de la Teoría del delito empresarial el equivalente funcional de la capacidad de Acción de la persona física a la capacidad de organización de la persona jurídica<sup>376</sup>. Plantea una teoría del delito para las personas jurídicas con el establecimiento de equivalentes funcionales. Al analizar el concepto de acción de la persona jurídica la concibe como la capacidad de organizar las acciones de las personas físicas, o capacidad para organizar contactos sociales de las personas físicas. Entiende que la imputación objetiva se constituye por la generación de riesgo empresarial que se ha terminado realizando en el

---

<sup>375</sup> Esta concepción ha sido profusamente criticada por GÓMEZ TOMILLO, M., en *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2<sup>a</sup> Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 69 y ss., quien entiende que situando el defecto de organización como una cuestión de Injusto se produce una desconexión de los fines del Derecho penal, siendo además difícil de conectarlo con el resultado lesivo y que no es un hecho sino un dato de naturaleza valorativa no estando incluido en los criterios de imputación (pues los delitos de la persona física serían entonces condiciones objetivas de punibilidad). Señala también que a su juicio todos los Injusto serían el mismo y lo que determinaría la gravedad y la graduación de la pena sería una mera condición objetiva de punibilidad (puesto que podría reducirse toda su responsabilidad a un único delito que sería la ausencia de organización eficaz, transitando de un Derecho penal del Hecho a un Derecho penal de autor asociado al modo de conducción de vida –y que con ello se pueda crear un Derecho penal de segundo nivel para las PJ-). A su juicio puede haber defecto de organización y no peligrosidad para los bienes jurídicos (poniendo como ejemplo el caso de una empresa donde no se instauran medidas de control de los trabajadores que, sin embargo, desarrollan correctamente su trabajo). Añade que tampoco podría hablarse de tentativa de delito, y que la ausencia de organización con lesión de bienes jurídicos excluiría la antijuridicidad cerrando el paso a una potencial responsabilidad civil (salvo que se sostuviera tal posibilidad sin antijuridicidad en contradicción con el criterio habitual, y lo previsto en el art. 1089 del Cc). Por último, aduce que la aceptación del defecto de organización como núcleo del Injusto lleva a conclusiones muy expansivas en el marco de la autoría y la participación del delito.

<sup>376</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, BdF, Montevideo-Buenos Aires, 2010, pp. 153 y ss.

concreto resultado lesivo producido<sup>377</sup>. La generación del riesgo empresarial por encima del permitido dando el resultado concreto lesivo es el defecto de organización de la persona jurídica en su dimensión externa<sup>378</sup>. Es decir, que los criterios de imputación objetiva, deberían determinar si en función del uso que la empresa ha efectuado de su capacidad autoorganizativa, ésta ha generado un determinado riesgo empresarial por encima del permitido (primer nivel) que se ha terminado realizando en el concreto resultado lesivo producido<sup>379</sup> (segundo nivel). Entiende que, a través de la comparación, por ejemplo, con el ciudadano (empresarial) medio, los *programas de cumplimientos* habituales del sector en el que opera la persona jurídica, etc., se podrá determinar el defecto de organización, y serán fundamentales en ello. Apuntando indefectiblemente hacia el ámbito de la imputación objetiva, y que, al tratarse el defecto de organización de una cuestión de tipicidad, desde un punto de vista procesal será la acusación quien tendrá la carga de la prueba, al menos indiciariamente. Destaca que resultan decisivos los estándares de la industria o sector de actividad, y que la carencia de un programa básico de cumplimiento revelaría indicios del defecto de organización suponiendo la existencia de un riesgo no permitido.

En la resolución de problemáticas complejas como cuando se dan interacciones con terceras personas, incluida la víctima, propone hacer uso del Principio de Confianza, así como en el caso en el que un resultado se imputa a un ámbito común de dos PJ, puede utilizarse el instituto de la Prohibición de Regreso<sup>380</sup>.

---

<sup>377</sup> Así en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos...*, Op. Cit., p. 154, donde profundiza en el concepto de ciudadano corporativo : “Brevemente se puede indicar que un dato especialmente relevante es que , a la hora de determinar el riesgo permitido , las mayores capacidades empresariales para la gestión del riesgo permiten conformar “un ciudadano empresarial medio” con una serie de deberes que superan con mucho, los de un individuo concreto, sobre todo a la luz del fenómeno autorregulador anteriormente apuntado ya la imposibilidad del Estado de gestionar determinados riesgos modernos”.

<sup>378</sup> GÓMEZ-JARA, DÍEZ, C. “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en BAJO FERNÁNDEZ, M.-FEIJOO SÁNCHEZ, B.- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona 2012, pp. 109 y ss.

<sup>379</sup> GÓMEZ JARA-DÍEZ C., “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, AAVV BANCOCHE PALAO J., ZARZALEJOS NIETO J., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, marzo de 2011 (1<sup>a</sup> ed.), pp. 40 y ss. También en “¿Qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas? Una respuesta a las críticas planteadas al modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial” AAVV, ONTIVEROS ALONSO, M. (coord.) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. P. 180, y también recoge esta idea en “El Injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)”, AAVV BAJO FERNÁNDEZ, M. – FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 20 de marzo por la que se modifica el Código Penal, 2<sup>a</sup> Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 126 y ss.

<sup>380</sup> *Ibid.* p. 129.

Por lo que refiere a la tipicidad subjetiva, la imputación subjetiva sería el conocimiento organizativo del riesgo empresarial<sup>381</sup> y se remite a la teoría de la organización, y a la importancia del conocimiento organizativo que en un determinado momento ha de tener una organización. En su concepción, el dolo de la PJ viene dado por la existencia de un determinado conocimiento organizativo (*organizational knowledge*). Se plantea el autor, dentro de la imputación subjetiva, qué *indicios* han de ser relevantes para imputar dicho conocimiento (conocimiento organizativo de la PJ respecto de los riesgos derivados de su actividad) a la organización<sup>382</sup>.

Existirá una atipicidad de la conducta de la PJ cuando tenga establecidos unos controles respecto del riesgo penal específico que resulten idóneos para conjurarla – ya sea para una reducción a cero (poco probable) o una reducción significativa (hasta el riesgo permitido/riesgo residual)- existirá una atipicidad de la conducta de la persona jurídica.

Para este autor la carga de la prueba respecto de la idoneidad *ex ante* de las medidas de vigilancia y control referidas a los delitos imputados corresponde a la acusación. Aunque los elementos que conforman los Modelos de Organización y Gestión debe establecerlos la PJ. Es decir, ésta tendrá la carga de la prueba del funcionamiento del sistema de gestión de Cumplimiento penal. Y ello porque den primer lugar el funcionamiento de dicho sistema se encuentra vinculado a la cultura de *cumplimiento* (cumplimiento de la legalidad) que se ha institucionalizado en la persona jurídica, y en segundo lugar porque las cuestiones relativas a la exención de responsabilidad vinculadas a la Culpabilidad han sido tradicionalmente probadas por la defensa<sup>383</sup>.

La falta de tipicidad subjetiva, a su juicio, se dará cuando falte la constatación de que la persona física actuó dolosa o imprudentemente, y cuando no existan indicios

---

<sup>381</sup> *Id.* “¿Qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas...?” *Op. Cit.*, p. 180.

<sup>382</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en BAJO FERNÁNDEZ, M.-FEIJOO SÁNCHEZ, B.- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona 2012, pp. 109 y ss. También señala que el dolo sería “el concreto conocimiento organizativo del riesgo empresarial - en los delitos de peligro - que se realiza en el resultado típico- en los delitos de resultado”. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *El modelo constructivista de Culpabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006, p.143.

<sup>383</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El Injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)”, AAVV BAJO FERNÁNDEZ, M. – FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Adaptada a la Ley 1/2015, de 20 de marzo por la que se modifica el Código Penal, 2ª Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p.134.

suficientes para poder imputar a la persona jurídica un conocimiento organizativo del riesgo.

Respecto de la categoría de Culpabilidad, este autor explica que el origen de la Culpabilidad radica en la generación de una cultura empresarial de incumplimiento<sup>384</sup> cuando se podría haber evitado. En su opinión el Derecho Fundamental clave a la hora de establecer la Culpabilidad empresarial es el Derecho a la libertad de expresión<sup>385</sup>. Para GÓMEZ-JARA DÍEZ, ya en el año 2006 la Culpabilidad de la persona jurídica<sup>386</sup>, era un concepto constructivista<sup>387</sup> de Culpabilidad empresarial<sup>388</sup>, que a través del método del equivalente funcional que emplea la teoría de sistemas, vista *ut supra*, como herramienta metodológica, la convierte en funcionalmente equivalente a la Culpabilidad individual. Concretamente se basa en tres equivalentes funcionales que se corresponden con los tres pilares del concepto de Culpabilidad individual<sup>389</sup>: la fidelidad al Derecho como condición para la vigencia de la norma, el sinalagma básico del Derecho penal y la capacidad de cuestionar la vigencia de la norma. Dentro del concepto de función del Derecho penal que consistiría en el mantenimiento de la vigencia normativa<sup>390</sup>, toma la teoría del Derecho penal de JAKOBS como punto de referencia para construir los fundamentos del concepto constructivista. Desde esta concepción tripartita del fundamento de la Culpabilidad empresarial entiende el autor que: 1) respecto de la contribución de la cultura empresarial a la vigencia de la norma encuentra su origen el fenómeno de autorregulación empresarial como un reflejo de la incapacidad estatal para controlar ciertos riesgos característicos de la sociedad post-industrial moderna, provocando una descentralización del control y gestión de los mismos. Así afirma que

---

<sup>384</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en BAJO FERNÁNDEZ, M.-FEIJOO SÁNCHEZ, B.- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona 2012, p. 117.

<sup>385</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “¿Qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas? ...” *Op. Cit.*, p. 191.

<sup>386</sup> Decía GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., en “Autoorganización empresarial...” *Op. Cit.*, p. 15, que a efectos de Culpabilidad empresarial la cultura empresarial tiene una determinada vigencia que puede cuestionar la vigencia del ordenamiento jurídico. Y que precisamente por ello se puede identificar en la cultura empresarial el cuestionamiento de la vigencia de la norma por parte del sistema organizativo empresarial.

<sup>387</sup> La teoría de los sistemas sociales autopoéticos fundó una corriente epistemológica denominada constructivismo operativo.

<sup>388</sup> Concepto que a mi respetable juicio no es del todo exacto y riguroso si nos referirnos a la RPPJ en España puesto que trasciende el ámbito meramente empresarial y se adentra en una amplia gama de distintos tipos de PJ entre las cuales se hallan además partidos políticos y sindicatos.

<sup>389</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “Autoorganización...”, *Op. Cit.*, pp. 17 y ss.

<sup>390</sup> El autor cita la Teoría de Derecho penal de JAKOBS, G., *Sociedad Norma y Persona en una teoría funcional de Derecho penal* (traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez), 1996, p. 16.

el reconocimiento de una esfera de autonomía a la empresa con la consiguiente obligación de fidelidad al Derecho provoca, al igual que lo hizo en el individuo, el nacimiento del ciudadano (corporativo) fiel al Derecho. De tal manera que “el rol que garantiza el Derecho penal (empresarial) es el rol del ciudadano (corporativo) fiel al Derecho”. Por lo que la *manifestación de la Culpabilidad jurídico-penal empresarial* es la no institucionalización de esa cultura empresarial de fidelidad al Derecho<sup>391</sup> que constituye el quebrantamiento del rol del ciudadano (corporativo) fiel al Derecho. 2) El sinalagma fundamental del Derecho penal empresarial, partiendo del reconocimiento de un mínimo de igualdad a las empresas, se asentaría en la relación libertad de organización (empresarial) versus responsabilidad por las consecuencias (de la actividad empresarial). La sanción vendría impuesta como consecuencia de los resultados negativos de la libertad a la organización propia que le confiere el Derecho. De tal forma que, dice este autor, la institución del *nenimen laedere* empresarial encuentra su anclaje constitucional en la libertad de empresa y llevaría aparejada la obligación de mantener el ámbito de organización (empresarial) propio dentro de los márgenes del riesgo permitido. De esta manera –dice el autor– “se acentúa la autorresponsabilidad empresarial, que con HEINE puede formularse como un imperativo categórico: toda empresa debe comportarse (organizarse) autorresponsablemente de tal manera que nadie resulte dañado –es decir, que el riesgo permanezca dentro del ámbito empresarial”<sup>392</sup>. 3) La participación de la organización empresarial en el discurso público se fundamenta en ese status de ciudadanía atendiendo a que el principio de Culpabilidad garantiza que la persona “es competente para intervenir en asuntos públicos”, en base al contenido y significado de la libertad de expresión de las personas jurídicas. Pudiendo participar, por la libertad de expresar juicios en el discurso público, en el proceso de creación y definición de las normas sociales.

Para GÓMEZ-JARA DÍEZ, desde esta perspectiva y con las circunstancias apuntadas en la sociedad moderna la Culpabilidad empresarial y la Culpabilidad

---

<sup>391</sup> Así también lo dice ante la entrada en vigor de la reforma operada por LO 5/2010, de 22 de junio. *Vid.* en GÓMEZ JARA-DÍEZ C., “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en BANCOCHE PALAO J., ZARZALEJOS NIETO J., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, marzo de 2011 (1<sup>a</sup> ed.), p. 43.

<sup>392</sup> Deberíamos convenir con el autor en que la empresa pasaría de ser un mero actor económico basado en la lógica racional de los costes/beneficios a convertirse en una persona jurídico-penal orientada por el esquema derechos/deberes, constituyéndose en un verdadero “ciudadano” fiel al Derecho. (las comillas no son del autor).

individual se muestran como funcionalmente equivalentes<sup>393</sup>. Y “para determinar si una empresa es culpable<sup>394</sup> se requiere examinar los procedimientos operativos de la corporación, la política corporativa, el *ethos* corporativo, la organización corporativa, el carácter corporativo, etc.”. El examen de dichos factores, por un lado fundamenta la Culpabilidad<sup>395</sup> y por otro pueden excluirla.

El autor expone otras teorías sobre la Culpabilidad que vendrían a reforzar su concepción constructivista<sup>396</sup>. Así de FOERSCHELER<sup>397</sup> que argumenta que los individuos son fungibles y dispensables, y el sistema organizativo sería el responsable del delito. De QUAID<sup>398</sup> que postula una Culpabilidad por la identidad corporativa, en la que la empresa tenga una identidad distintiva en la que la organización tiene que ser una colectividad de tipo conglomerado, que ostenta una identidad que excede la

---

<sup>393</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos..., Op. Cit.*, p.155, y en la misma idea la transmite también en “*¿Qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas?*”, *Op. Cit.*, p. 181.

<sup>394</sup> *Ibid*, p. 280.

<sup>395</sup> *Ibid*, p. 281 y ss., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., sigue la división realizada por LAUFER: a) Culpabilidad proactiva. La Culpabilidad se determina en función de la razonabilidad de los pasos tomados para prevenir el delito. Como constructo tenemos la diligencia debida proactiva, el deber proactivo. La Culpabilidad de la corporación puede basarse en sus procesos internos (*Standard operating Procedure*, toma jerárquica de decisiones). Una entidad es más o menos culpable dependiendo de si se involucra o no en efectuar esfuerzos proactivos, por ejemplo, con auditorías internas. Los tribunales deben conceder a los defensores la oportunidad de demostrar la falta de Culpabilidad probando la razonabilidad de las prácticas y procedimientos corporativos. B) Culpabilidad reactiva, se determina en función de la razonabilidad de los pasos tomados como reacción al descubrimiento del delito. Con un constructo de diligencia debida reactiva y deber reactivo, una entidad es más o menos culpable dependiendo de si se involucra o no en efectuar esfuerzos reactivos o que remedien la situación. Los programas reactivos y los esfuerzos por remediar son efectivos para controlar la desviación de la corporación. Se acerca al concepto de FISSE y BRAITHWAITE que se basa en las reacciones de la corporación frente al hecho delictivo más que en políticas corporativas previamente diseñadas. Vienen a proponer la creación de un delito general de no cumplimiento reactivo. C) Culpabilidad por política corporativa, en la que ésta deriva del *ethos* corporativo, la cultura corporativa o la personalidad corporativa. Siendo su constructo precisamente esos conceptos, el *ethos* corporativo estaría fuertemente vinculado – o también puede causar – la desviación de la corporación. Una cultura o una personalidad corporativa distinta pueden estar determinadas por ciertos atributos organizativos. Hace distinciones entre que sea conglomerado y agregado, y la intencionalidad estaría basada en acciones planeadas o deliberadamente realizadas para cumplir un fin. Vid. Cuadro pp. 281 y ss. Respecto de la Culpabilidad por el carácter corporativo GÓMEZ-JARA DÍEZ, cita a MOORE, cuando las corporaciones provocan que sus agentes infrinjan las normas en beneficio de la corporación (teoría del carácter corporativo), y ello ocurre cuando la compañía ha adoptado una política ilegal y un agente de la corporación lleva a cabo un acto en dicho marco, cuando un acto ilegal es cometido, autorizado, ordenado o aprobado por un alto directivo de la corporación, o cuando la corporación ratifica o aprueba implícitamente la infracción de un empleado

<sup>396</sup> Así explica la teoría de FOERSCHELER de responsabilidad por el sistema organizativo, de QUAID de Culpabilidad por la identidad corporativa, y de BUCY de Culpabilidad por el *ethos* corporativo, además de LAUFER ya citado *ut supra* por el autor.

<sup>397</sup> Quién defiende modelos para la toma de decisiones en la corporación: Modelo de proceso organizativo por especialización por tareas, y el Modelo de política burocrática. Esta autora construye un concepto de Culpabilidad empresarial fundamentado en las siguientes cuestiones: 1) ¿Alguna práctica o política corporativa infringió el Derecho?, 2) ¿Era previsiblemente razonable que la práctica o política de la corporación resultara una infracción del Derecho por parte del agente de la corporación?, 3) ¿Adaptó la corporación la infracción del Derecho de su agente? Citada por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Ibid* p. 297 y ss.)

<sup>398</sup> *Ibid*, p. 303 y ss.

identidad resultante de la suma de las identidades de sus miembros individuales. Citando identidad corporativa según los parámetros de DAN-COHEN: tamaño, orientación a fines, permanencia, complejidad, formalidad, posesión de estructuras funcionales y de toma de decisión. El concepto de acción para QUAID sería el contenido en las acciones de sus representantes que participaron mental y físicamente en el hecho, donde la política corporativa causa el riesgo, y ello independientemente de qué concreto representante la creó, y donde los individuos constituyen a lo sumo una causa parcial o indirecta del suceso. La Culpabilidad se asienta en la política o intención corporativa bien en la ratificación de la corporación ante el delito de un representante, ya sea evitando tomar medidas disciplinarias contra dicho representante, ya sea porque las acciones en cuestión son el efecto de otra política corporativa. O bien por la existencia de políticas corporativas que trata de aislar a los altos directivos del conocimiento de los actos ilegales. En ese enfoque la imprudencia vendría por la indiferencia ante el riesgo creado o falta de voluntad de alterar o crear políticas que trate de manera adecuada las situaciones de riesgo. Bien sea ésta por acción, o bien por omisión que consistiría en la resistencia de la corporación a implementar medidas adecuadas<sup>399</sup>. La falta de toma de precauciones para evitar el riesgo no dependería de un defecto individual, sino que resultaría del defecto general de la corporación para prevenir situaciones de riesgo. Y de BUCY<sup>400</sup>, argumenta en la Culpabilidad por el *ethos* corporativo que, pese a que los hechos puedan mostrar claramente que existe un ethos corporativo que alienta ciertas conductas que, en última instancia, pueden ser consideradas criminales, puede absolverse a la corporación si se considera que era razonable no saber que dicha conducta era delictiva. Y establece un estándar del ethos corporativo: a) jerarquía corporativa, b) objetivos de la corporación, c) Educación de los empleados sobre los requisitos legales y el control de su cumplimiento, d) Investigación del delito, e) Reacción de la corporación ante infractores e infractores antiguos, f) Incentivos de compensación por el comportamiento adecuado legalmente y la indemnización. Sin olvidar la Culpabilidad empresarial constructiva de LAUFER sobre la concurrencia de una disposición mental penal respecto del acto ilegal de la corporación como una acción primera o acción constructiva que demuestra una

---

<sup>399</sup> QUAID aborda el concepto de “ceguera deseada” fundamentada en tres ideas: los procedimientos de decisión interna no adecuados, la abstención de investigación de actividades cuestionables o sospechosas, y la abstención de investigación de las consecuencias de las actividades. Citado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Ibid* p. 297 y ss.)

<sup>400</sup> Citado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Ibid*, p. 306.

intención primaria o de Culpabilidad constructiva. Acción constructiva que debe ser sometida al test de razonabilidad.

Existen para la Culpabilidad corporativa constructiva diferentes formas de Culpabilidad que derivaría de actos corporativos intencionales, actos corporativos con conocimiento, actos corporativos imprudentes, y actos corporativos negligentes<sup>401</sup>.

Es importante recordar que ya antes de la regulación operada por el legislador español en 2010<sup>402</sup> este autor al pronunciarse sobre los Programas de Cumplimiento Efectivo decía que habría que tenerlos en cuenta cuando se pretenda establecer la Culpabilidad de las personas jurídicas<sup>403</sup> y que una empresa con ellos no debiera ser considerada culpable de la comisión del hecho injusto, “puesto que la misma ha cumplido con los deberes que se imponen a un ciudadano corporativo cumplidor de la legalidad”. Señala con acierto este autor<sup>404</sup> la necesidad de establecer la Culpabilidad de la PJ recordando que la primera Sentencia del Tribunal Supremo en la materia sienta una serie de parámetros resumidos en una frase de dicha sentencia: “*parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal*”. Debemos convenir con GÓMEZ-JARA DÍEZ, que debe exigirse que la sentencia condenatoria, aun y siendo de conformidad, debe contener los hechos y fundamentos de derecho referidos a la Culpabilidad de la PJ. Y en el caso de que le fuera propuesta una conformidad sin dichos hechos y fundamentos sobre la Culpabilidad de la PJ el órgano judicial debería rechazar dicha propuesta.

La posición de GÓMEZ-JARA DÍEZ, ha recibido críticas como la de GÓMEZ TOMILLO<sup>405</sup> ya vista, o también de la FGE<sup>406</sup> que señala que la presencia de un plan de cumplimiento normativo diligentemente implementado acreditaría una correcta

<sup>401</sup> Citado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Ibid*, p. 316.

<sup>402</sup> Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio de reforma del código penal que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010.

<sup>403</sup> GÓMEZ JARA-DÍEZ C., “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en BANCOCHE PALAO J., ZARZALEJOS NIETO J., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, marzo de 2011 (1<sup>a</sup> ed.), p.32. y textualmente decía que “la evolución lógica en esta materia consiste no sólo en considerarlos factores de atenuación, sino incluso de exclusión de la responsabilidad penal”.

<sup>404</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La Culpabilidad de la persona jurídica”, AAVV BAJO FERNÁNDEZ, M. – FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal*, 2<sup>a</sup> Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 180 y ss.

<sup>405</sup> *Vid. ut supra, Op. Cit.* p. 69 y ss.

<sup>406</sup> FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015*, p. 56.

organización, con lo cual desaparecería un elemento del tipo, bien la parte subjetiva bien la parte objetiva. Así, en la última Circular, la 1/2016, de la FGE se argumenta que “*no se trataría en puridad, de una circunstancia eximente que remitiera a una conducta antijurídica o que no le fuera personalmente imputable, sino de que, adoptadas con anterioridad a la comisión del delito las oportunas medidas de prevención, no concurriría un elemento básico del hecho típico (tipo objetivo) o, en todo caso, faltaría un elemento del tipo subjetivo, el dolo o la culpa, es decir, la tipicidad subjetiva*”.

**b) Teoría basada en el “defecto de organización” como presupuesto del Injusto, y Culpabilidad por una falta de Cultura de Cumplimiento en el momento del hecho.**

Esta construcción, elaborada por FEIJOO SÁNCHEZ<sup>407</sup>, es un modelo que da especial importancia al mantenimiento de una determinada falta de organización adecuada o defecto de organización a lo largo del tiempo.

Para este autor el fundamento<sup>408</sup> de la RPPJ no se encuentra en el comportamiento individual (aunque se trate de algo realizado conjunta o colectivamente), sino en una perspectiva organizativa que excede lo individual: el cumplimiento generalizado y sistemático de las leyes en la organización. Si bien, viene a abrazar en cuanto a la categorización básica dogmática postulados muy cercanos a GÓMEZ-JARA DÍEZ, lo hace con sus matices.

Así la conducta típica y antijurídica de una persona física es el presupuesto de la RPPJ, con la consecuencia que “*el primer límite a la persona jurídica sería, por tanto, que no se pueda constatar que una persona física haya cometido una conducta típica o que, habiendo existido una conducta típica, ésta se encuentre amparada por una causa de justificación*<sup>409</sup>”.

---

<sup>407</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (dir.), *Estudios sobre las Reformas del Código Penal Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011*, de 28 de enero, Civitas, Madrid, 2011, p. 80 y ss.

<sup>408</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., *El delito corporativo en el código penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, Aranzadi (Civitas Thomson Reuters), Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 66-67.

<sup>409</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “*Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español*”, AAVV BAJO FERNÁNDEZ, M. – FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, 2<sup>a</sup> Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 68y ss. Sobre esta cuestión el autor cita como doctrina dominante: BACIGALUPO

Su concepto de delito corporativo<sup>410</sup> lo expresa mediante la fórmula de que es igual a la conducta antijurídica de la persona física más el déficit grave de control, vigilancia y supervisión por parte de terceras personas más el defecto estructural. Así expone que la RPPJ tiene tres presupuestos:

*“a) Una acción típica y antijurídica de una persona física que tenga una relación funcional con la persona jurídica siempre que de la acción delictiva deriven efectos beneficiosos para la entidad. A la persona jurídica la responsabilidad le llega siempre a través del Injusto de la persona física.*

*b) Una infracción grave de deberes de supervisión, vigilancia y control cuyo cumplimiento hubiera podido evitar el delito con una probabilidad rayana en la certeza. En el caso de empleados dichos deberes corresponden a los superiores jerárquicos con capacidades importantes de decisión y gestión. En el caso de que el delito sea cometido por éstos, será relevante la creación de una estructura de vigilancia de la legalidad de sus decisiones. Por ejemplo, estableciendo un órgano de cumplimiento que realice funciones de Consejo u Órgano de Vigilancia o Comisión de Control del Consejo de Administración.*

---

SAGESSE, La Ley, p. 6; LA MISMA, El modelo de imputación, p. 92; BOLDOVA PASAMAR, Estudios penales y criminológicos 2013, p. 254; DÍEZ RIPOLLÉS, *Indret Penal* 1/2012, p. 15, con ulteriores referencias; GARCÍA ARÁN, Comentarios al Código Penal, pp. 404 s.; DE LA MATA BARRANCO, Sanciones previstas para las personas jurídicas, pp. 235, 237; PALMA HERRERA, Cumplimiento, pp. 200s., nota 90; RODRÍGUEZ MOURULLO, Otrosí 2011, p. 14, recurriendo a las diferencias de formulación con el Proyecto de 2007, que él mismo había criticado previamente, porque “resultaba un disparate mayúsculo que siendo conforme a Derecho la acción de la persona física, pudiese transferirse una responsabilidad a la persona jurídica”; EL MISMO, L-H Rodríguez Ramos, p. 185. En sentido contrario, GONZÁLEZ SIERRA, la imputación penal de las personas jurídicas, pp. 272 s., considerando que la opción sostenida en el texto “que es también practicable, dejaría sin sentido y sin utilidad pragmática la independencia y autonomía de ambas responsabilidades penales, hasta el grado de hacer inútil el no identificar o no individualizar a la persona física (como lo señala el apartado 2 del 31 bis CP) si no se puede saber y demostrar fundadamente el dolo, o imprudencia y el juicio de desvalor del hecho concreto o particular (el juicio de antijuridicidad). Si la intención es optimizar o volver más eficiente la legislación hasta hacer lo mejor practicable el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, se debería aceptar nuestra interpretación como una opción acreditable”. La cuestión es de qué tipo de eficacia estamos hablando si se trata de garantizar el cumplimiento de la legalidad en las organizaciones con personalidad jurídica no tiene sentido responsabilizar y castigar donde no ha existido o no se ha podido constatar un comportamiento o un hecho contrario a Derecho (antijurídico).”

<sup>410</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, 2<sup>a</sup> Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 102 y ss.

*c) Un defecto organizativo-estructural relacionado con políticas o programas de cumplimiento de la legalidad. En caso de que se den los dos presupuestos anteriores, la responsabilidad penal de la persona jurídica se puede ver en todo caso excluida siempre que se hayan implantado estructuras o un sistema eficaz de cumplimiento de la legalidad en la organización de la que la persona jurídica es titular.”*

En su concepción del Injusto de la persona jurídica si bien se compone del defecto de organización, entendiéndolo como un uso ilegítimo de la libertad organizativa de la PJ en el concreto caso<sup>411</sup>, el no ejercicio del “debido control” es un *presupuesto* del Injusto de la PJ pero no el injusto. Según su concepción solo se puede hablar de lesión a la juridicidad (antijuridicidad) como presupuesto material de la Culpabilidad de la PJ. En su opinión, la concurrencia de todos los requisitos formales del apartado primero del artículo 31.bis no comportará automáticamente la existencia del Injusto y la RPPJ. En 2011 este autor dentro del fundamento material de la RPPJ distinguía entre a) el delito de la persona física como “hecho de la PJ<sup>412</sup>”, b) los elementos comunes a ambas modalidades de imputación, ahondando en el concepto de administrador y representante, entre otros; y c) el Injusto de la PJ como defecto de organización.

La Culpabilidad de la PJ al igual que en el caso de las personas físicas no debe ser objeto del proceso a no ser que existan razones para plantearse, en el caso concreto la exclusión de la misma. Se configura por la organización defectuosa, que implica un ejercicio ilegítimo de esa libertad de auto-organización de la que goza. Desde una perspectiva más práctica razona que aun existiendo un defecto organizativo la sola constatación de ausencia de Culpabilidad de la PJ –con independencia de la Culpabilidad de la persona física- puede excluir su responsabilidad penal o librarse de la pena. Se trataría de valorar si existían alternativas a su responsabilidad, *id est*, si cuando el delito cometido por la persona física el defecto de organización es solo responsabilidad de dicha persona física o si en cambio hay que recurrir de forma adicional y cumulativa a la RPPJ. En su opinión, la pena que se imponga a la PJ solo encuentra legitimación dogmática cuando el defecto de organización puntual puede

---

<sup>411</sup> *Ibid*, p. 104

<sup>412</sup> En mayor profundidad *vid et cfr*. FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. “Presupuestos para la conducta típica de la persona jurídica: los requisitos del art. 31.bis.1” en BAJO FERNÁNDEZ, M. – FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Minor (Navarra), 2012, pp. 91-108.

conectarse con un elemento “permanente” de la PJ que justifique su castigo. En este sentido no debería tener otra explicación alternativa que “una disposición jurídica inadecuada o insuficiente de la PJ”. La Culpabilidad para FEIJOO SÁNCHEZ tiene siempre su fundamento en el único aspecto de la personalidad que es normativa o intersubjetivamente relevante: la disposición jurídica en el momento del hecho. Existe Culpabilidad pues, cuando el Injusto solo se puede explicar a partir de una disposición personal de la que se es responsable (de su deficiente disposición jurídica) en exclusiva frente a los demás. De tal forma que no existirá Culpabilidad cuando el defecto organizativo no venga, no obedezca, por una falta de “cultura de cumplimiento de la legalidad” de la propia persona jurídica titular de la organización. *A contrario sensu*, la persona jurídica será claramente culpable<sup>413</sup> cuando el defecto de organización provenga de una “cultura o dinámica de incumplimiento de la legalidad”.

La cultura empresarial o el “clima ético” de una organización<sup>414</sup> serían así el fruto o la consecuencia de una red de relaciones y decisiones interpersonales a lo largo del tiempo en un contexto institucional. En organizaciones complejas los fallos estructurales suelen ser consecuencia de una serie de decisiones difusas a lo largo del tiempo. En su concepción expresiones como “cultura o disposición corporativa de cumplimiento de la legalidad defectuosa o insuficiente” son asumibles en cuanto sirven para describir fenómenos inabarcables en su complejidad debido a que tienen que ver con decisiones o dinámicas a largo plazo. Haciendo referencia a una difusa responsabilidad adicional a la individual, la sociedad ya no está dispuesta a definir como “desgracia”, “causalidad” o “mala suerte” hechos que obedecen a una cultura que

---

<sup>413</sup> Ya añadía en 2012 FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., en “La responsabilidad penal...” *Op. Cit.*, p. 109, que “por esta razón, pasando ya los aspectos más prácticos que se sostiene aquí, adquiere especial importancia que la persona jurídica, especialmente cuando se trate de sociedades mercantiles, fortalezca mediante instrumentos escritos como los códigos de conducta o los códigos éticos dicha cultura o clima interno y se preocupe por que se extienda y filtre a todos los rincones de la misma. La mejor manera que tiene la persona jurídica de demostrar que el delito se ha cometido a pesar de su adecuada “disposición jurídica” o de su “tono ético” adecuado es que el órgano de administración o representación implante realmente códigos éticos o de conducta escritos, institucionalizando o formalizando lo que se puede denominar una cultura, ética o clima de cumplimiento de la legalidad”. No bastando que institucionalice un código ético conforme a Derecho, sino que se le exige una prestación positiva. Idea que enlaza directamente a los protocolos o programas corporativos de cumplimiento de la legalidad.

<sup>414</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., *El delito corporativo en el código penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, Aranzadi (Civitas Thomson Reuters), Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 67 a 71. Lo cual, a su juicio, permite basar la RPPJ no en una mera ficción jurídica sino en una realidad social o en fenómenos estructurales que son tan reales como la acción humana que, como unidad de sentido o significado, ha soportado en exclusiva la responsabilidad penal hasta el presente. Aborda por ello la incompatibilidad del desarrollo de una cultura de cumplimiento de la legalidad penal y que tal situación se concrete o realice en la comisión de un hecho delictivo por parte de un integrante de la PJ.

es consecuencia de ciertas políticas y dinámicas corporativas, junto a la responsabilidad individual recurre a una responsabilidad desindividualizada<sup>415</sup> que denominamos RPPJ. Así, concluye que la disposición a cumplir las normas es esencial para su eficacia, aunque la comisión de delitos depende también de otros factores como la oportunidad. La RPPJ tiene que ver con los mecanismos para que la organización presente una disposición a cumplir con la legalidad, lo cual no se puede dejar al azar. Entiende pues que depende de decisiones a largo plazo, que son las que hacen que se pueda imputar el hecho delictivo a la PJ. Señala que en organizaciones complejas esas decisiones vienen condicionadas por una multitud de decisiones individuales, que aisladamente consideradas son insuficientes para generar responsabilidad a un solo individuo.

El autor postula que si se quiere hablar de un delito corporativo y no de asunción corporativo de responsabilidad por un hecho individual hay que acreditar la existencia del defecto estructural. Pues a su juicio el **defecto estructural** constituye el auténtico fundamento de la RPPJ, y la acusación tiene la carga de la prueba en virtud del Principio de Presunción de Inocencia<sup>416</sup>. Por lo que a su juicio es “*un error entender que establecido un “hecho de conexión” entre persona física y actividad lucrativa o beneficiosa para la empresa, cualquier tipo de defecto organizativo (mala gestión contable, infracción de deberes administrativos de colaboración con organismos reguladores o de control del blanqueo, infracción de cierta lex artis empresarial, etc.) pueda generar responsabilidad penal para la empresa*”. Así cabría la exoneración de RPPJ en los supuestos en los que “*el defecto organizativo constatado no está vinculado a defectos estructurales en materia de cumplimiento de la legalidad o en relación a una cultura corporativa de cumplimiento*”.

Otros autores que han elaborado construcciones cercanas a este autor, aunque con importantes matices, son GONZÁLEZ SIERRA y GALÁN MUÑOZ.

Para GONZÁLEZ SIERRA, el sistema de RPPJ que siguió la LO 5/2010 era el de Injusto propio de la PJ como defecto de organización y Culpabilidad propia como

---

<sup>415</sup> Así para este autor cuanto mayor sea la complejidad de la organización más difícil es que un solo individuo pueda ser hecho penalmente responsable del cumplimiento generalizado de la legalidad penal en las actividades de la organización a lo largo del tiempo. Entendiendo que se trata de un sistema de control del alcance en organizaciones complejas que excede la capacidad individual o, dónde una intervención individual aislada tiene una escasa capacidad de influencia.

<sup>416</sup> Señala él mismo, *vid. nota al pie 25, Op. Cit.*, p. 128, que tal planteamiento es diferente del propuesto por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, pp. 134-216 ss.), en el que diferencia entre las medidas de vigilancia y control cuya inexistencia debería ser probada por la acusación y los elementos que conforman los modelos de organización y gestión (sistemas de gestión de Cumplimiento penal) que deberían ser probados por la propia persona jurídica.

ausencia de disposición personal de cumplimiento del Derecho, y respecto del hecho de conexión de la persona física, de la que hablaba el apartado 1 del art. 31.bis del CP, lo considera un elemento desencadenante de la responsabilidad penal, un presupuesto de la conducta, una condición objetiva de punibilidad<sup>417</sup>. El tipo penal, para este autor, además de exigir un Injusto objetivo específico, también exige un Injusto subjetivo específico que no es otro que de imprudencia, con un función similar al art. 12 del CP, un “númerus clausus de imprudencia pero específico para los delitos por los que debe responder la persona jurídica”. Imprudencia que se refiere a la propia organización defectuosa de la PJ y no a la conducta delictiva de sus miembros ni a la lesión o puesta en peligro al bien jurídico que haya acaecido por la conducta delictiva de la persona física. La posición de garante de la PJ lo es solo respecto de una organización adecuada, no defectuosa, pero no de que las personas físicas no cometan el delito (porque no tiene control alguno sobre ellas). Postula además que solo las PJ “con un nivel de complejidad determinado pueden ser sujetos activos del delito de organización empresarial defectuosa”. Así concibe el artículo 31bis del CP como un delito específico, un tipo penal especial que solamente puede ser cometido de forma imprudente<sup>418</sup>.

Para este autor, la Culpabilidad “debe construirse en algo así como poder organizarse de otra manera<sup>419</sup>”. Así, en tanto la Culpabilidad la refiere al defecto organizativo, que tiene una dimensión temporal diferente al de las personas físicas, también la Culpabilidad se extiende en el tiempo y es posible observar esa “ausencia de disposición jurídica mínima” mediante referencias a su normativa, gestión y ejecución de su normativa, a la forma en que se desenvuelve en general la organización tanto un tiempo más o menos prolongado anterior al delito de la persona física como posterior a él. Rebate además que se considerare tal planteamiento Derecho Penal de autor o el castigo por su forma de ser o en su personalidad, en base a la dimensión temporal distinta con la persona física en el Injusto penal.

---

<sup>417</sup> GONZÁLEZ SIERRA, P., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tesis doctoral, Universidad de Granada, 2012, p. 301.

<sup>418</sup> A pesar de la brillante exposición que hace en su Tesis, no compartimos plenamente esa conclusión en tanto que entendemos que el defecto de organización no solo puede existir por una imprudencia de la PJ, puesto que también puede haber sido expresamente buscado para que sea muy difícil, por ejemplo, localizar a la persona física responsable del delito. Lo que nos induce a pensar en la posibilidad de que el defecto de organización, núcleo del Injusto de las PJ, pueda tener las posibilidades de comisión imprudente y dolosa. Cuestiones que desarrollaremos en las conclusiones de este capítulo.

<sup>419</sup> GONZÁLEZ SIERRA, P., *Op. Cit.*, p. 464 y ss.

Desde una posición más alejada GALÁN MUÑOZ<sup>420</sup>, consideraba el art. 31.bis del CP (LO 5/2010) como una suerte de *numerus clausus* de la imprudencia para la PJ, pues dicho artículo “*contempla y describe una modalidad específica y muy delimitada que, si bien todos los elementos delimitadores de dichas conductas aparezcan generalmente contemplados en el referido precepto, también obliga a que su posible sanción tenga que aparecer expresamente contemplada en aquellos delitos en los que resulte viable*”. En su opinión el delito cometido por la persona física supone la materialización de la contribución delictiva que la entidad estaba obligada a evitar. Para este autor la PJ no está obligada a impedir que ciertas personas físicas cometan determinados delitos sino que de lo que se trataría es de evitar dichos delitos se puedan cometer al amparo de su estructura y/o aprovechándose de sus recursos, y por ende si la PJ no lo hiciera y de su omisión se derivase la producción de un delito cometido gracias a los medios que dejó indebidamente de controlar, se podría entender que se ha completado el Injusto típico imprudente del que se la tendría que responsabilizar.

La Culpabilidad la entiende este autor que viene diferenciada de la de la persona física, así como también en lo referido a la Punibilidad, si bien encuentra muchos obstáculos para la construcción de dichas categorías acorde con la redacción anterior a la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo.

**c) Teorías del hecho de referencia o de conexión<sup>421</sup> y Culpabilidad por defecto de organización.**

Esta teoría, elaborada principalmente por ZUGALDÍA ESPINAR y, con sus matices es también desarrollada *in extenso* por BACIGALUPO SAGESSE, y por DE LA CUESTA ARZAMENDI.

---

<sup>420</sup> Asegura que no existiría entonces desconexión alguna entre el Injusto de PJ y el delito cometido por persona física, pues bastaría con demostrar la imputación objetiva entre la omisión efectuada y la contribución delictiva producida, y tampoco habría problema a la hora de justificar porque la mayor gravedad de dicho delito tendría que redundar en una mayor responsabilidad de la entidad colectiva en que se cometió, puesto que mientras más grave sea el delito cometido mayor desvalor de resultado tendrá el Injusto imputable a la entidad, *Vid.* GALÁN MUÑOZ, A., “La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad en la web de la Revista de Estudios de la Justicia, nº 15, 2011. *Vid.* [http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej15/GALAN%20\\_11\\_.pdf](http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej15/GALAN%20_11_.pdf), (también en Revista General de Derecho Penal, nº 16, Iustel, Madrid, 2011), p. 207.

<sup>421</sup> Si bien hay autores como GONZÁLEZ SIERRA, P., que sitúan este modelo de imputación en una variante del modelo mixto de RPPJ. Así en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tesis doctoral, Universidad de Granada, 2012, *passim*.

ZUGALDÍA ESPINAR<sup>422</sup> ha profundizado en la elaboración de una teoría jurídica del delito para las PJ abordando las categorías básicas como acción, tipicidad, antijuridicidad, Culpabilidad y punibilidad de la persona física para utilizarlas, o aprovecharlas en lo que bien se pueda, en la PJ. En su concepción del Injusto<sup>423</sup> analiza pormenorizadamente todas las categorías básicas que lo integran. Así, en el tipo objetivo, la Acción<sup>424</sup> de la persona jurídica consiste en un “defectuoso *management* del riesgo, que produce un incidente empresarial grave”. El defecto de organización empresarial exige que alguien haya organizado la empresa defectuosamente, es decir por una persona física, pero valorando el sustrato humano en su justa medida, “*fijando los criterios (normativos) de imputación que permitan poner a cargo de una PJ, como propio de ella, el comportamiento llevado a cabo en su seno por una persona física.* De tal manera que la acción de la persona física sea al mismo tiempo jurídica, sociológica y criminológicamente expresión del específico actuar corporativo. Siendo preciso para ello que: a) existan una o varias personas físicas competentes (representante legal, y toda suerte de directivos de la PJ, así como las sometidas a éstos) de tal forma que su comportamiento solo pueda adquirir sentido en el contexto social, b) que éstas persona física realicen la vertiente objetiva de un tipo penal de acción u omisión (propio o impropio delito de omisión) del que se prevea RPPJ (con todos sus elementos requeridos por tipo penal), c) una actuación de esa persona física por cuenta o a nombre

<sup>422</sup> Al abordar la cuestión de la capacidad de acción y de Culpabilidad (penal) de las personas jurídicas, este autor expone de forma muy clara el núcleo gordiano de las dificultades y limitaciones de los conceptos consagrados para las personas físicas en las PJ, señalando la gran debilidad de dichas argumentaciones por partir de un “presupuesto metodológico totalmente erróneo”, el “círculo vicioso” al que ser refería Lampe – nos recuerda-. Así las incapacidades de acción, de Culpabilidad y de pena que se cuestiona en las PJ, solo son tales si a la acción se la define exclusivamente como comportamiento humano, si la Culpabilidad se entiende solo desde un punto de vista bio-psicológico, y la pena se concibe solo como un castigo retributivo del mal uso de la libertad humana. De tal forma que el autor conviene con Briccola en que dicha cuestión “no es un problema ontológico, sino un simple problema de definición”. Con mayor profundidad en “Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español”, publicado en la web del Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, el 10 de diciembre de 2010, p. 2 y ss. *Vid. http://www.ciidpe.com.ar/area1/Z Espinar.pdf.*

<sup>423</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. en *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.76.

<sup>424</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. en “España. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo” AAVV, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. – MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. (dirs.) *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en latinoamérica y en España*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 224 y ss., e *Id. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.73, e. *Id.* en “Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español en la web del Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, 10 de diciembre de 2010, p. 2 y ss. *Vid.* en <http://www.ciidpe.com.ar/area1/Z Espinar.pdf>

de la PJ con infracción de los deberes o facultades otorgados en el marco de la misma y en su giro o actividad, y d) con beneficio directo o indirecto de la PJ, sea éste económico o no". En el tipo subjetivo, al abordar el Dolo<sup>425</sup> o Imprudencia, entiende que la regla debe ser que la PJ responda según el conocimiento (dolo) o desconocimiento evitable (imprudencia) de quien realiza el hecho de conexión. Y en atención al *numerus clausus* en la punición de la imprudencia no existirá RPPJ en aquellos hechos en los que aun existiendo una infracción penal de la persona física no esté recogida la modalidad imprudente de ese delito para la PJ<sup>426</sup>.

Este autor concibe la Antijuridicidad igual que para las personas físicas, recalando que debe de tratarse de un conflicto de intereses en los que estén en juego los de la PJ y se resuelva a favor de ésta<sup>427</sup>. Subraya que el dominio del hecho o la infracción del deber (respecto del tipo objetivo) y el dolo o la imprudencia (respecto del tipo subjetivo) son cuestiones que tienen que predicarse respecto de la acción de la persona física. Y respecto de la Culpabilidad<sup>428</sup> debe comprobarse que la PJ ha omitido de forma contraria al deber que tenía- la adopción de alguna de las medidas de precaución y de control exigibles, esto es el defecto de organización. Es decir, como garante de dicho deber de conjurar peligros, cabiendo la imputación en su modalidad dolosa por la infracción de las normas de cuidado, y vinculado a los Programas de

---

<sup>425</sup> Plantea tres posibilidades: prescindir del dolo y la imprudencia, transferir el dolo o la imprudencia de la persona física a la PJ, o referir el dolo o imprudencia de la persona física a la PJ en el hecho de referencia, decantándose por ésta última, *vid.* "La responsabilidad criminal...", *Op. Cit.*, p. 89.

<sup>426</sup> *Ad Ex.*, art. 302 en relación con el artículo 301.3 del CP respecto del delito de Blanqueo de Capitales.

<sup>427</sup> Este autor plantea una interesante exposición ejemplificativa, de causa de justificación por estado de necesidad de la PJ (justificante) en un caso excepcional en el que, en una situación de crisis empresarial, dificultad de tesorería, o de precaria situación financiera, una persona física de dicha PJ realizase una conducta típica de fraude fiscal o alzamiento de bienes. No siéndole de aplicación por el contrario el estado de necesidad justificante de la persona física en la comisión de un ilícito. *Vid et cfr.* "España. La responsabilidad criminal...", *Op. Cit.*, p. 227, así como en *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas...*, *Op. Cit.*, p. 91.

<sup>428</sup> Nos recuerda ZUGALDÍA ESPINAR, que existen ya numerosas concepciones de Culpabilidad utilizadas para la RPPJ, como son: la *Strict liability* (responsabilidad objetiva), la *Vicarius liability* (responsabilidad vicarial o por el hecho de otro), la teoría de la agregación (o del dolo colectivo), la teoría de la cultura corporativa, la teoría de la ceguera corporativa ante los hechos, la teoría del beneficio, la teoría del dominio de la organización funcional sistémica (HEINE), la teoría de la responsabilidad solidaria de la persona jurídica con el órgano (HIRSCH), la teoría de la "Culpabilidad" basada en el estado de necesidad preventivo de bienes jurídicos (SCHÜNEMANN), la teoría de los sistemas sociales autopoéticos (GÓMEZ-JARA DÍEZ/ BAJO FERNÁNDEZ), la teoría de la acción comunicativa aplicada a la responsabilidad corporativa (CARBONELL MATEU), la teoría del defecto de organización (o del *Cumplimiento*) en "España. La responsabilidad criminal...", *Op. Cit.*, p. 227. Requiere para la comprobación de la imputación como Culpabilidad la constatación del defecto de organización, así en "Aproximación teórica y práctica...", *Op. Cit.*, p. 10. Se pronuncia en contra, además, de la concepción de que los delitos de la PJ sean delitos de infracción del deber, ni que respondan a la estructura típica de los impropios delitos de omisión, ni que todos ellos constituyan delitos imprudentes, con todas las consecuencias dogmáticas que de ello se derivarían, en *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas...*, *Op. Cit.*, p. 96.

Cumplimiento Normativo<sup>429</sup> (o de cumplimiento efectivo de la legalidad o *Cumplimiento*). Distingue entre los distintos defectos a prevenir con el fin de aminorar los riesgos de que la PJ incurra en responsabilidad criminal, vía *Corporate Cumplimiento*, como son los *defectos orgánicos* (por ausencia o insuficiencia en la PJ de órganos de selección, formación y seguimiento de la actividad desarrollada por los administradores o representantes legales –*culpa in constituendo*–), los *defectos en la selección* de los directivos o empleados o en su formación continua posterior a la misma – *culpa in eligendo vel in instruendo*, y los *defectos de control* (por ausencia de vigilancia o seguimiento, por el órgano encargado, de las actuaciones de los administradores o representantes legales – *culpa in vigilando*–, y aborda los requisitos de los *Programa de cumplimientos* para ello<sup>430</sup>.

BACIGALUPO SAGESSE<sup>431</sup>, por su parte, sitúa su concepción acerca del modelo de imputación de RPPJ de forma muy cercana a ZUGALDÍA ESPINAR. Ya recordaba en el año 1998 que “*todas las elaboraciones de JAKOBS han puesto de manifiesto que es la idea de sujeto la que viene a determinar el contenido de las categorías dogmáticas de la teoría del delito*”, y la crisis del modelo antropológico por el nuevo paradigma de la idea de sociedad<sup>432</sup>. Entiende también esta autora que la imputación de un ilícito a una PJ requerirá de la existencia de ese hecho de conexión junto con la actuación por cuenta y provecho de la sociedad, y la concurrencia de Culpabilidad por defecto de organización. No siendo solo un requisito de la responsabilidad por la infracción del deber de vigilancia de los administradores sobre sus subordinados, sino el presupuesto general que legitima la aplicación de una pena<sup>433</sup>

<sup>429</sup> Ya lo decía con anterioridad a la reforma del código penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas...*, p. 97 y ss., e introducido en “Aproximación teórica y práctica...”, *Op. Cit.*, p.11.

<sup>430</sup> Cuestión que será comentada, junto con otros autores, *ut infra* en el capítulo correspondiente a los *Programa de cumplimientos* y sus efectos.

<sup>431</sup> BACIGALUPO SAGESSE, S. “El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos” en *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 84-90. Especial interés suscita su reflexión en torno a la carga de la prueba, criticando una inversión de las reglas generales y del Principio de Presunción de Inocencia y postulando, ya antes de la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y de la STS nº 154/2016, de 29 de febrero, que deberá ser el Ministerio Fiscal quien aporte la prueba de la Culpabilidad de la PJ.

<sup>432</sup> *Vid.* el encuadre de dicha manifestación en un profundo estudio sobre la normativización de los conceptos dogmáticos en BACIGALUPO SAGESSE, S. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 220.

<sup>433</sup> Valoración que hace antes de la reforma del año 2015, donde además indica que el legislador ha optado por establecer un sistema de atribución en cuanto al modelo de RPPJ *Id.* “La responsabilidad penal de los entes colectivos: *societas delinquere non potest!*” AAVV, (coord.)ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. – COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A. –GÓMEZ PAVÓN, P. –MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. – MARTINEZ GUERRA, A. *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 35.

a una PJ. No obstante, afirmaba que el recurso elegido por el legislador (del 2010) no permitía hablar de un criterio de imputación propio y específico de la persona jurídica, asegurando que el CP había optado por establecer un sistema de atribución y no por el hecho propio de la PJ.

Desde otra perspectiva DE LA CUESTA ARZAMENDI, afirma la necesidad del hecho de conexión (y relación de causalidad) y su compatibilidad con una responsabilidad independiente, no vicarial ni por el hecho de otro. Para este autor, de acuerdo con la redacción dada por la LO 5/2010 la RPPJ surgiría “*solo cuando a la infracción del deber de control a la entidad pueda objetivamente imputarse la comisión por las personas físicas contempladas de alguno de los hechos delictivos específicamente previstos , en el marco de sus actividades sociales y en el modo en cada caso exigido por el art.31.bis.1, el cual en su párrafo segundo requiere asimismo la falta de aplicación del debido control (dolosa o imprudentemente) por parte de las personas físicas responsables*”, y siempre que concurre el merecimiento de la pena, esto es, si ratificada su capacidad individual de autoorganización y funcionamiento (imputabilidad), podía evitarlo y no se hallaba amparada por excusa legal alguna (Culpabilidad), manifestando así en el momento del hecho las carencias de la entidad en cuanto a esa “cultura” de cumplimiento de la legalidad que le era individualmente exigible”.

En un posicionamiento, *mutatis mutandis*, cercano en cuanto al valor del “hecho de referencia” y Culpabilidad como defecto de organización se ha manifestado QUINTERO OLIVARES<sup>434</sup>, si bien él concibe una transferencia de responsabilidad a la PJ por la presencia del interés de ésta o la contribución a su desorganización. Así este autor al abordar la Culpabilidad, ya con ocasión de la reforma de 2010 postulaba que la RPPJ no era una responsabilidad objetiva<sup>435</sup>, sin necesidad de dolo o culpa, puesto que cuando se proclama la responsabilidad se parte de la premisa de que también las organizaciones o entes pluripersonales pueden tener conocimientos, proyectos, objetivos y decisiones, y tienen una conciencia de las consecuencias. Pudiendo entonces

---

<sup>434</sup> QUINTERO OLIVARES, G., “Comentarios al Libro I: Título II (arts. 31.bis a 31 quinqués)”, AAVV QUINTERO OLIVARES, G (dir.) – MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al Código penal español. Tomo I (arts. 1 a 233)*, 7<sup>a</sup> Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 385-386, y 390-391.

<sup>435</sup> QUINTERO OLIVARES, G., “Art. 31 bis.”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) – MORALES PRATS, F., (coord.) *Comentarios al Código penal español. Tomo I*, 6<sup>a</sup>Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 377.

adolecer de una falta de conciencia que les es exigible. Sobre esa categoría dogmática<sup>436</sup> ya veía entonces necesario asumir una concepción exquisitamente jurídica de la imputación subjetiva a los entes para establecer la reflexión desde los parámetros estrictos del reproche jurídico, alejando la argumentación del entendimiento de la Culpabilidad como reproche moral, tratando de comprobar la infracción de un deber jurídicamente exigible a la persona jurídica en las circunstancias personales en que actuó.

Ahora sobre la Culpabilidad, además dice que si reducimos ese concepto a sus fundamentos observaremos que se inspira en la necesidad de dar la debida importancia al conocimiento de las normas jurídicas que establecen unas pautas de conductas para que sean respetados bienes jurídicos importantes. Y que entender acto seguido que solo los individuos pueden hacer mal uso de la libertad y destruir o lesionar esos bienes es cierto en cuanto a la causalidad física o humana de la destrucción o lesión, pero no lo es en relación con el poder de decidir o permitir que esa lesión se produzca. Así postula que se puede edificar una idea de *Culpabilidad específica* que difiera de la que puede ser válida para las personas físicas. Por demás, recuerda, no pueden transportarse la totalidad de la Culpabilidad y la exculpación (sería inviable hablar de miedo o de ignorancia, conceptos cuyos efectos se despliegan tradicionalmente en sede de Culpabilidad). A su juicio puede sostenerse que las organizaciones en el plano cognoscitivo pueden tener el conocimiento propio del dolo o de la imprudencia aunque seguramente no será un conocimiento residenciado en la mente de un sujeto aislado. El autor recuerda que una recomendación constante de la UE es que los entes colectivos se doten de unos criterios de organización o si se quiere de unos códigos internos de funcionamiento. Y señala que en el sistema español la posible RPPJ se prevé casi exclusivamente para un grupo de delitos dolosos, salvo lo dispuesto para los delitos de blanqueo y ambientales, y desde la reforma de 2015 la quiebra imprudente. Ante una conducta dolosa del trabajador “será difícil sostener que la conducta ha sido posible exclusivamente por no haberse ejercido el debido control”. Y que en cualquier caso subsisten las dudas razonables acerca de cuáles son los controles que pueden evitar la decisión dolosa de cometer un delito.

---

<sup>436</sup> QUINTERO OLIVARES, G., (dir.) QUINTERO OLIVARES, G., *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 56.

**d) Teorías de Injusto y Culpabilidad propias sustentado en la Concepción Significativa de la Acción.**

El constructo elaborado por CARBONELL MATEU ya antes de la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, sustenta un modelo de Injusto y Culpabilidad propia en la concepción significativa de la acción. Recordemos que la concepción significativa de la acción fue desarrollada por VIVES ANTÓN, quien elabora su doctrina de la Acción y la Teoría de la norma apoyándose en Wittgenstein, y su metodología en Habermas, en su Teoría de la acción comunicativa y la Teoría del discurso, de la realidad mediatizada por el lenguaje, donde el concepto de acción social, pasa a una acción comunicativa en la que el lenguaje desempeña funciones de entendimiento y de integración social. Se dice que esta concepción crea una nueva sistemática del delito. En palabras de Martínez-Buján Pérez, desde la perspectiva filosófico-jurídica es una genuina creación democrática. Se basa en la filosofía del “segundo Wittgenstein” en el que los problemas filosóficos son “embrollos lingüísticos” (lenguaje dentro de su dimensión cultural, regido por reglas que expresan una particular forma de vida, cuyo seguimiento nos indica cuando se usa correctamente una palabra y cuando no. Se produce un “giro pragmático” en torno a la acción y a la racionalidad práctica. Esta importante concepción entiende la acción a partir del sentido que se deduce de los actos humanos, en tanto que éstos son interpretables en el contexto social por ajustarse a unas reglas o pautas que resultan perfectamente comprensibles en dicho contexto. La acción se define como el sentido que, conforme a un sistema de normas, puede atribuirse a determinados comportamientos. Con ese concepto VIVES ANTÓN<sup>437</sup> construye su Teoría de la Norma contemplando la acción desde la regla del derecho, para elaborar su constructo guiado por la idea de justicia. Así<sup>438</sup>, las normas jurídicas serán decisión de poder y también determinaciones de la razón (con las razones que amparan la imposición de la norma). Esa pretensión general de Justicia contiene dos vertientes: la legitimidad de la norma respetando los derechos humanos y sociales, y la correcta aplicación al concreto caso, dónde surgen pretensiones de validez específicas de la norma con las que se analiza si en la norma penal puede tener encaje una acción

---

<sup>437</sup> VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

<sup>438</sup> Como explica MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., que sigue el esquema de la teoría del delito que se deriva de la concepción significativa de la acción, *Vid. Derecho penal económico y de la empresa, Parte General*, 3ºEd., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

humana relevante (típica), ilícita (antijurídica), reprochable (culpable) y necesitada de pena (punible).

CARBONELL MATEU, fundamenta el sustrato filosófico jurídico en el que se asienta la RPPJ desde la Concepción significativa de la acción<sup>439</sup> de una manera muy solvente. Su concepción se acerca en cierta medida a la de GÓMEZ-JARA, aunque con sustancial diferencia como para constituir una propia teoría.

Define la Acción de las PJ porque éstas son sujetos de derecho reconocidas como tales, sus tomas de decisión están sometidas a reglas y podemos, por tanto, decir que significan, que tienen sentido o, más probablemente que constituyen un significado.

Para este autor, lo que se le imputa a la PJ no es otra cosa que la conducta ilícita – esto es, la lesión típica del interés, el significado típico- y en la medida en que era exigible personalmente. Que eso implique o no, dice el autor, una carencia o defecto de organización empresarial habrá de comprobarse caso a caso. Por lo que parece situar el defecto de organización en el Injusto. Y vincula la Culpabilidad a la idea de reprochabilidad por no hacer lo que le era exigible pudiéndosele exigir. Argumenta, antes incluso de la reforma de 2015 a favor de eximenes de responsabilidad penal para las PJ. El defecto de organización no era para este autor tan determinante como lo es ahora.

Entiende que la RPPJ debe fundamentarse de manera sino idéntica, de manera semejante a la de las personas físicas. Así lo que se imputa no es otra cosa que la conducta ilícita –esto es, la lesión típica del interés, el significado típico – y en la medida en que era exigible personalmente. Que eso implique o no una carencia o defecto de organización empresarial habrá de comprobarse caso a caso. Respecto del DOLO dice que hablaremos de acción dolosa donde se halle un significado típico que denote en su autor su compromiso, una actitud, de vulneración del interés tutelado, de quiebra de la norma. Y en el caso de que ello no se dé habrá de comprobarse por un lado la subsistencia de la relevancia (porque la modalidad IMPRUDENTE es típica), y por otro si la evitación de la quiebra del interés era exigible personalmente a través del cuidado debido.

---

<sup>439</sup> CARBONELL MATEU, J.C., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su ‘dogmática’ y al sistema de la reforma de 2010”, en *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época* – Núm. 101, septiembre 2010, pp.13 y ss. En tanto que, si la acción es el significado, las PJ tienen capacidad de acción, *Vid. Supra*.

**e) El Hecho de conexión de la persona física como condición objetiva de punibilidad, Injusto propio de la PJ por un defecto de organización y Culpabilidad por permanente organización defectuosa más o menos grave.**

Esta construcción ha sido elaborada por un autor muy prolífico en esta materia, NIETO MARTÍN<sup>440</sup>, y viene a abordar la RPPJ desde una interesante perspectiva en la que el defecto de organización puede ser valorado como más o menos grave, con especial incidencia en la parte subjetiva del tipo y en la Culpabilidad.

NIETO MARTÍN es, también, un autor que lleva muchos años estudiando a fondo la RPPJ, y a nuestro juicio ha evolucionado<sup>441</sup> en sus planteamientos de una forma muy enriquecedora. Distinguimos, a trazo grueso –nos perdonará el autor porque es con intención clarificadora y resumidora, una primera concepción hasta el año 2013 aproximadamente, y una segunda concepción desde entonces. En este apartado abordaremos sus primeras concepciones dejando para el apartado de Modelos similares al Derecho Penal Internacional: *Offense vs. Defense*, sus más recientes propuestas.

En su primer planteamiento, el hecho de la persona física constituye una condición objetiva de punibilidad<sup>442</sup> a partir de la cual debe investigarse el verdadero fundamento de la responsabilidad del ente, el defecto de organización. De modo tal que sitúa en el defecto de organización el “pretendido tipo subjetivo”, en base a la intensidad de relación entre el defecto de organización y el comportamiento de la persona física. Así, el autor aborda una concepción de Injusto más propio de las PJ, para las dos vías de imputación de la PJ, fundamentado el que el defecto de organización. Así en base a la regulación de 2010, era muy claro en la segunda vía de imputación, y en la primera lo concebía como un Injusto personal derivado del delito de la persona física.

---

<sup>440</sup> Aunque hay autores como SALVO ILABEL, N., que lo sitúan en una concepción del “hecho de referencia” como “indicio” de la Culpabilidad de la PJ, concluyendo que el comportamiento físico de las personas físicas sí tiene relevancia para determinar la responsabilidad de la PJ, aún cuando no la fundamente. *Vid. Modelos de imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2014, p. 269, y su nota 1126.

<sup>441</sup> Además de la teoría que aquí se explica, y la que se expondrá *ut infra*, son numerosos sus trabajos sobre la materia, y ha llegado incluso a trabajar sobre distintos enfoques. En este sentido son de especial interés sus aportaciones enfocadas al *Cumplimiento* y justicia restaurativa en el marco de la autorregulación, publicados en “Autorregulación, ‘Cumplimiento’ y Justicia Restaurativa”, en ARROYO JIMÉNEZ, L. – NIETO MARTIN, A. (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 99 y ss., que es objeto de estudio en el apartado dedicado a los efectos de los *Compliance Programs*. *Vid. supra* epígrafe 2 de la Primera parte.

<sup>442</sup> NIETO MARTIN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, p. 324 y ss.

Respecto de la Culpabilidad<sup>443</sup> de la PJ, ya en 2008 explicaba la evolución hacia el concepto de Culpabilidad empresarial, y tras un profuso análisis de distintas formas de entender la Culpabilidad, distinguía “cuatro posibles concepciones: a) la *Culpabilidad de la empresa como cultura corporativa desviada* (CP australiano y Gómez-Jara); b) la *Culpabilidad de empresa como efecto de organización*, que sin duda resulta la versión más extendida (Reino Unido, también en parte Heine y Gómez-Jara); c) la Culpabilidad de empresa como *Culpabilidad por el carácter o Culpabilidad por conducción de la empresa* (Heine/Lampe). Entendiendo la más acertada la Culpabilidad de empresa como defecto de organización, de tal suerte que surge ésta por no haber generado un sistema preventivo destinado a conjurar de forma razonable los riesgos derivados de la actividad empresarial. Distinguiendo en este punto entre “riesgos que directamente surgen para bienes jurídicos colectivos o individuales, incluso en aquellos casos en que no es posible constatar un comportamiento individual reprochable, y riesgos que derivan de conductas delictivas –dolosas o imprudentes- de sus empleados.” En su concepción, postulaba por aquel entonces que dentro de la Culpabilidad de la organización simplemente lo que se tenía que demostrar era la ausencia de esfuerzos por parte de la empresa a la hora de implantar una cultura de respeto a la legalidad. Para este autor no es de aplicación el Principio de Coincidencia, que exige la capacidad de Culpabilidad referida al momento preciso del hecho. Y utiliza las ideas de Culpabilidad reactiva y proactiva, junto con paralelismos del llamado Derecho penal de autor para concluir que “el derecho penal colectivo constituye un derecho penal de autor, donde el comportamiento delictivo no es sino manifestación de una ‘personalidad defectuosa’, consistente *un defecto en la organización permanente, no puntual*”. En esta línea destaca que tanto el comportamiento predelictivo como el postdelictivo son relevantes para establecer el conjunto de exigencias que sustentan la idea de Culpabilidad, que el defecto de organización preventivo o postdelictual ha de ostentar un carácter permanente, no hay Culpabilidad de empresa y, por lo tanto, no hay responsabilidad si el hecho aparece de forma puntual, centrándose en un déficit de autorregulación permanente. Por lo que a la hora de analizar la Culpabilidad no bastaría la mera comisión de un delito, sino que éste obedece a una falta de organización estable que necesita ser corregida. En el tipo Imprudente, la conducta negligente, de no constatarse

---

<sup>443</sup> Apuntaba NIETO MARTÍN, ya en el 2008, que uno de los problemas fundamentales a la hora de enjuiciar la Culpabilidad de la empresa los autores utilizaban sus construcciones para resolver problemas distintos. *Vid.* en NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 145 y ss.

un autor individual, puede predicarse de la propia empresa, sin necesidad de localizar la imprudencia en un empleado concreto. La Culpabilidad atribuible a la organización cuando la conducta de la empresa aparece como imprudente en su conjunto, se determinará cuando la conducta se debe a: a) una gestión empresarial inadecuada, un control o supervisión ineficaz de la conducta de uno o más empleados, agentes o dependientes, y b) una omisión de establecer un canal de información interno, eficaz destinado al personal dirigente. En los delitos imprudentes la Culpabilidad equivale claramente a un defecto de organización concretado en los mecanismos de control supervisión y sistema internos de transmisión de la información. En el caso de delitos dolosos la Culpabilidad es más compleja<sup>444</sup>, aunque tras un riguroso análisis de las propuestas hasta aquel momento planteadas por diversos autores, concluye que “dolo o imprudencia son como metáforas o parábolas mediante las cuales se intenta describir algo mucho más simple: la gravedad del defecto de organización”. De tal suerte que constituyen la gravedad del defecto de organización en concreta relación a la conducta que ha realizado el particular o la lesión de bienes jurídicos ocasionada por la empresa. Por lo que la falta de mecanismos de prevención, detección, reacción o la existencia de unas políticas de empresa que inciten o hagan más fáciles la realización de comportamientos ilícitos por parte de personas naturales o en otros casos la tolerancia o aquiescencia por parte de los superiores. De ello infiere, como se ha dicho *ut supra*, que el tipo subjetivo no es sino la intensidad de la relación entre el defecto de organización y el comportamiento del autor, por lo que lo que algunos llamarían dolo o imprudencia, él lo denomina defecto de organización más o menos grave.

Considera que las pequeñas empresas y las empresas criminales podrían ser sujeto inimputables. Planteando tres supuestos: las sociedades pantalla, pequeñas sociedades (sin complejidad suficiente), y las empresas criminales. Desaconsejando para éstas últimas esa inimputabilidad y para las segundas apunta problemas de regulación legislativa para su determinación correcta.

Recuerda que la introducción de la Culpabilidad de empresa si se hace en “estado puro” conlleva el problema de la taxatividad por no estar perfectamente

---

<sup>444</sup> El autor dice que “se trata de describir un concepto tan escurridizo como un *ethos* corporativo, que empuja o incita a la comisión de hechos delictivos individuales, esto es, que actúa como factor criminógeno. Abarcando desde situaciones de tolerancia o autorización, a priori, posteriori o tácita, por parte de superiores, a otras que tienen que ver más con políticas propias o una determinada cultura corporativa”, en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, p. 133. Más adelante descarta hablar de un tipo subjetivo y otro objetivo en el Injusto de la empresa, *vid. p. 160*.

definidas las obligaciones de la empresa en esa autoorganización<sup>445</sup>. Y cita además otros caminos complementarios como el requisito de que la persona física obre por cuenta de la PJ y que la Culpabilidad por defecto de organización se refiera solo a los delitos relacionados con la actividad de la empresa.

De la Culpabilidad se postula según la redacción dada por LO 5/2010 que existen razones constitucionales (citando a Juan Antonio Lascuraín) para basar el sistema de RPPJ en la propia Culpabilidad de la PJ, donde sea posible alegar la existencia de debido control incluso en el caso de que el delito haya sido cometido por un administrador, invocando los principios de personalidad de las penas, de *ne bis in idem*, y de presunción de inocencia. Opino como el autor<sup>446</sup> que es relevante el *nomen iuris* de la sanción, máxime cuando, como gráficamente expone, el legislador ha decidido utilizar los “cañones del Derecho penal” en lugar de las “balas del Derecho administrativo sancionador”.

**f) Una teoría con una concepción de Injusto como acción propia *ex ante* de la PJ, y Culpabilidad por defecto de organización.**

Este modelo, elaborado por GÓMEZ TOMILLO, entiende que las PJ son entes artificiales de carácter instrumental, por lo que el juicio de atribución de responsabilidad ha de tener cierto carácter normativo, valorativo. Defiende un concepto de Acción<sup>447</sup> que debería ser propio de la misma PJ, citando causas de no acción (como por ejemplo un terremoto que provoca un vertido contaminante). De tal manera que la ausencia de responsabilidad debe sustentarse en la ausencia de acción de la PJ, en la medida en que el hecho, no es una manifestación de la personalidad de la empresa, sino la consecuencia de un fenómeno ajeno a su organización y por completo incontrolable” (vinculado al concepto de fuerza mayor – irresistible y de carácter externo- del Derecho administrativo).

---

<sup>445</sup> Se fija en los modelos mixtos como el de EEUU (con sus *Guidelines*) y el de Italia (con su Decreto Legislativo nº231) mediante la creación de *Programa de cumplimientos*, en los cuales las empresas con la colaboración de la administración y otros agentes sociales, han protocolizado las medidas organizativas.

<sup>446</sup> NIETO MARTÍN, A. “Introducción”, AAVV *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, (dirs.) ARROYO ZAPATERO, L. / NIETO MARTÍN, A., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 17.

<sup>447</sup> GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 63 y ss.

Este autor plantea el Injusto<sup>448</sup> propio de la PJ como acción “*ex ante*” peligrosa, siendo decisivo que “el hecho en cuestión, *ex ante* lesivo o peligroso, aparezca como hecho de la empresa”. La Culpabilidad<sup>449</sup> la sitúa de forma muy cercana, aunque con ciertos importantes matices, a la que formuló TIEDEMANN<sup>450</sup>, como un defecto de organización. Y señala como datos a tener en cuenta en un juicio valorativo por parte del juez: la existencia o no de *Programa de cumplimientos*, las características personales del sujeto físico realmente actuante, presencia de dolo o imprudencia en el sujeto físico, la existencia o no de instrucciones expresas, el nivel jerárquico del sujeto que llevó a cabo la acción u omitió la actuación, la realización de una adecuada vigilancia supervisión o control sobre el personal sin poder de dirección. A juicio de este autor, su concepción permite mantener la Culpabilidad como un juicio individualizador de la responsabilidad (manteniendo el carácter material<sup>451</sup> de la Culpabilidad) y considerar los factores individuales de la infracción (ignorados en el juicio de antijuridicidad), un “juicio de censura formulado frente a la PJ que “omitió la adopción de medidas exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no infractor de la actividad relativa al hecho de la empresa”<sup>452</sup>. Se trata así igual lo que es igual y desigual lo que es desigual. Por ello, traslada la carga de la prueba<sup>453</sup> a la PJ, apuntando que además ello contribuirá a disminuir dificultades en la valoración de la idoneidad del programa y su correcta implementación. A su juicio, la falta de Culpabilidad en la

<sup>448</sup> GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 74 y ss.

<sup>449</sup> *Ibidem*, p. 76 y ss., y 127 y ss. *Vid.* también *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 97 y ss., donde ya entonces, igual que ahora, describía tres posibles opciones de partida: no exigencia de Culpabilidad de la PJ, Culpabilidad por representación (imputación de la Culpabilidad de la persona física actuante), Culpabilidad específica para empresas o entes colectivos. Ya antes de la reforma de 2015 se posicionaba en el sentido de entender la Culpabilidad como defecto de organización, *Vid.* p. 104 y ss. Manteniendo su posicionamiento tras la reforma de 2015, implica, que las eximentes que el legislador de forma expresa relaciona en los artículos 31.bis. 2, y 31.bis. 4 del Código Penal, este autor las entiende como causa de exculpación penal. *Vid. Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *Op. Cit.*, pp. 144 y ss. Lo trataremos con mayor profundidad en el capítulo de esta obra dedicado a las eximentes y atenuantes de la RPPJ.

<sup>450</sup> Klaus Tiedemann es considerado el creador de la teoría de la Culpabilidad por defecto de organización.

<sup>451</sup> Lo que le permite, en su opinión, mantener a la Culpabilidad su carácter de juicio material en el marco del Derecho penal de las PJ, en la medida en que con ella encuentra un principio teleológico, un factor aglutinador de los diversos elementos que, atendiendo a ese esquema se integran en ella.

<sup>452</sup> En contra de este planteamiento se ha pronunciado GÓMEZ MARTÍN, V., “Recensión a Manuel Gómez Tomillo, Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, (289 páginas)”, *InDret*, enero de 2016, p. 4 y ss.

<sup>453</sup> *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *Op. Cit.*, pp. 144 y ss. El voto discrepante concurrente de la STS nº 154/2016, de 29 de febrero, también acogió el criterio de Culpabilidad por defecto de organización y la imposición de la carga de la prueba a la PJ, aunque consideró el Injusto transferido de la persona física al tratarse de un Modelo vicarial de RPPJ. De manera crítica se ha pronunciado GÓMEZ MARTÍN, V., “Recensión a Manuel Gómez Tomillo...”, *Op. Cit.*, pp. 7 y 8.

persona física que actúa en nombre de la PJ puede en ocasiones excluir la RPPJ, o al contrario ser un síntoma del defecto organizativo<sup>454</sup>. Aborda el supuesto de persona física sin conocimientos jurídicos suficientes que adopta decisiones que afectan a la PJ, bajo error de prohibición, como síntoma de defecto de organización. Y el caso de las omisiones, si quien actúa o deja de hacerlo, lo hace bajo un trastorno mental transitorio, estado de necesidad o impulsado por miedo insuperable, probablemente se pueda concluir que la infracción cometida no es consecuencia de un defecto de organización. Este autor realiza una reducción teleológica con la que la incomunicabilidad del art. 31 ter 2 serían referidas tanto a las genéricas de los arts. 21 y 22 del CP, como a las especiales “reguladas al hilo de las concretas figuras de delito”, de forma que “no se desprende expresamente que deba excluirse cualquier clase de reflejo de Culpabilidad del sujeto realmente actuante, u omitente, en la Culpabilidad de la organización”.

Respecto del Dolo y la Imprudencia<sup>455</sup>, descarta la equiparación punitiva, postula la vigencia de los arts. 10 y 5 del CP también para las PJ por lo que no resulta posible la responsabilidad objetiva –además de señalar otros importantes aspectos que hacen imposible dicha concepción-, entiende que las construcciones *ad hoc* carecen de sentido, y finalmente se posiciona en el sentido de entender estas categorías son meros datos a considerar en la Culpabilidad entendida como defecto de organización. Será más o menos reprochable en función de que la intencionalidad o imprudencia de la conducta de la persona física, pero no de la persona física ejecutora sino de aquella a la que sea penalmente imputable el hecho, bien por tener un poder de alta dirección, ser mano o directivo intermedio o mero operario. En esa línea, los delitos en grado de tentativa solo podrán serle imputados a la PJ una vez acreditado el dolo de la persona física realmente actuante. El defecto de organización será más censurable si el concreto sujeto físico que actúa lo hace de forma intencional, que si lo hace de forma imprudente. Por lo que dichas categorías devienen un factor irrenunciable, pero exclusivamente modulador de la responsabilidad, no cofundamentador de lo injusto.

---

<sup>454</sup> Aunque no podemos compartir su criterio por las exigencias establecidas en el artículo 31. Bis.Ter.2 del CP, resulta interesante la interrelación que efectúa entre la Culpabilidad de la persona física y la PJ, y la cita de sentencias del ámbito contencioso-administrativo en el que se valora el error de prohibición invencible excluyente de la Culpabilidad de una persona jurídica, *Vid. en Ibidem*, pp. 150 y ss.

<sup>455</sup> Recoge cuatro planteamientos para las PJ: 1) No es posible diferenciar entre dichas categorías, 2) Realizar una construcción particular de dolo o culpa para la PJ, 3) tomar como punto de partida el carácter dolo o imprudente de la persona o personas físicas que han actuado para la PJ, 4) estimar la RPPJ es puramente objetiva. Así en *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *Op. Cit.*, pp. 157 y ss. En cambio, en su estudio realizado el 2010, *Op. Cit.*, solo incluía tres opciones, (*vid. pp. 113 y ss.*)

### **3.3. Propuestas de “estado de Injusto” y sin Culpabilidad.**

SILVA SÁNCHEZ, entiende que las PJ no pueden lesionar normas jurídico-penales de determinación y por ello tampoco pueden ser destinatarias de juicio de reproche<sup>456</sup>, aunque las dinámicas de grupo internas pueden ir conformando progresivamente una realidad objetivamente favorecedora de la comisión de delitos por parte de las personas físicas que las integran. Esa realidad o *State of affairs* no es atribuible a una persona en concreto sino a una sucesión difusa de personas a lo largo del tiempo (que han generado una organización defectuosa<sup>457</sup>, un déficit de autorregulación o una dinámica de grupo criminógena). Pues bien, lo que sí puede afirmarse es que ese *state of affairs* puede ser penalmente antijurídico –en sentido objetivo-, en la medida en que lesiona normas jurídico-penales de valoración. Por lo que los problemas de la teoría del delito propia de la PJ, a su juicio, no se ciñen a la acción, Injusto subjetivo o Culpabilidad, sino que asimismo tropiezan con la propia tipicidad objetiva. El estado de Injusto de la PJ, en su caso, sería constitutivo de cooperación o favorecimiento a la realización por la persona física de los elementos específicos de la figura del delito, por un estado defectuoso de organización que permita prever una continuidad en la actividad delictiva, de no ser corregido. En este sentido para la imposición de penas cree necesario un triple juicio de constatación del pasado, presente y futuro. El “juicio del pasado” consistente en la determinación de que en la comisión del delito por la persona física influyó (favoreció) un defecto de organización de la PJ. Que el autor define como un *juicio de imputación objetiva*: se trata de determinar que el modo de estar organizada la PJ ha generado un riesgo jurídicamente desaprobado y que éste se ha realizado en un resultado de favorecimiento de la actuación de la persona física y, en última instancia, en el resultado delictivo producido por ésta<sup>458</sup>. Dentro de ese “juicio del pasado” hace dos sub-juicios: uno *ex ante* sobre la peligrosidad objetiva (riesgo) de ese estado de organización desde la perspectiva de un ciudadano medio; y uno *ex post* sobre la realización de ese riesgo en el resultado. Los juicios de presente y futuro tienen que ver con la toma de medidas para corregir ese estado de organización,

---

<sup>456</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en, Derecho español”, AAVV (dir.) SILVA SÁNCHEZ, JM.M.- (coord.) MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 35, también en *Id. Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Edisofer, Madrid, 2013, p. 283.

<sup>457</sup> Que el autor lo asimila a “déficit de autorregulación”.

<sup>458</sup> Que el autor sitúa muy cerca de la postura de LAMPE (“Injusto sistémico”) y con matices de GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Loc. Cit.*, p.36, su nota 67.

bien al momento de dictar la resolución judicial (presente), bien con la previsible proyección que se produzca de nuevo (futuro)<sup>459</sup>. Rechaza por ello un “hipotético lado subjetivo del estado de cosas” ni en el nivel de Acción, ni en el de la Imputación subjetiva, ni en el de la Culpabilidad<sup>460</sup>. Respecto de la Culpabilidad critica la admisión de la RPPJ aunque en la persona física falte la Culpabilidad, aunque no exista Injusto culpable en la persona física<sup>461</sup>, y aunque – en su argumentación- se trasladare el Injusto de la persona física a la PJ, deberían concurrir en ésta los restantes presupuestos fundamentadores de dicha responsabilidad. Critica de las concepciones de Culpabilidad propia de la PJ, aduciendo que aun y con la asunción de determinados elementos que tuvieran un efecto restrictivo de aplicación del sistema de RPPJ, la relación de tales elementos con la Culpabilidad de la persona física no puede calificarse ni siquiera de analógica, entendiendo que se trataría de una “cuasi-Culpabilidad” en el mejor de los casos<sup>462</sup>.

Este autor critica la consideración de “Penas” a las PJ por no contener los presupuestos de la pena clásica, lo que él entiende deberían ser sanciones fuera del Derecho penal (*i.e.* de tipo administrativo), aunque dada su existencia en el CP realiza una argumentación en la que entendiéndolas como tales las rebaja a un Derecho penal de “segunda velocidad”, más débil y flexible, siempre que concurran los requisitos de imputación de la PJ que él postula, “aunque ello tenga lugar en condiciones que no quepa identificarlas con la Culpabilidad personal. No considerándolas penas en el

---

<sup>459</sup> SILVA SÁNCHEZ, plantea, de forma brillante, una restricción de las posibles interpretaciones del art. 31.bis.1 CP (LO 5/2010), en base a un argumento teleológico que no podemos compartir en tanto que el fin de la norma no es, a nuestro juicio, solo evitar un estado favorecedor del cumplimiento de delitos por persona física (bajo unas determinadas circunstancias) en el seno (y en beneficio directo o indirecto) de la PJ, sino que además, y sobre todo, es instaurar una cultura de cumplimiento normativo (*Cultura de Cumplimiento*) – dentro de esa autorregulación- en base a la cual la PJ, de un lado, evite o dificulte la comisión de ilícitos penales, y en caso de producirse los detecte, investigue y reporte a las autoridades, promoviendo por ende un cambio de mentalidad del “nuevo ciudadano corporativo”, y por otro lado es la inclusión de un nuevo sujeto activo en el Código Penal, con todas sus consecuencias. Así lo ha venido a conferir el legislador, ya en la propia LO 5/2010, como posteriormente, tanto en el preámbulo III, como en la modificación operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo, del art. 31.bis y concordantes.

<sup>460</sup> Extiende su crítica tanto las propuestas que “tratan de sacar partido del concepto funcional de Culpabilidad, como las que aluden a una culpabilización de la organización o a una Culpabilidad por conducción de la empresa” y reprocha que el discurso relativo a una cultura empresarial de deslealtad con respecto del Derecho que “no es capaz de distinguir una Culpabilidad de estado de un Injusto de estado (o viceversa) y que tampoco puede construir un auténtico equivalente funcional de la Culpabilidad personal”. *Vid.* en SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en, Derecho español”, AAVV SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.) - MONTANER FERNÁNDEZ, R. (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, p.37.

<sup>461</sup> Lo cual deviene casi en una aporía ante el modelo de transferencia como bien señala.

<sup>462</sup> Por lo que encuentra razonable que un sector de la doctrina española califique como “cuasi-penas” las penas de las PJ establecidas en el CP. *Vid. Ibidem* p. 29.

sentido fuerte de la expresión, “pero con el *plus* de estigmatización que con la reforma legal pasan a adquirir las sanciones aplicables a las personas jurídicas debería conducir, como sinalagma, a que se le apliquen todas las garantías jurídico-penales y procesales que sea posible”.

### **3.4. Propuestas con Injusto de la persona física y Culpabilidad de la PJ.**

En esta concepción, que vemos recogida recientemente en el voto minoritario, discrepante concurrente de 7 magistrados del Tribunal Supremo, en la STS nº 154/2016 de 29 de febrero, entiende que básicamente el Injusto es de la persona física, con matices, es decir que es la conducta de la persona física transferida a la PJ con los presupuestos del art. 31.bis.1º, y la Culpabilidad, la Culpabilidad<sup>463</sup> empresarial según los discrepantes la Culpabilidad estaría integrada por “el defecto de organización”, teniendo ésta la carga de la prueba para su exoneración de responsabilidad. Así cuando dice que “*Los presupuestos específicos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o elementos del tipo objetivo a que se refiere la sentencia mayoritaria, vienen expresamente definidos por el Legislador en los párrafos a) y b) del párrafo 1º del art. 31.bis CP, y éstos son los que deben ser probados por la acusación, y expresamente reflejados en el relato fáctico de la sentencia, para permitir la subsunción jurídica adecuada*”. Disienten del planteamiento del voto mayoritario y entienden que el Injusto vendría siendo la actuación de las personas físicas y la concurrencia de los elementos típicos recogidos en los apartados a) y b) del art. 31.bis. núm. 1 del CP.

---

<sup>463</sup> Así lo vemos cuando dicen: “*Si la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por los delitos cometidos por sus representantes, o dependientes, con determinados presupuestos, se fundamenta en el plano culpabilístico en permitir o favorecer su comisión al haber eludido la adopción de las medidas de prevención adecuadas, la acreditación de la adopción de estas medidas debe producir como consecuencia la exclusión de su responsabilidad penal. Lo cierto es que el legislador establece expresamente esta exención, y la configura en unos términos muy específicos, cuya concurrencia deberá comprobarse en cada caso.*” (...) “*Constituye una regla general probatoria que las circunstancias eximentes, y concretamente aquellas que excluyen la Culpabilidad, han de estar tan acreditadas como el hecho delictivo. En cuanto pretensiones obstativas de la responsabilidad, y una vez acreditada la concurrencia de los elementos integradores del tipo delictivo objeto de acusación, corresponde a quien las alega aportar una base racional suficiente para su apreciación, y en el caso de que no se constate su concurrencia, la consecuencia no es la exención de responsabilidad penal sino la plena asunción de la misma (...).*”.

Autores que se han posicionado a favor de situar el “defecto de organización” en la categoría de Culpabilidad son varios, destacando a TIEDEMANN como cita DEL ROSAL BLASCO<sup>464</sup> en su reciente artículo publicado con ocasión de la citada STS.

### **3.5. Propuestas con Injusto y Culpabilidad de la persona física y defecto de organización como condición objetiva de punibilidad.**

La FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO se ha pronunciado sobre la reforma operada por la LO 1/2015 concluyendo que se mantiene el fundamento esencial de atribución de la RPPJ de tipo vicarial o por representación en las letras a) y b) del art. 31.bis 1º (como veíamos *ut supra*). Exigiéndose la previa comisión de un delito por una persona física en las concretas circunstancias que se establecen. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas.

Parte de que la RPPJ descansa en un hecho ajeno que en la comisión del delito por las correspondientes personas físicas en las condiciones que exige el precepto (que es lo que determinará la transferencia). Es decir que para la FGE cuando la persona física comete el delito nace también el delito de la PJ, la cual, no obstante, quedará exenta de pena si resulta acreditado que poseía un adecuado modelo de organización y gestión. En su opinión la construcción remite inequívocamente a la punibilidad y a sus causas de exclusión, concurrentes en el momento en que la persona física comete el delito y transfiere la responsabilidad a la PJ, los modelo de organización que cumplieran los presupuestos legales operarían a modo de excusa absolvatoria, esto es, como una causa de exclusión personal de la punibilidad y no de supresión de la punibilidad, reservadas estas últimas causas para comportamientos post delictivos o de rectificación positiva, como los contemplados en las circunstancias atenuantes del art. 31.quater. Es decir que

---

<sup>464</sup> “La idea de Culpabilidad por defecto de organización establece la responsabilidad penal de la corporación cuando se pueda determinar que, producido un daño o perjuicio, ésta ha organizado su negocio de forma que las personas y las propiedades están expuestas a una victimización criminal o a un riesgo de daño no racional, o cuando la empresa ha fallado a la hora de establecer sistema y mecanismos de evitación de riesgos criminales, o cuando la supervisión y vigilancia de aquellos a los que ha puesto en situación de cometer un delito o de causar daño es inadecuada, o cuando el *ethos* de la corporación o su cultura tolera o incentiva la causación de delitos”. *Vid.* DEL ROSAL BLASCO, B., “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”, *Diario La Ley*, N° 8732, Sección Doctrina, 1 de abril de 2016, Ref. D-135, Editorial La Ley.

para la FGE el llamado “defecto de organización” lo sitúa como una condición objetiva de punibilidad, al decir que los modelos de organización eficaces operarían a modo de excusa absolutoria como una causa de exclusión de la punibilidad.

Con ello traslada la carga de la prueba de la idoneidad de los programas de cumplimiento a la PJ, y la acusación solo deberá probar la comisión del delito en las circunstancias establecidas en el art 31.bis.1º. Aunque dichos programas sirvan de valiosa referencia en la medición de las obligaciones de las personas físicas referidas en el apartado 1 a) en relación con los delitos cometidos por los subordinados gravemente descontrolados. Apunta la FGE que la propia comisión del delito opera como indicio de ineeficacia del modelo y que, sobre eta base, cabría exigir a la PJ una explicación exculpatoria que eliminara el efecto incriminitorio del indicio, a semejanza de la doctrina jurisprudencial sobre la prueba indiciaria, conforme a la cual no supone inversión de la carga de la prueba ni daña la presunción de inocencia exigir al acusado que facilite para logra su exculpación aquellos datos que está en condiciones de proporcionar de manera única e insustituible (y cita abundante jurisprudencia<sup>465</sup> en apoyo de sus tesis. Consciente de que siempre existirá un riesgo por más bueno que se un programa de cumplimiento diferencia entre un delito cometido puntualmente por un empleado, que a su juicio no tendría gran carga indiciaria para desmontar la idoneidad del modelo, de otras conductas criminales autorizadas o toleradas por el órgano de administración, que se han extendido en la empresa o han tenido larga duración.

Finalmente señala que es la propia PJ quien dispone de los recursos y posibilidad de acreditación del programa de cumplimiento y de su eficacia o no respecto del caso concreto, así como si cumplía los estándares exigidos legalmente. Si bien es cierto que, como dice, la PJ se halla en mejores condiciones para proporcionar “de manera única e insustituible los datos que atañen a su organización”, la disposición de los protocolos o procedimientos de formación de la voluntad o de adopción y ejecución de decisiones de la PJ o de los “modelos de gestión de recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos”. Por lo que podemos concluir que para la FGE el Injusto y la Culpabilidad, solo pueden ser los de las personas físicas<sup>466</sup>, en las condiciones expuestas

---

<sup>465</sup> Así cita la SSTEDH de 8 de febrero de 1996, Murray contra Reino Unido, de 1 de marzo de 2007; Geerings contra Holanda, de 23 de septiembre de 2008; Grayson y Barnahm contra Reino Unido; SSTC n° 137/98 de 7 de julio y 202/2000 de 24 de julio; y SSTS n° 1504/2003, de 25 de febrero; 578/2012, de 26 de junio y 487/2014, de 9 de junio.

<sup>466</sup> La FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, en su *Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010*, de 1 junio, p. 108, ya postulaba que “los programas de autorregulación corporativa, cumplimiento

*ut supra.* A mayor abundamiento dice en su conclusión 15<sup>a</sup> que los modelos de organización y gestión ni definen la Culpabilidad de la empresa ni constituyen el fundamento de su imputación.

El objeto del proceso penal entiende, será valorar la idoneidad de dichos programas de cumplimiento.

### **3.6. Propuestas con Injusto por “defecto de organización” y sin Culpabilidad.**

Debemos este interesante posicionamiento a GARCÍA ARÁN, quién respecto del modelo de RPPJ habla de una responsabilidad “indirecta”, que tiene como presupuesto un hecho de referencia, requiriendo de la persona física que realice su Injusto, aunque no haría falta la plena responsabilidad de ésta. Cabe señalar que el posicionamiento de esta autora<sup>467</sup> que se expone a continuación lo hizo en base a la LO 5/2010, aunque manifiesta que entiende el modelo de RPPJ como de Responsabilidad vicarial. Así, entiende que el sistema español de RPPJ se aparta del tradicional de las personas físicas, cuanto menos en tres cuestiones esenciales como son: a) que la PJ responde por el hecho de otro, b) que no existe una nítida distinción entre Injusto y Culpabilidad y c) que no rige el principio de personalidad de las penas. Se trata de que la imputación del hecho a la PJ pueda asentarse en elementos equivalentes a lo que conocemos como imprudencia entendido como una falta de previsión, ausencia de control, etc. La autora, al comentar el ordenamiento español dice que en algunos casos no se trata tanto de adecuar el contenido del concepto construido para la persona física a la realidad de la PJ, como, más propiamente, de prescindir del mismo o sustituirlo por otro. Como por ejemplo ocurre con el concepto de Culpabilidad como reproche individual o con la responsabilidad con el “hecho ajeno”. Se postula a favor de que el sistema de imputación de RPPJ mantenga unos principios garantizadores generales del sistema sancionador, pero que ello no significa necesariamente que deba reproducir, adecuando

---

*guide o corporate defense* podrán servir de instrumento para evaluar el contenido real del mandato de que es titular el gestor o representante, y aquello que, junto con las normas que regulan la actividad de que se trate, integra el control debido de la actividad empresarial en el caso concreto, pero no constituyen ni el fundamento de la imputación de la persona jurídica ni el sustrato de una pretendida Culpabilidad de empresa a la que no se refería el artículo 31 bis y que constituye una categoría de todo punto ajena a nuestra dogmática penal”.

<sup>467</sup> Así respecto de la categoría dogmática de “Culpabilidad” para las personas físicas recordando que se construía a partir de las circunstancias que la excluyen en tanto afectan a la imputabilidad o exigibilidad del autor, la autora sostiene que el sistema español no tenía previstas eximentes y por lo tanto, tampoco causas de exclusión de la Culpabilidad.

su contenido, todas y cada una de las categorías de la teoría del delito de las personas físicas. Resultando el requisito mínimo para el establecimiento de una pena el defecto de organización, (que se indicaba con la LO 5/2010 a la segunda vía de imputación), entendiendo que si hay defecto de organización hay injusto, aunque el sistema español no cuenta con una clara distinción entre Injusto y Culpabilidad paralela a la de la persona física, pero permite valorar las circunstancias concretas del defecto de organización ya en su propia calificación<sup>468</sup>. La RPPJ requiere la valoración de la organización o comportamiento social y no puede ser de carácter objetivo con la mera realización del comportamiento de la persona física. Por lo que, si hay defecto de organización habrá Injusto y “*frente a él no cabrá oponer la buena organización como exculpante, porque partimos de que falta la organización exigible, como concepto objetivo que permite imputar los hechos*”. Opina que la omisión de precauciones que serían exigibles en el aseguramiento de una correcta actuación de la PJ viene a ser lo que permite imputarles la realización del hecho cometido por la persona física.

En su opinión, en tanto en cuanto la pena recae sobre la persona jurídica, le es aplicable el art. 5 CP, aun manteniéndose el principio de que la responsabilidad de la persona física se transfiere (con su dolo o su imprudencia) a la PJ. El art. 5 del CP referido a las penas de las PJ, les resulta aplicable en el contenido mínimo de la prohibición de responsabilidad objetiva o por el resultado. Debe pues concurrir, cuanto menos, imprudencia para imponer una pena. En esta línea argumental sigue que no se trata de exigir el dolo de la PJ siempre que el delito cometido por la persona física sea doloso, sino de que la imputación del hecho a la PJ pueda asentarse en elementos equivalentes a como lo que conocemos como imprudencia que, en las PJ pueden ubicarse en la falta de previsión, ausencia de control, etc.

Considera no imprescindible la categoría de Culpabilidad para la PJ<sup>469</sup>, y que ello explica en gran parte la no vigencia del principio de personalidad de las penas en materia de PJ. Sin perjuicio, de poder fundamentar las penas, en una “Culpabilidad de

---

<sup>468</sup> GARCÍA ARÁN, M. “art.31.bis” AAVV, (dirs.) CÓRDOBA RODA, J. – GARCÍA ARÁN, M. *Comentarios al código penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 389 y ss.

<sup>469</sup> Respecto de las teorías que rechazan que la Culpabilidad sea una categoría necesaria en el caso de los delitos cometidos por PJ existen autores que se han pronunciado claramente en contra postulando su necesidad, como GÓMEZ TOMILLO, M., *vid et cfr.* “La Culpabilidad de las personas jurídica (I): concepto” en *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Actualizado conforme a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 127 a 130. A favor de la necesidad de incluir la categoría de Culpabilidad con pronunciamientos ya vistos tenemos ad ex. GÓMEZ-JARA DÍEZ, FEIJOO SÁNCHEZ, ADAM NIETO, etc.

empresa”, como la valoración del comportamiento y/u organización de la PJ de forma independiente al de la persona física, que se exige formalmente en el caso que quien haya realizado el hecho sea un empleado. En la inobservancia de los deberes de organización y en la función preventiva del Derecho penal que se vería frustrado si las personas jurídicas constituyen un instrumento de elusión de responsabilidades o inaplicación de la ley penal. Ya antes de la LO 5/2010 esta autora advertía el problema de la imputación de las categorías subjetivas como el dolo o la culpa, citando como una opción útil el desarrollo realizado en el ámbito del Derecho administrativo sancionador y la concepción de culpa de las PJ<sup>470</sup>. Por lo que se puede acudir a conceptos como “capacidad de infracción” y de “reprochabilidad directa” que maneja la STC 246/1991, de 19 de diciembre para el ámbito administrativo.

### **3.7. Propuestas de fundamento similar al Derecho Penal Internacional: *Offense vs. Defense.***

Tiempo después de sus primeras propuestas NIETO MARTÍN<sup>471</sup> se plantea si tiene sentido un sistema de imputación o de responsabilidad penal basado en las mismas categorías que el existente en el caso de las personas físicas, que adoptara un concepto de delito basado en la estructura del comportamiento típico, antijurídico, culpable y punible. Aduciendo que dichas categorías responden a necesidades y problemas específicos de la responsabilidad individual, en el que los elementos subjetivos, los factores personales y los distintos tipos de comportamientos, activos y omisivos, juegan un papel central por lo que resulta inadecuado trasladar este edificio complejo y refinado. Además, señala que ello complica innecesariamente la asignación de responsabilidad y carece de rendimientos prácticos, añadiendo que la RPPJ debe responder a una dogmática común compartida internacionalmente. Apunta que la RPPJ debe responder necesariamente a una dogmática común compartida internacionalmente, por ser los destinatarios principales PJ de ámbito internacional, con un sistema sencillo y entendible por todas las tradiciones jurídicas y de responsabilidad armonizado. Utiliza

<sup>470</sup> *Id.* “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, AAVV *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor Doctor Don Ángel Toribio López*, Comares, Granada, 1999, p. 331 y ss.

<sup>471</sup> NIETO MARTÍN, A., “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal”, en (Eds.) AAVV, KUHLEN, L. – MONTIEL, J.P. – ORTIZ DE URBINA, I., *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2013, p. 31 y ss.

por ello el sistema del Derecho Penal Internacional en el que existen solo dos categorías: *Offenses*, que describen toda la prohibición o prohibiciones, lo que sería la existencia de un delito cometido por una persona física como consecuencia de un defecto de organización, de un programa de cumplimiento defectuoso o mal implementado – i.e. defecto de organización o ausencia de debido control-, y *Defenses* que establecen todos los motivos materiales y procesales que pueden llevar a la exclusión de la responsabilidad. Y la carga de la prueba de la *Offense* la tendría la acusación teniendo que demostrar que la PJ “*de manera continuada no había adoptado medidas eficaces para prevenir hechos delictivos de la especie del que se ha cometido y en la forma en que concretamente ha aparecido*”. De tal manera que a su juicio se trata de realizar un Juicio de Idoneidad del Programa de cumplimiento, un test abstracto-concreto<sup>472</sup>.

En relación a las *Defenses* no entra a analizar en detalle cuáles pueden ser las aplicables en las PJ, aunque pone de relieve en base a la noción de exigibilidad, relacionadas con el diseño y la implantación de los sistemas de cumplimiento. La PJ deberá demostrar en el proceso judicial que “su análisis de riesgos era correcto y no le era exigible desarrollar medidas de prevención en relación con riesgos penales no relevantes”. Así señala con acierto que la idea de exigibilidad se puede aplicar a supuestos en los que por algún motivo la PJ no ha tenido tiempo real para implantar el programa eficaz.

Así señala que, si bien en la responsabilidad individual interesa la aplicación del principio de coincidencia, en la de la persona jurídica interesa una secuencia temporal mucho mayor, que abarca tanto momentos anteriores al hecho como posteriores (Culpabilidad reactiva). Define la Culpabilidad de la empresa como un defecto del *management* permanente, por lo que el hecho cometido por la persona física no puede ser considerado como resultado del defecto de organización, siendo su función en la *Offense* de la PJ similar a la de una condición objetiva de punibilidad. En este planteamiento la acusación tendrá que demostrar “que la PJ no había adoptado las medidas eficaces para prevenir hechos delictivos de la especie del que se ha cometido y en la forma en que concretamente ha aparecido”. Deviniendo ello en un juicio de idoneidad sobre el *programa de cumplimiento*, con un test que abarcaría dos partes secuenciales diferenciadas. En una primera parte se estudiaría la eficacia en abstracto

---

<sup>472</sup> Lo abordaremos con mayor detenimiento en el apartado dedicado a las eximentes de RPPJ. *Vid Infra* epígrafe 4 de esta Segunda parte.

del programa de cumplimiento y su implementación<sup>473</sup>, y en la segunda se examinaría la existencia de medidas de prevención para hechos similares a los que se han producido y explicar porque han fallado, de existir, en el caso concreto. La no superación de la primera parte del test indicaría un elevado grado de Culpabilidad de la organización, con una despreocupación absoluta de la implantación de una cultura de la legalidad en la empresa.

GÓMEZ TOMILLO<sup>474</sup>, ha criticado esta construcción por cuanto no considera el defecto de organización un hecho sino un dato de naturaleza valorativa.

### **3.8. Conclusión: Una propuesta de Injusto propio y Culpabilidad propios de la persona jurídica.**

#### **a) Presupuestos.**

A la hora de abordar nuestra propuesta debemos tener en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, la necesidad proscripción de la responsabilidad objetiva y la necesidad de un modelo garantista. Partiendo de que estamos de acuerdo en que “*la responsabilidad penal en sentido estricto no puede ser entendida en un sentido limitado referido al deber de soportar las consecuencias jurídicas (multa, prohibición de actividades, etc.) como sucede con la responsabilidad civil subsidiaria, sino que debe extenderse a la responsabilidad por el hecho*<sup>475</sup>”, y ello dentro de un sistema que al igual que para las personas físicas sea garante con los derechos que deben ordenar el procedimiento. Y ello es a nuestro juicio necesario por dos motivos, el primero es que debe guardarse esta garantía en todo procedimiento en el que se ejecute el *ius puniendi*

---

<sup>473</sup> El juez, como señala NIETO MARTÍN, debería examinar la existencia o no de formación a empleados, la operatividad del canal de denuncias, la imposición de sanciones disciplinarias por violaciones del código ético, la revisión y adaptación periódico del programa, la aplicación de los programas, etc. *Ibid*, p. 39.

<sup>474</sup> GÓMEZ TOMILLO, M., en *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Actualizado conforme a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 71, vid. su nota al pie 6, pues en su opinión mal puede un delito, como por ejemplo un vertido contaminante, ser consecuencia de un defecto organizativo, por cuanto habría de implicar que se conectara ese delito causalmente con un “dato de naturaleza valorativa”.

<sup>475</sup> Así FEIJOO SÁNCHEZ, B., *El delito corporativo en el código penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, Aranzadi (Civitas-Thomson Reuters), Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 49.

del Estado, en cualquiera de sus versiones, pero con más razón en el proceso penal, donde la incidencia es y puede ser más lesiva. Por lo que la primera razón es por principios, es decir, que de ningún modo puede aceptarse que un proceso penal pueda devenir de responsabilidad objetiva o quasi objetiva. El segundo motivo es que la introducción de una laxitud en las exigencias garantistas podría llevar a que en un mismo procedimiento se dieran situaciones en las que se establecieran mecanismos de responsabilidad quasi-objetiva que a largo plazo tendrían una vis atractiva sobre la persona física<sup>476</sup>.

En nuestra opinión sería deseable que el modelo de imputación para las PJ fuera lo más parecido al de las personas físicas, alejando además cualquier sombra de responsabilidad objetiva o quasi-objetiva. Postulamos la necesidad de mantener un sistema garantista que, *mutatis mutandis*, contenga unas categorías dogmáticas como la persona física. Por ello, deberemos actuar, ante un caso en el que se juzgue la RPPJ, con un análisis de manera secuencial, procediendo a estudiar si existe o no el Injusto, y luego, procederemos a examinar la Culpabilidad de la PJ.

Ya antes de la reforma del CP que realizó la Ley 1/2015, de 30 de marzo, un sector de la dogmática<sup>477</sup> estimaba que el sistema español de imputación, aun y no pudiendo dar por cerrada la controversia en torno a la primera vía de imputación, creía posible mantener que dicho sistema no conducía necesariamente a un sistema de responsabilidad objetiva. Y que la PJ debía implementar mecanismos de control para evitar que sus representantes actuaren de manera delictiva, desechando decidir la responsabilidad de la empresa de modo objetivo y sin valoración de las precauciones eventualmente establecidas para evitarlos.

En segundo lugar, que hay que tomar consideración los elementos que conforman el sistema de RPPJ y el modelo de imputación diseñado en el texto penal español. Son imprescindibles elementos como la concreta forma cómo el legislador español ha decidido regular las causas eximentes y atenuantes de las PJ, pero también

---

<sup>476</sup> De hecho, para las personas físicas existen ya algunos delitos en los que el ámbito subjetivo ha quedado arrinconado como por ejemplo la conducción de vehículos con una tasa determinada de alcohol.

<sup>477</sup> Nos referimos a las conclusiones desarrolladas tras las reuniones de estudio derivadas del Seminario realizado en la Universitat Autònoma de Barcelona, el día 8 de junio de 2012, y cuyo texto definitivo y conclusiones –redactado por todo el equipo– está recogido en el “Capítulo II. Problemas de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, AAVV GARCÍA ARÁN, M. (coord.), *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

otras como los sujetos imputables, las vías de imputación, el “blindado para evitar su burla”, el tipo de penas, etc.

En tercer lugar, analizar cómo se construyen las categorías dogmáticas en las personas físicas y posicionarnos en cómo se deben construir para las PJ. Decidimos pues, que no es un presupuesto en el análisis y construcción de nuestra propuesta la incidencia que las reglas y la exégesis sobre éstas en materia de carga de la prueba ni tampoco otros aspectos procesales. Y ello sin perjuicio de valorarlos y analizarlos tras el desarrollo de nuestra propuesta, a fin de exponer la coherencia necesaria que ha de tener. Pues más allá de la consagrada e importantísima hermenéutica de nuestros más altos Tribunales sobre la carga de la prueba, lo importante, es a nuestro juicio que, en Derecho sustantivo, las categorías dogmáticas primero se construyen de acuerdo con los parámetros de las causas que las excluyen o las anulan, y después se entra en cuestiones de tipo procesal, que nunca pueden perder de vista el sentido común. Es decir, a nuestro modesto parecer, lo primero es acudir al método que se ha venido siguiendo para construir, para elaborar las categorías dogmáticas. Teniendo bien presente que son fruto de una evolución de más de 3 siglos, observamos que es a través de las causas de justificación como entendemos y delimitamos el concepto de Injusto. Y ocurre de la misma forma con la Culpabilidad, pues a través de las causas que la excluyen podemos delimitarla<sup>478</sup>. Nosotros partimos de que el Injusto de la PJ se configura con su reverso en positivo (o en negativo según se mire) y la Culpabilidad también.

### b) El Injusto de la Persona jurídica.

En las PJ el Injusto se determina por el “*defecto de organización*” que a su vez puede quedar anulado por la existencia de los elementos que el propio artículo 31 bis del Código Penal establece, esto es “*que se hayan adoptado y ejecutado con eficacia modelos de organización y gestión que resulten adecuados para prevenir delitos de la naturaleza de los cometidos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*” (art. 31 bis CP) y que aquí llamaremos abreviadamente “*Programa de cumplimiento penal efectivo*”, aplicable a las dos vías de imputación.

---

<sup>478</sup> Entre la doctrina española GARCÍA ARÁN, M. “Culpabilidad, legitimación y proceso” en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41, 1988, destacó la necesidad de construir el fundamento de la Culpabilidad precisamente a partir de las causas que la excluyen.

Con este presupuesto legal podemos avanzar que la causa de justificación que viene en el propio Código Penal es el Programa de cumplimiento en los términos y circunstancias descritos en el texto legal. Por lo tanto, una PJ que cuente con un “*Programa de cumplimiento penal efectivo*” quedará exonerada de responsabilidad penal por cuanto el Injusto, entendido como el defecto de organización que hubiere permitido, facilitado, promovido, la comisión del delito, o que hubiere provocado que la PJ no lo ha detectado, o que no ha reaccionado, desaparece. Si desglosamos los elementos del Injusto podemos ver de qué forma actúan los Programa de cumplimientos penal.

Con la redacción vigente del CP, en este momento parece clara la oportunidad (o más bien necesidad) de proveerse de tal *Programa de cumplimiento efectivo*<sup>479</sup>, y ello, aunque finalmente no se incorporara al Código la penalización por no disponer de uno<sup>480</sup>. Y sin llegar a ser un imperativo legal, la “obligación de adoptar medidas” aunque no sea tan directa, viene a confluir en la idea de que el Injusto de los delitos de la PJ está configurado por la ausencia de elementos o circunstancias que lo anulen. Es decir, el “defecto organizativo”, la “falta del debido control”, aunque con sus matices, configuran el núcleo del Injusto y es por ello, que el *Programa de cumplimiento*

---

<sup>479</sup> Pues el art. 31 bis 2 del CP, recoge elementos clave para entender que se refiere a un *Programa de cumplimiento* que esté vivo en la PJ, y que haya cumplido los requisitos necesarios de diseño, implantación y funcionamiento, recogiendo el artículo 31 bis 5 del CP los requisitos básicos necesarios de esos modelos de organización y gestión (Programas de Cumplimiento o también *Compliance Programs*).

<sup>480</sup> Afortunadamente no se llegó a aprobar el artículo centésimo octogésimo primero, ni el centésimo octogésimo segundo del Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que introducían una nueva rúbrica “*Del incumplimiento del deber de vigilancia o control en las personas jurídicas y empresas*” con penas al representante legal o administrador de hecho o derecho que omitiera la implementación de un *Programa de cumplimiento*. Así rezaba el contenido del citado Proyecto de Ley: “Centésimo octogésimo primero. Se introduce en el capítulo XI del Título XIII del Libro II una nueva Sección cuarta bis, con la rúbrica “*Del incumplimiento del deber de vigilancia o control en personas jurídicas y empresas*”. Centésimo octogésimo segundo. Se introduce, dentro de la nueva Sección cuarta bis del Capítulo XI del Título XIII, un nuevo artículo 286 seis, con la siguiente redacción: “1.- Será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso, el representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida. Dentro de estas medidas de vigilancia y control se incluye la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia del personal de inspección y control y, en general, las expresadas en los apartados 2 y 3 del artículo 31 bis.

2.- Si el delito hubiera sido cometido por imprudencia se impondrá la pena de multa de tres a seis meses.  
3.- No podrá imponerse una pena más grave que la prevista para el delito que debió haber sido impedido u obstaculizado por las medidas de vigilancia y control omitidas.” Sin duda, es ejemplificativo del nivel de importancia que el prelegislador daba al *Programa de cumplimiento*, y todo ello conduce a contemplar el llamado “defecto organizativo” como el núcleo del Injusto de los delitos de la PJ.

*efectivo*<sup>481</sup>, es una causa que excluye el injusto. Y ello es, a nuestro juicio así, por cómo debe elaborarse la configuración del Injusto, independientemente de las consecuencias sobre la carga de la prueba que pueda conllevar. Si la elaboración del Injusto en las personas físicas ha seguido un proceso en el que viene por ser la delimitación en negativo de las causas de justificación, esto es, se da el Injusto cuando no concurren las causas de justificación, en el ámbito de las PJ debemos seguir el mismo proceso de elaboración. Esto es, en la segunda vía de imputación que se haya incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso (art. 31 bis 1.b) del CP). En relación a la primera vía de imputación que además de esa “omisión de sus funciones de supervisión, vigilancia y control (art. 31 bis 2. 4<sup>a</sup> del CP), se den dos requisitos más: (1) que la “*supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo haya sido confiada a un órgano de la PJ con poderes autónomos de iniciativa y de control*” (Art. 31 bis 2. 2<sup>a</sup> del CP) y (2) que los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención (art. 31.bis. 2. 3<sup>a</sup> del CP)

En consecuencia, en sede de Injusto deberá otorgársele efecto eximente no solo con un programa de cumplimiento penal, sino que se exige que sea un Compliance Program Efectivo, exigiéndose además del Modelo de Organización y Gestión del artículo 31 bis 5 del CP, una serie de elementos más en la primera vía de imputación a éste y los elementos requeridos en el artículo 31 bis 2 del CP.

El Injusto de la persona jurídica viene delimitado por la satisfacción del tipo y la antijuridicidad en el sentido de que la PJ ha creado o facilitado el “defecto de organización” o la “falta del debido control” que ha propiciado o permitido la comisión del delito. Lo cual viene a ser harmónico y coherente con las Causas de Justificación para ambas vías de imputación. Así el Compliance Program Penal *efectivo* resulta ser decisivo en esa exoneración de responsabilidad penal a la persona jurídica. Así cabría tanto la forma imprudente en el sentido de que no ha evitado, no ha prevenido, no ha reducido el riesgo, no ha detectado y no ha reaccionado ante el delito. Y también cabe la forma dolosa en el sentido de que la PJ articule una organización predeterminada a

---

<sup>481</sup> En nuestra opinión el *Effective Compliance Program* presenta un carácter dual en relación con el Injusto y la Culpabilidad, pues partiendo de que el núcleo del Injusto es el “defecto de organización” y el de la Culpabilidad la falta de una “cultura de cumplimiento”, el citado instrumento de un lado excluye el Injusto y es a la vez manifestación exteriorizada de una Cultura de Cumplimiento viva en la empresa, pues no puede haber un Effective Compliance Program sin esa Cultura de Cumplimiento, y por otro lado el diseño, implementación y actualización de un *Effective Compliance Program* es una manera, aunque no la única, de ir construyendo una Cultura de Cumplimiento.

encubrir, facilitar, promover, o inducir a cometer delitos. En ambas vías de imputación, y ante ambas posibilidades de comisión imprudente o dolosa, el *Compliance Program Penal* deviene el instrumento a través del cual se anula el Injusto, aunque en la primera vía de imputación, por las singularidades y particularidades de quienes ejercen poder directivo en la PJ, se exigen además una serie de requisitos, que sin embargo vienen a configurar lo que en este trabajo venimos a llamar un *Compliance Program Penal efectivo*.

Así cabe la delimitación de imprudencia y dolo a través del análisis de la forma en la que la PJ llega a ese estado de desorganización necesaria para que el delito de la persona física se cometa. Es decir, si la PJ no solo no ha creado e implementado medidas para evitar la comisión de delitos, ajustándose a los estándares del mismo sector, y ha ido más allá, creando dificultades para poder detectar el delito, o identificar a las personas físicas responsables, está claro que el defecto de organización se ha hecho con elementos parecidos, análogos, a los que constituyen el dolo. Por ejemplo, un supuesto de actuación dolosa de la PJ sería cuando elabora toda una serie de mecanismos para ocultar ingresos no declarados, que además provienen de actividades que podrían ser ilícitas, a fin de que personas cuya identificación es complicada por cuanto cada una de ellas realiza solo una parte del proceso, escondan ese dinero en un paraíso fiscal. Ante un delito de blanqueo de capitales como el descrito, ejecutado de forma dolosa, la PJ no es solo un instrumento en manos de un grupo de la PJ, o de todo el Consejo de Administración, es un sujeto propio del Derecho Penal, que no solo incumple con sus obligaciones garantes, sino que va más allá, actúa para que tales delitos de las personas físicas, bien por directivos, bien por empleados (o bien por los dos en distintas fases), en beneficio directo de la PJ (y de ellos), crean un modelo estructural y organizativo para la realización del delito. También cabría desde la perspectiva de un delito cometido por imprudencia como podría ser la contaminación ambiental por imprudencia. Situación a la que se llegaría por no haberse implementado y/o seguido los protocolos necesarios, de acuerdo con la normativa medioambiental de aplicación y el marco normativo de la PJ, a fin de prevenir, evitar, detectar y reaccionar si se produce el ilícito. A nuestro juicio, no son iguales la imprudencia de la PJ y el dolo de la PJ, y deberían, de *lege ferenda*, tener una sanción distinta, más gravosa para la actuación dolosa. Una forma de inferir dicha actuación dolosa sería cuando la estructura organizativa y el funcionamiento de la PJ fue elaborado o modificado, con el fin de que no se pueda localizar o identificar a la/s persona/s autora/s material del delito (por

ejemplo, de blanqueo de capitales). Caso paradigmático sería el de la entidad financiera que tenía unos protocolos sobre cómo cometer el delito de blanqueo, con instrucciones concretas para eludir los controles.

El Injusto de la PJ se construye con un Tipo Compuesto, compuesto del Injusto de la persona física y del resto de elementos que conforman el Tipo de la PJ<sup>482</sup>.

### c) La Culpabilidad de la persona jurídica.

Al abordar la categoría dogmática de la Culpabilidad, tan desarrollada a lo largo de mucho tiempo por la dogmática para las personas físicas, es lógico que se encuentren muchos puntos de fricción al tratar de trasladar ese concepto al ámbito de las PJ. De hecho, estamos ante un cambio de paradigma extraordinario en el Derecho Penal. La consagración un nuevo sujeto autor de delitos, distinto de las personas físicas, provoca la necesidad de un desarrollo dogmático sin precedentes. Para las personas físicas se han volcado más de tres siglos de ingente desarrollo intelectual en aras de esa construcción dogmática garantista para la persona física. Por ello, entendemos que lo acertado es conservar, aprovechar, utilizar todo cuanto se pueda de la teoría del delito para las personas físicas en la construcción de la teoría del delito de las personas jurídicas. Sin embargo, ello no empece a que se creen los elementos, las modificaciones en determinados contenidos conceptuales, y las adaptaciones necesarias para su buen fin. El método que seguimos en la elaboración de las categorías dogmáticas es el de analizar las causas que las eliminan. Es decir, en la Culpabilidad qué causas y cómo la anulan. Igualmente, procedemos así con el injusto, que ya hemos visto. De hecho, partimos de la premisa de que, si bien consideramos necesaria la existencia de dicha categoría, no consideramos que se tenga que dar una identidad total con el desarrollo realizado para la persona física. Así, si recordamos que la concepción dominante de Culpabilidad para las personas físicas requiere de tres elementos: imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y ausencia de causas de exculpación. Podemos analizar la posibilidad de tal exigencia en las Personas Jurídicas. Así tenemos que, de manera muy resumida, su reverso negativo, es decir lo que lo elimina, es: la inimputabilidad, el error de prohibición y las causas de exculpación.

---

<sup>482</sup> Como podemos apreciar nuestra construcción se acerca mucho a la elaborada por Feijoo Sánchez. *Vid. Supra*, epígrafe 3.2, a) y b) de la Segunda parte.

Respecto del primer elemento si nos preguntamos acerca de la previsión de PJ no imputables en el Código Penal, la respuesta es que podemos decir que **existen PJ que no son imputables**, puesto que el propio artículo 31 quinquies del Código Penal excluye expresamente a varios tipos de PJ. A las citadas por ese precepto no se las debería ni tan solo poder abrir una causa penal porque no son imputables, del mismo modo que a los menores de 14 años tampoco<sup>483</sup>, y en caso de abrirse una vez determinada la inimputabilidad debería cerrarse *ipso facto*. Así, por ejemplo, analizamos un delito cometido por un partido político entre la entrada en vigor del artículo 31 bis del Código Penal, es decir desde la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio, esto es el 23 de diciembre de 2010, fecha en la que los partidos políticos (entre otros) estaban expresamente excluidos de RPPJ, y la entrada en vigor de la LO 7/2012, de 27 de diciembre, que incluía (entre otros) a los partidos políticos como sujetos imputables de RPPJ, durante esa franja temporal los partidos políticos eran inimputables, pues si bien existía la RPPJ, esa concreta PJ estaba expresamente excluida por el Código Penal<sup>484</sup>.

En relación con el segundo elemento, el **conocimiento de la antijuridicidad de la conducta**, podemos preguntarnos si la PJ tiene esa capacidad de conocimiento de la antijuridicidad de la conducta. Lo primero es delimitar ese concepto de conducta, pues se refiere a la de la PJ en relación con el hecho material que realiza la/s persona/s física/s determinada/s o no. Esa conducta es mucho más que la de no facilitar, ni promover, ni inducir, ni premiar, ni encubrir, la comisión de delitos en su beneficio directo o indirecto. Es que se le “exige” a la PJ que prevenga, evite, detecte y reaccione ante los delitos que el Código Penal le señala. Tenemos que convenir, pues que lo que se le exige a la PJ es tener una Cultura de Cumplimiento, de fidelidad al Derecho, que prevenga la comisión de delitos, es decir, los evite en la medida de lo posible, así como que para el caso en que se produzca un delito lo pueda detectar, y pueda reaccionar de la forma adecuada. Partiendo de que el riesgo cero no existe, y de que al mismo tiempo se está exigiendo que la PJ no solo no facilite, no promocione, no induzca, no encubra, no estimule la comisión de delitos en su beneficio directo o indirecto, sino que incluso que se le da el mandato imperativo de que si no previene, no

---

<sup>483</sup> Pues entre los 14 y los 18 años, a los menores de edad que cometen un delito se les aplica la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, con un proceso específico para menores, con otras reglas y otros fines muy distintos del proceso penal para adultos, pero no por ello deja de ser un proceso penal.

<sup>484</sup> Nuevamente vemos la importancia de tener en consideración el sistema de RPPJ, y el modelo de imputación, en la fundamentación de la RPPJ.

evita, no detecta y no reacciona puede ser condenada, sí puede decirse que la organización como ente puede tener “conocimiento” de la antijuridicidad de la conducta al caso concreto. Pues esa exigencia del legislador ya presupone el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta al caso concreto. Obviamente el conocimiento no se refiere a una persona concreta de la organización, sino a su conjunto, a su dirección ejecutiva pero también a su personal, por ello hablamos de una Cultura de Cumplimiento.

Veamos un ejemplo en un caso concreto: una entidad financiera que a pesar de contar en su seno con expertos juristas en materia de prevención del blanqueo de capitales, no implementa ni una sola medida de las que el reglamento y la Ley en esta materia imponen, no da formación, ni siquiera información a sus empleados, y no tiene prevista ninguna medida en relación con los delitos que se pueden cometer de blanqueo de capitales. Podríamos decir que la PJ en ese caso sí tiene el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, pues en ella sus directivos sabían o debían saber a través de sus expertos juristas que tenían la obligación legal de implementar una serie de medidas, cuya omisión podía conllevar distintos tipos de responsabilidades, entre ellas penales. Claramente en esa entidad financiera no existía una Cultura de Cumplimiento en relación con la prevención del blanqueo de capitales. Si ante esta situación, además un empleado o directivo comete un delito concreto de blanqueo de capitales, del que también se beneficia directa o indirectamente la entidad financiera, la PJ es culpable del delito de blanqueo de capitales.

Confirmada la existencia de este elemento de la Culpabilidad, la siguiente es analizar que circunstancia o elemento excluiría o anularía ese “conocimiento de la antijuridicidad”, siguiendo el camino del reverso negativo de los elementos que excluyen la Culpabilidad. Así cabe preguntarse: ¿Qué constituye pues el reverso negativo que anula ese conocimiento de la antijuridicidad entendido como posibilidad determinada normativamente de conocer que la conducta realizada era constitutiva de delito? Y a esa pregunta podríamos anudar las siguientes: ¿Podríamos aceptar que la creencia en tener un *Programa de cumplimiento efectivo*, cuando no lo tiene la PJ, debería asimilarse, *mutatis mutandis*, al error sobre los presupuestos de la existencia de una causa de justificación? ¿Y en caso de considerarlo un error sería ese error invencible?

En nuestra opinión hay que acudir a la Cultura de Cumplimiento como manifestación de la PJ acerca del conocimiento u error de la antijuridicidad.

Recordemos que el núcleo de esa antijuridicidad es “el defecto de organización” que no previene, que permite, que no detecta, que no reacciona ante el delito que comete la/s persona/s física/s, o que lo facilita, lo promueve, lo premia, lo induce, lo encubre, etc. En cualquier caso, el error es un concepto tan psíquico que es difícil trasladarlo a la persona jurídica de la forma tan delimitada como se hace para la persona física. Entendemos que este elemento debería fusionarse con el siguiente, es decir el tercero: la **normalidad de las circunstancias o ausencia de causas de excusación que impidan el reproche**<sup>485</sup> por el hecho típico y antijurídico. Y ello por cuanto la Cultura de Cumplimiento<sup>486</sup> es causa de excusación y al caso concreto, podremos determinar si le era exigible a la PJ otra conducta distinta de la efectuada en cumplimiento del mandato de prevenir, evitar, detectar y reaccionar ante delitos. Y también si cabe estimar un desconocimiento al caso concreto en relación con la antijuridicidad que no le sea atribuible a la PJ, es decir que sea invencible, pues ese desconocimiento también le impediría actuar de otro modo, del modo exigido.

Desde un punto de vista de la concepción normativa<sup>487</sup> “Culpabilidad es reprochabilidad o posibilidad de reprochar desde criterios normativos el hecho típico-antijurídico al autor, lo que presupone libertad del sujeto o poder actuar de otro modo, posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y exigibilidad subjetiva”.

Una cosa de excusación, distinta de la acreditación de una Cultura de Cumplimiento al caso concreto, podría ser pues que salga una nueva normativa, publicada en el BOE hoy y con un periodo de *vacatio legis* de 15 días, y la PJ no tenga tiempo material ni recursos ni posibilidades de implementar las medidas de prevención, detección y reacción ante esa novedad con repercusión delictual. Con la certeza de que ninguna PJ en esa situación sería capaz de hacerlo. Si en ese contexto, y entrada en vigor la norma se produce el delito, entonces a nuestro juicio la PJ no debería ser

<sup>485</sup> Como señala DEMETRIO CRESPO, E., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, Tomo II, Teoría del Delito*, 2º Ed., Iustel, Madrid, 2015, p. 327, procede de la *Teoría normativa de la Culpabilidad*. El fundamento está en que hay determinadas situaciones extremas en las que no se puede exigir o esperar del sujeto que no infrinja la norma porque hacerlo sería tanto como exigir un “comportamiento de sus normas más allá de la exigibilidad normal o general”, es decir, no puede imponer niveles de exigencia superiores a aquellos que podrían ser cumplidos por cualquier persona. Solo opera a efectos de responsabilidad personal del sujeto que actúa bajo esas circunstancias extremas, pero no afecta a la antijuridicidad del hecho ni a su prohibición.

<sup>486</sup> En el apartado dedicado a las circunstancias eximentes explicaremos con más profundidad el concepto de Cultura de Cumplimiento.

<sup>487</sup> Siguiendo la definición dada por el Diccionario del Español Jurídico, sin olvidar que “otras posiciones minoritarias prescinden de la libertad o la rechazan y conciben la Culpabilidad como determinabilidad o motivabilidad normal por la norma, o la vinculan a la necesidad de prevención, especialmente de prevención general de vigencia de la norma, o incluso prescinden de la Culpabilidad”.

declarada culpable, puesto que no se le puede reprochar la no implementación de las medidas en tan poco tiempo.

Cabe la pregunta de si podría proceder la excusación de una PJ por un estado de necesidad. En nuestra opinión todo pasará por el Juicio de reprochabilidad a la PJ. La Culpabilidad de la PJ tiene que ser entendida como la reprochabilidad por haber permitido o favorecido la comisión de un delito. Ese juicio de reprochabilidad solo es posible hacerlo desde la óptica de cuál es el fin de la norma y qué es lo que se le puede o no exigir a una PJ. La cuestión es de vital importancia por cuanto, *de lege lata*, a una PJ no le podemos exigir que tenga una *Programa de cumplimiento efectivo*, es más el Código Penal no exige ni siquiera un *Programa de cumplimiento básico*. Es por demás impensable que, por ejemplo, a una pequeña empresa familiar que se dedique a una sola actividad, muy sencilla, se le exija un *Programa de cumplimiento efectivo*. De ahí que la vía exoneradora será la de la acreditación de una Cultura de Cumplimiento que esté viva en la PJ, arraigada, y que pueda ser objeto de algún tipo de manifestación que permita su acreditación. Así, por ejemplo, habrá que ir al caso concreto, al detalle para valorar ese juicio de reprochabilidad de la conducta o de la omisión. De esta forma, entendemos que el argumentario que exponemos adopta una coherencia interna y externa aplicable a todos los supuestos y acorde con el ordenamiento.

Por otro lado, el *Programa de cumplimiento* ya es indicativo de una cierta o gran Cultura de Cumplimiento, de esa predisposición interna del sujeto de fidelidad al Derecho, acreditada por los actos externos que han llevado a la construcción e implementación de ese programa de cumplimiento.

La idea de exigibilidad o no, y de reprochabilidad o no, cristaliza en la idea de Cultura de Cumplimiento, de Fidelidad al Derecho. Así las PJ que vienen desarrollando e implementando una sólida cultura de cumplimiento, de querer hacer las cosas bien, de poner todos los medios a su alcance para que no se infrinjan las normas, y de hacer que todo ello no sea mera fachada o maquillaje, sin duda tienen una “forma de ser” y de “conducirse”, de reaccionar, al caso concreto del delito imputado, que tiene que valorarse con la posibilidad de tener incluso efectos exculpatorios. O incluso visto de otro modo, si en el momento concreto de cometerse el delito la PJ tenía en su seno una Cultura de Cumplimiento viva. Si por ejemplo, ante un hipotético supuesto en el que, por el motivo que fuere una PJ no reunía todos los requisitos del art. 31 bis 2) del CP, y sin embargo, luego acredita que disponía de elementos que determinaban la existencia, en su sede, de una auténtica cultura de cumplimiento (viva en la PJ) y que por las

circunstancias concurrentes al caso, a pesar de ello no pudieron evitar la comisión de un delito, a nuestro juicio la PJ no debería ser condenada. Es decir, de lo que hablamos es de una serie de circunstancias que eliminarían el núcleo de esa Culpabilidad. Es decir, partiendo de cómo y cuándo definimos una Cultura de Cumplimiento, delimitamos cuando no existe y por tanto determinamos cuando hay Culpabilidad.

#### d) Consecuencias sistemáticas y procesales

Entendemos que la carga de la prueba, en general, y respecto a la prueba de la existencia de un Injusto de la PJ y Culpabilidad de la PJ está claro que corresponde a la acusación. De lo que se infiere la prueba de un “Programa de cumplimiento ineficaz” o de la “falta de cultura de cumplimiento” incumbe a la acusación dentro de los límites lógicos. Es decir, si por ejemplo se produce un delito de blanqueo de capitales, realizado por un directivo de una entidad financiera, es la acusación quien deberá acreditar los elementos necesarios para la condena tanto de la persona física como de la jurídica, pues lo contrario sería quebrar el Principio de Presunción de inocencia. Sin embargo, del mismo modo que la persona física acusada de un delito de homicidio se preocupará de intentar demostrar que concurrió una causa de justificación como la legítima defensa, resulta lógico que, abierta la imputación a la PJ, ésta desde el minuto cero se preocupe de acreditar que disponía de un *Programa de cumplimiento eficaz* al caso concreto, de acreditar que tiene una *Cultura de Cumplimiento* viva, etc.

De todo ello, podemos colegir que la exigencia de la presunción de inocencia obliga a la acusación a demostrar que ha existido Injusto y Culpabilidad en el caso concreto para la PJ. Y ello, a nuestro juicio no significa que la acusación deba acreditar la inexistencia de causas de justificación o de excusación. Pues tampoco ocurre así cuando se trata del enjuiciamiento de una persona física.

Cuestión distinta es, que la PJ en su posición privilegiada para aportar determinada documentación, conocimiento, protocolos, etc., del mismo modo que la persona física se preocupa de que lleguen a la causa todos los elementos que han existido y que requiere la legítima defensa para su apreciación como tal, y ello sin perjuicio de las actuaciones que el Ministerio Fiscal interese realizar.

Si tomamos por ejemplo una causa de justificación para las personas físicas como es la Legítima Defensa, en un proceso penal, siempre es la defensa quien sufre la carga de probar que se dieron todos los elementos exigidos para que dicha causa actúe

como eximiente de responsabilidad penal. Del mismo modo, si concurre una causa de excusación como el Miedo Insuperable en una persona física, será la defensa siempre la que sufrirá la carga de probarlo. Es una cuestión de lógica que va más allá de otros criterios, y todo sin perjuicio de la obligación de investigar todas aquellas circunstancias que han de ser tenidas en consideración. Por lo que, en la práctica será la PJ quien rauda y veloz aportará cuanto esté en su mano para intentar quedar exonerada de responsabilidad penal. Y, de hecho, en la forma de reaccionar ante el delito ya se muestra el grado de Cultura de Cumplimiento de que dispone.

Por otro lado, cuando el legislador proyectó esa autorregulación de la PJ para autoorganizarse de forma eficaz en la prevención, evitación, detección y reacción de delitos, lo hizo entre otros motivos porque a la PJ en concreto le era más fácil que al Estado acometer, por sus conocimientos específicos y singulares tanto del ámbito de actuación como de la idiosincrasia misma de la PJ, las actuaciones precisas para tal fin. Por ello, es lógico que sea la PJ quien está en mejor disposición de aportar los elementos que puedan justificar o excusarla.

La prueba de la efectividad de los *Programa de cumplimientos* vendrá muy condicionada a la pericial que se realice, a los estándares del sector, a las certificaciones que tenga, a la documentación que pueda aportar, al sistema informático implementado en la PJ, etc. Cuestiones que ya se han desarrollado con más detalle al profundizar en el estudio de los *Effective Compliance Programs*<sup>488</sup>.

La prueba de la Cultura de Cumplimiento requerirá la necesaria aportación de los elementos objetivos que acrediten la existencia de la misma en la PJ al caso concreto.

#### **4. Exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.**

En el capítulo de esta obra sobre el Sistema de RPPJ español veíamos como se articulan una serie de eximentes y atenuantes propias de la PJ<sup>489</sup>. En sintonía con los muchos países del derecho comparado<sup>490</sup>, una de ellas consistía en haber “*adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para*

---

<sup>488</sup> Vid. supra, epígrafe 2, de la Primera parte.

<sup>489</sup> Vid. Supra, epígrafe 1, de la Segunda parte.

<sup>490</sup> Vid. Supra epígrafe 3, de la Primera parte.

*prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”.*

Se podría decir que la reforma que operó la Ley 1/2015 de 31 de marzo de reforma del Código Penal “introdujo” la exoneración de RPPJ por el cumplimiento previo al delito de una serie de condiciones, que de facto configuran elementos clave de un *Effective Compliance Program*. Aunque en nuestra opinión esa “introducción” fue meramente formal<sup>491</sup>, ya que dicha interpretación también era posible con el redactado anterior. Si bien, la nueva Ley delimitó alcances y contenidos que eliminarían interpretaciones contradictorias. Así, recordemos que con el redactado la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que introdujo propiamente la RPPJ como sujeto actor de delitos, la mayoría de la doctrina se pronunciaba a favor de la posibilidad de que las PJ se pudieran ver beneficiadas de circunstancias eximentes de responsabilidad penal. De hecho, ya ante el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2009, fueron muchas las voces<sup>492</sup> que abogaron por la inclusión de forma expresa de una circunstancia eximente de responsabilidad penal para las PJ. Sin embargo, también había otros posicionamientos de signo contrario.

Pero, en efecto, ella no es la única causa de exención de la RPPJ. La eximente de RPPJ es aquella causa o circunstancia que de una manera u otra provoca que a pesar de existir un supuesto por el que, *prima facie*, debería responder penalmente la PJ, una vez acreditada la eximente produce la exoneración de responsabilidad penal de la misma. En nuestra opinión esa exoneración de RPPJ en abstracto se podría producir hasta por tres vías:

---

<sup>491</sup> De hecho, a nuestro juicio, y de varios autores, con anterioridad a la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 31 de marzo, cabía la posibilidad de eximir de responsabilidad penal a las PJ, si estaba dotada de un *Effective Compliance Program*. Aquel texto que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010 no recogió un estatuto propio de exclusión de RPPJ, pues no efectuaba ni previsiones respecto de eximentes específicas para la PJ ni nada de si las eximentes aplicables a las personas físicas revertían (y cómo) en las PJ.

<sup>492</sup> CARBONELL MATEU, MORALES PRATS, y DOPICO GÓMEZ-ALLER motivaron su inclusión en la idea de que se debía adoptar un modelo como el italiano que recogiera entre las eximentes un mínimo de Culpabilidad de la empresa también para el primer modo de imputación de la responsabilidad criminal. En su planteamiento, estos autores, tan pronto como una empresa pudiera acreditar, en cualquier momento del procedimiento, que se ha comportado diligentemente en relación con la evitación de delitos en su seno, debería quedar exenta de pena. Así lo plasmaron en su propuesta alternativa de inclusión de un nuevo apartado 31.BIS 7: “Quedarán exentas de pena las personas jurídicas cuando antes de la comisión del hecho hayan adoptado modelos de organización y gestión idóneos para prevenir delitos como el que se cometió, y las personas físicas que ejecutaron el delito lo hicieron eludiendo fraudulentamente dichos modelos, sin que se advierta una falta grave de control o vigilancia”. *Vid et cfr.* CARBONELL MATEU, J.C. – MORALES PRATS, F. – DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. “Personas Jurídicas: art. 31.BIS CP” en ÁLVAREZ GARCIA, F.J. – GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.), *Consideraciones a Propósito del Proyecto de Ley de 2009 de Modificación del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 36.

- 1º) por alguna circunstancia que afecte a la persona física autora material del hecho y ello tenga consecuencias directas en la RPPJ,
- 2º) Por una causa de justificación propia de la PJ que anule el Injusto de la PJ, y
- 3º) por una causa exculpante propia de RPPJ.

A continuación, analizaremos todas aquellas circunstancias que, prima facie, pudieran tener una incidencia en la exoneración de la RPPJ. Entendemos que tal y como concebimos la configuración del tipo compuesto de la PJ, y la interrelación creada en la persona física determinada en las vías de imputación y la PJ es procedente su análisis, que además como veremos en algunos casos es muy relevante. Así en este capítulo veremos en primer lugar la concurrencia de circunstancias eximentes en las personas físicas y su trascendencia en la PJ, y en segundo lugar las circunstancias eximentes propias de las PJ. Todo ello analizado desde el prisma, el enfoque, que venimos postulando en este trabajo.

#### **4.1. Por concurrencia de una causa de exención de responsabilidad penal en la persona física.**

Una cuestión que se viene planteando desde hace tiempo es la de qué modo afecta la exclusión o exoneración de responsabilidad de la persona física en la PJ. Es decir, si la persona física que comete el delito en cuestión luego resulta exonerada de responsabilidad penal, ¿es la PJ responsable penalmente a pesar de dicha exoneración? Acerquémonos con más detenimiento a las personas físicas en las que sabemos que la exclusión de responsabilidad penal se articula en el Código Penal a través de los artículos 19 y 20 del Código Penal, además de otros artículos en los que se excluye la condición objetiva de punibilidad, exonerando así de responsabilidad penal a la persona física. Y, por otro lado, sabemos también que las circunstancias que afecten a la Culpabilidad de la persona física acusada no excluyen ni modifica la RPPJ. Bien, entendemos que ello significa que la inimputabilidad, el error de prohibición, y las causas de exculpación como el miedo insuperable o el estado de necesidad disculpantes, presentes en la persona física acusada no afectan a la RPPJ.

### a) Error de tipo

Sabido es que el “error” en la persona física, en determinadas circunstancias la exonera de responsabilidad penal.

Cabe pues plantearse si existe algún supuesto en el que ello pudiera afectar a la RPPJ, en el sentido del error en la persona que materialmente realiza el delito. Bien, ante ello lo primero es recordar que de conformidad con el artículo 31 ter 2 del Código Penal la circunstancias que afecten a la Culpabilidad del acusado (persona física) no afectarán a la RPPJ. Por lo que, el error de prohibición en la persona física no tiene ninguna relevancia para la RPPJ. El error de tipo, que tiene lugar sobre los elementos configuradores del tipo penal y acostumbra a situarse en la antijuridicidad, o para algún sector doctrinal en la tipicidad, puede resumirse como el desconocimiento de la concurrencia de algún elemento objetivo del tipo, sin embargo, su trascendencia está en el elemento subjetivo del injusto. Es decir, excluye el dolo, y la persona física que realiza por ejemplo el delito de estafa impropia (ex art. 250.2º del CP) por concurrir en ella un error de tipo invencible debería ser exonerada de responsabilidad penal. La cuestión es, llegados a este punto, ¿qué consecuencias puede tener para la PJ? En nuestra opinión la PJ debería tener una responsabilidad si el error de la PF le es imputable a la PJ, por ejemplo, por tener una mala organización que induzca al error al empleado. Ahora bien, ¿Podemos calificar esa responsabilidad de penal? Lo cierto, es que la cuestión es muy compleja, y ello porque los conceptos que se manejan para la persona física como tipo objetivo y tipo subjetivo<sup>493</sup>, error de tipo, etc., también lo son. Un análisis exhaustivo de dicha cuestión excedería los límites de este trabajo. Sin embargo, ya apuntamos que si en el error de tipo, la PJ no tiene ninguna relación, no parecería existir impedimento alguno para que afecte a la RPPJ en la forma que hemos visto, por falta de tipicidad. Si tenemos en cuenta que la mayoría de los delitos “numeris clausus” de la PJ, son dolosos, la falta de dolo en la persona física produciría la inexistencia de delito, y sin “delito cometido” no puede exigirse RPPJ.

En cuanto a la PJ deberá revisarse si perviven los requisitos de imputación del artículo 31bis 1 en relación con el tipo penal concreto, sin olvidar que la RPPJ le

---

<sup>493</sup> Especial interés recabaría aquí la obra de PORCIÚNCULA, J.C., y su propuesta de tipo intersubjetivo, *Vid. et cfr. Lo “objetivo” y lo “subjetivo” en el tipo penal. Hacia la “exteriorización de lo interno”*, Atelier, Barcelona, 2014.

vendría por no evitar, prevenir, detectar o reaccionar ante el delito, o por haber inducido, promovido, favorecido, o encubierto dicho ilícito.

Entonces la cuestión es ¿existe el delito del que habla el artículo 31 bis 1, en las 2 vías de imputación, cuando en la persona física en cuestión concurre una causa de justificación que anula la antijuridicidad? En nuestra opinión no existiría el requisito del tipo “delito cometido”, por lo que sería una **causa de atipicidad en la RPPJ**.

¿Es entonces un requisito de la tipicidad para la PJ que el delito cometido por la persona física sea cuanto menos una conducta típica y antijurídica? Lo cierto es que el tipo del artículo 31 bis 1 exige el “delito cometido”, y los supuestos en los que entendemos que el delito no se ha cometido propiamente son esos. Sin embargo, existe una proscripción en el sistema de RPPJ, y es la afectación de cualesquiera circunstancias que afecte a la Culpabilidad de la persona física a la PJ. Es decir, bajo ningún concepto se admite que esa afectación excluya o modifique la RPPJ. Aunque caben distintas interpretaciones, en abstracto parece perfectamente factible, pues la exclusión expresa (y exclusiva) de las circunstancias que afecten a la Culpabilidad del acusado (persona física) sobre la RPPJ deja abierta claramente la posibilidad de que las causas de justificación en la persona física sí tengan afectación en la RPPJ. De ser así, entendemos que afectarían a la tipicidad propia de la RPPJ, que viene en el artículo 31 bis 1 en relación con el delito concreto de la parte especial del Código Penal, por cuanto se dice que “*(...) las PJ serán penalmente responsables de los delitos cometidos (...) por (...) (unas determinadas personas físicas en unas determinadas circunstancias)*”. Así entre los requisitos de tipicidad está cometer el (1) delito (2) en nombre o por cuenta de la PJ y (3) en su beneficio directo o indirecto.

Antes de concluir, también debemos tener en cuenta que una cosa es la valoración en abstracto y otra sus consecuencias procesales. Así tenemos que en la práctica muy posiblemente se abra causa contra la persona física y contra la persona jurídica, y será en el proceso que se tendrá que acreditar o no bien la falta de tipicidad bien la falta de antijuridicidad de la persona física y su relación con la RPPJ. En este sentido debemos recordar que el artículo 31 ter 1 del Código Penal viene a dar respuesta a todo ello al indicar que la RPPJ será siempre exigible cuando “*se constate la comisión de un delito*” (...) “*aún cuando la persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella*”. Aquí encontramos tres elementos que resultan necesarios para el análisis:

- a) Se constate la comisión de un delito
- b) Innecesidad de localizar a la persona física responsable
- c) Innecesidad de que el procedimiento penal no pueda ser dirigido contra la persona física responsable.

Así, podríamos concluir que constatado un delito “que haya tenido que cometerse” por las personas físicas referidas en las dos vías de imputación ya determina la exigibilidad de RPPJ. Cuestión distinta es si una vez abierto el proceso penal contra la PJ, analizando el caso en concreto pudiera resultar que la concurrencia de una causa de justificación en la persona física, o de atipicidad, tuviera incidencia en el Injusto de la PJ, de tal suerte que pudiera resultar exonerada. Lo cual en la práctica procesal muy probablemente no seraría valorar hasta una vez abierto el juicio oral.

### **b) Causas de Justificación.**

Visto que el Código Penal nada dice de la no afectación de las causas de justificación en la persona física para la RPPJ, podría ocurrir que ante un delito en el que a la persona física le fuere de aplicación una causa de justificación ello viniera a cuestionar la RPPJ. Es decir, cuestionaría si procede la RPPJ ante un hecho justificado, en este sentido señala MORALES PRATS<sup>494</sup> “*no parece explicable que el hecho típico, perpetrado por persona física, que luego es declarado justificado y por tanto no antijurídico, (ex artículo 20.4º, 5º y principalmente 7º) acabe siendo antijurídico al ser proyectado al plano de la responsabilidad de la persona jurídica*”. Para MORALES PRATS, las causas de justificación del hecho, como causa de exclusión de la antijuridicidad del hecho, deberían alcanzar en todo caso a la PJ. Y refiriéndose concretamente al art. 20.7º del CP postula que “*el ordenamiento jurídico no puede contemplar antinomias o contradicciones que pongan en cuestión el carácter de todo unitario, sistemático y coherente de su contenido*”.

Desde nuestra perspectiva del fundamento de la RPPJ con un Injusto propio y una Culpabilidad propia, con la concepción de un modelo mixto con gran tendencia a la autorresponsabilidad, y teniendo en cuenta los elementos del sistema español de RPPJ,

---

<sup>494</sup> MORALES PRATS, F. *Op. Cit.* p. 58 y 59.

entendemos que a la PJ se la sanciona por no tener una Cultura de Cumplimiento que prevenga, evite, detecte y reaccione ante el delito concreto, o por estimular, inducir, promover y encubrir ese delito de alguna forma. Es importante recordar que a la persona jurídica no se la sanciona por no tener Cultura de Cumplimiento en general, sino porque ante un delito concreto se acredita que no la tenía. De tal suerte que, si una PJ no tiene Cultura de Cumplimiento, ni Programa de cumplimientos, ni nada de nada al respecto, pero jamás se comete ningún delito no podrá ser jamás sancionada. Y esta idea conecta con que podríamos plantearnos si el legislador al citar solo las circunstancias que afectan a la Culpabilidad como aquellas que no afectan a la RPPJ, deja abiertas las causas de justificación del acusado persona física como causas que sí pueden afectar la RPPJ. De ser así, la exoneración de responsabilidad penal de una persona física, acusada del delito en cuestión, por la existencia de una causa de justificación que anula su Injusto debería tener repercusión en el ámbito de la RPPJ. La cuestión es ¿Cómo? Tal vez, llegados a este punto conviene matizar que, si bien en el Código Penal no se excluye expresamente la posibilidad de la afectación de las causas de justificación de la persona física a la PJ a la RPPJ, tampoco la impone. Habrá que ir al caso concreto, al delito concreto y a la causa de justificación de la persona física concreta para valorar cómo, dónde y cuándo afecta a la PJ. Debiendo concluir que no podemos negar la posibilidad de la exoneración de la RPPJ por una causa de justificación en la persona física autora material del delito en concreto<sup>495</sup>. Las eximentes de responsabilidad penal para la persona física a las que nos referimos como causa de justificación están previstas en los artículos 20.4º, 20.5º y 20.7º del CP. De todas ellas, los delitos “*numerus clausus*” que conforman la parte especial de la RPPJ pudiérase pensar que la legítima defensa es impensable en relación con la RPPJ, sin embargo, si la entendemos más allá de lo que pudiera ser una agresión física, es decir por ejemplo ante un ataque cibernético contra una entidad financiera, o un Hospital, y el cualquiera de éstas accede, a través de la vía de imputación del artículo 31bis 1 del CP, en la forma descrita en el artículo 197 bis, o vía artículo 264 bis del Código Penal, al sistema de los atacantes para neutralizarlo. En este caso, la persona física que ha cometido el delito, que tal vez lo ha hecho en contra del Programa de cumplimiento, actuó en defensa de derechos de la PJ, incluso tal vez para salvar su vida o la de terceros. Por lo que, la PJ no debería ser condenada.

---

<sup>495</sup> Si bien de *Lege Ferenda* entendemos que sería necesaria una mejor explicación y un mayor desarrollo por parte del legislador a fin de delimitar con concreción los supuestos de exoneración de RPPJ, evitando antinomias o contradicciones, y dotando al ordenamiento de mayor armonía y coherencia.

Las otras dos son más claras, si cabe, pues en relación con el estado de necesidad justificante del artículo 20.5<sup>a</sup> del CP, es decir es el supuesto del sacrificio del bien de menor valor para salvar el de mayor, en una colisión de dos bienes jurídicos de distinto valor. Sería por ejemplo el caso de causar daños en propiedad ajena, del artículo 263 del CP, para evitar una emisión en el aire de radiaciones ionizantes que ponga en peligro la vida o salud de las personas, del artículo 343.1 del CP.

La causa de justificación que consiste en el cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho legítimo de un derecho, oficio o cargo, del artículo 20.7<sup>a</sup> del CP, a nuestro juicio también tendría incidencia en la RPPJ, de tal forma que si anula el Injusto de la persona física no se daría el requisito de la existencia de delito en el tipo compuesto de la persona jurídica y por lo tanto estaríamos ante un supuesto de atipicidad.

En abstracto podemos concluir que las causas de justificación de la persona física al anular su Injusto el delito de la persona física desaparece, ya que no puede decirse que exista antijuridicidad. Entonces, el delito de la persona jurídica tampoco existe por cuanto falta un requisito del tipo en la PJ. Es decir, falta la existencia de un “delito”, motivo por el que no procedería exigir RPPJ. Dada nuestra concepción de Tipo compuesto, la concurrencia de una causa de justificación en la persona física que anule su Injusto provoca la atipicidad, en cualesquiera de las vías de imputación de la PJ. Ello no quiere decir, sin embargo, que cualquier circunstancia que exonere de responsabilidad penal a la persona física incida en la RPPJ. Existen unos límites que el legislador ha establecido como veremos.

### c) Causas de exculpación.

Debemos señalar que ni la **minoría de edad**, siempre que esté por encima de los 14 años, ni la concurrencia de un **error de prohibición en la persona física** que realice el delito por alguna de las vías de imputación tiene una transcendencia en la RPPJ. Y ello es así por cuanto en relación a los menores de edad que cometen delitos de acuerdo con los presupuestos del artículo 31.bis del CP. De acuerdo con el vigente Código Penal, tenemos a los menores de 18 años como sujetos no responsables criminalmente “con arreglo a este código” (ex. Art. 19 CP), sin embargo, serán responsables de acuerdo con la Ley de Responsabilidad Penal del Menor desde los 14 años hasta los 18. Así, tenemos que, respecto del artículo 19 del CP sería poco probable que excluyera la RPPJ por cuanto si bien se excluye la aplicación del CP a los menores de 18 años los

remite a la Ley de Responsabilidad Penal del Menor<sup>496</sup> y allí seguiría existiendo responsabilidad penal. Ello siempre que ese menor tuviera de 14 a 18 años de edad, pues la misma Ley de Responsabilidad penal del Menor excluye a los menores de 14 años para los que serán de aplicación las normas contenidas en el Código Civil<sup>497</sup>. Ciertamente, en el ámbito laboral resulta bastante difícil que se dé un supuesto de menor de edad que cometa delito del que pueda ser responsable la PJ, pero no imposible. Así, podemos imaginar el chico de 16 años, con un contrato en prácticas de Formación Profesional que en una empresa comete el delito por tener la empresa una cultura de incumplimiento total en la materia en cuestión (bien podría ser en soborno entre particulares, delitos contra el medio ambiente, etc.). Y en relación al error de prohibición en la persona física y su relación con la RPPJ, cabe recordar que el error de prohibición en la persona física “*es aquel que recae sobre la conciencia del sujeto acerca del carácter antijurídico o prohibido de lo que se hace, a diferencia del conocimiento constitutivo del dolo, que es aquel referido propiamente a lo que se hace y que, como sabemos debe proyectarse sobre todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo*”<sup>498</sup>. Siguiendo la Teoría de la Culpabilidad en el error de prohibición la falta del conocimiento de la antijuridicidad no impedirá la existencia del Injusto doloso ya que solo afectaría a la Culpabilidad del autor. Cuestión que por mor del artículo 31 ter 2 del CP, veta la afectación a la RPPJ. Debiendo concluir que el error de prohibición en la persona física no tiene ninguna trascendencia para la RPPJ.

Lo mismo ocurrirá en relación a las **eximentes de responsabilidad penal para la persona física de los artículos 20.1º, 20.2º y 20.3º y 20.6º del CP**. A efectos de posible exoneración de responsabilidad criminal de persona física el artículo 20 del CP establece dos tipos de vías las que excluyen la antijuridicidad del hecho, y las que exculpan al sujeto responsable. En este punto cabe recordar lo que establecía el art. 31.

---

<sup>496</sup> Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero Reguladora de Responsabilidad Penal de los Menores, pues como establece su artículo 1: “*Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales.*”

<sup>497</sup> En su artículo 3 la LRPM establece que: “*Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.*”

<sup>498</sup> DEMETRIO CRESPO, E., “La Culpabilidad (III). Elementos de la Culpabilidad (2). La conciencia de la antijuridicidad. La exigibilidad de otro comportamiento”, AAVV DEMETRIO CRESPO, E. (coord.) – DE VICENTE MARTÍNEZ, R. – MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo II. Teoría del Delito*, 2ª ed., Iustel, Madrid, 2015, p. 365.

Bis. 3 del CP con la LO 5/2010, de 22 de junio al decir que: “*La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la Culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente*”. Es decir, las causas de exculpación para la persona física no excluyen ni modifican la RPPJ. Según MORALES PRATS<sup>499</sup> ese artículo 31.bis.3 del CP de 2010 el legislador solo se refería “exclusivamente a las causas eximentes relativas a la inimputabilidad del autor (persona física) del hecho típico y antijurídico (número 1º, 2º y 3º del artículo 20 y a la causa de exclusión de la Culpabilidad prevista en el número 6º del art. 20 CP (miedo insuperable)” para los cuales entiende correcta la subsistencia de la RPPJ. Debemos convenir con el autor, si bien a nuestro juicio, el estado de necesidad exculpante<sup>500</sup> de la persona física hallaría el mismo límite de afectación para la RPPJ.

#### **d) La no punibilidad de la persona física y sus consecuencias en la RPPJ.**

Existen para las personas físicas unas determinadas circunstancias que, si bien no excluyen ni la tipicidad, ni la antijuridicidad ni la Culpabilidad, hacen que el hecho en sí no necesite la pena, es decir que no sea punible. Así, bajo la denominación de punibilidad que algún sector doctrinal ha llamado penalidad<sup>501</sup> (también merecimiento de pena o necesidad de pena), se agrupan una serie de requisitos legales<sup>502</sup> de carácter material, que en determinados casos deben añadirse al análisis secuencial de acción

---

<sup>499</sup> MORALES PRATS, F., “La Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Ed. Aranzadi, Navarra, p. 58 y 59.

<sup>500</sup> En el sentido de acoger la interpretación de la existencia de estado de necesidad disculpante para bienes de igual valor, y estado de necesidad justificante para bienes de distinto valor.

<sup>501</sup> MUÑOZ CONDE, F. – GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal Parte General*, 9ª Ed. Revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 398 y ss

<sup>502</sup> Que no deben confundirse con los requisitos de procedibilidad o perseguibilidad que van referidos en realidad a la procedencia del proceso.

típica, antijurídica y culpable para el concepto pleno de delito del que deba responder una persona física<sup>503</sup>.

Dentro de la categoría de Punibilidad, existen causas que la fundamentan llamadas condiciones objetivas de punibilidad, causas que las excluyen llamadas excusas absolvitorias, y causas de extinción de la responsabilidad criminal.

Veámoslas con un poco más de profundidad.

**Las condiciones objetivas de punibilidad**<sup>504</sup> son circunstancias sustantivas que en algún delito en concreto vienen a condicionar la imposición de la pena, a pesar de que exista una conducta típica, antijurídica y culpable. Visto de otro modo, posibilitan la imposición de una pena. Por ejemplo, para el ámbito de la PJ podría estudiarse la declaración de concurso en la insolvencia dolosa del artículo 260 del Código Penal. O la exigencia de doble incriminación recogida en el artículo 23.2 a) de la LOPJ. Si bien se discute<sup>505</sup> la naturaleza de condiciones objetivas de punibilidad o de elementos del tipo de las cuantías mínimas exigidas en determinados delitos como la alteración de precios del artículo 284.2 del CP, el de abuso de información privilegiada en el mercado de valores del art. 284 del CP, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social de los arts. 305 y siguientes del CP. En esos casos debemos concluir que la falta de dichas

---

<sup>503</sup> Aunque cabe señalar que existen posicionamientos doctrinales que no lo consideran el último elemento del delito, sino que reconducen las circunstancias que la conforman a los otros elementos del delito o a la individualización de la pena.

<sup>504</sup> Se distinguen diversas clases: condiciones objetivas de punibilidad propias e impropias, aunque al respecto existen distintas posiciones doctrinales que podemos resumir en dos: 1) Para un sector doctrinal se entiende que las condiciones objetivas de punibilidad propias serían ajenas al injusto, y las condiciones objetivas de punibilidad impropias serían aquellas que aun y afectando al Injusto por razones de política-criminal quedan fuera de la imputación objetiva y subjetiva. También se han utilizado en sentido similar respectivamente los términos condiciones extrínsecas o intrínsecas, o se ha reservado la denominación de condiciones objetivas de punibilidad para las propias y a las impropias se las ha denominado situaciones típicas anómalas. 2) Para el otro las condiciones objetivas de punibilidad propias se referirían a las que excluyen completamente la posibilidad de imponer una pena e impropias las que solo impedirían la aplicación del tipo agravado, pero no el tipo básico. Terminológicamente también se han referido a estas dos manteniendo el término de condiciones objetivas de punibilidad para las que excluyen toda pena, y condiciones objetivas de mayor punibilidad para las del tipo agravado. *Vid.* también MUÑOZ CONDE, F. – GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal Parte General*, 9<sup>a</sup> Ed. Revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 398 y ss. MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, 5<sup>a</sup> ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016. DEMETRIO CRESPO, E., AAVV “La punibilidad”, DEMETRIO CRESPO, E. (coord.) – VICENTE MARTÍNEZ, R. – MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, 2<sup>a</sup>, ed, Iustel, Madrid, 2015, pp. 385 y ss.; ROXIN, C., *Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Civitas, Madrid, 2008, p.p. 969 y ss.

<sup>505</sup> Ya que como señalan algunos autores en ocasiones también se ha considerado que el resultado (como efecto separable de la acción) no pertenece al tipo de Injusto de los delitos de resultado, sino que es una condición objetiva de punibilidad.

condiciones objetivas de punibilidad impedirían de igual modo que a la persona física la RPPJ<sup>506</sup>.

**Las excusas absolutorias**<sup>507</sup> son circunstancias materiales que, en determinados delitos, aun y con la concurrencia de Injusto y Culpabilidad impiden la imposición de una pena. Así, en el ámbito que pudiera afectar a la RPPJ tenemos el desistimiento en la tentativa del artículo 16.2 del CP<sup>508</sup>, que a nuestro juicio implicaría la no RPPJ por cuanto el bien jurídico protegido no habría sido lesionado. Así, si por ejemplo una persona física intenta un delito de corrupción entre particulares, pero desiste de ello a tiempo, si bien es cierto que de haberse cometido el delito la PJ podría haber sido condenada, también lo es que si la persona física queda exenta de responsabilidad es porque el delito no se ha consumado o producido por su voluntad. Lo cual afectaría a la exigencia de “delito” del artículo 31 bis 1 del CP. Del mismo modo la exención de responsabilidad penal por regularización en las defraudaciones a la Hacienda Pública del artículo 305.4 del CP<sup>509</sup>, a la Seguridad Social del artículo 307.3 CP<sup>510</sup> y en el

---

<sup>506</sup> También cabría la posibilidad de que en algunos supuestos se pudiera considerar que se trata de condiciones objetivas de punibilidad de la propia PJ.

<sup>507</sup> Se ha planteado por un sector doctrinal la distinción entre excusas absolutorias en sentido estricto, que son las que concurren el momento de la realización del hecho, y las excusas absolutorias sobrevenidas que son las que concurren en un momento posterior.

<sup>508</sup> Artículo 16.2 del CP: “Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito”.

<sup>509</sup> Artículo 305.4 del CP: “Se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querella o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa.

La regularización por el obligado tributario de su situación tributaria impedirá que se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsoedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria.”

<sup>510</sup> Artículo 307.3 del CP: “Se considerará regularizada la situación ante la Seguridad Social cuando se haya procedido por el obligado frente a la Seguridad Social al completo reconocimiento y pago de la deuda antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interponga querella o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior, resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas ante la Seguridad Social una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa.

ámbito de las subvenciones el artículo 308.5 del CP<sup>511</sup>. Pues en estos supuestos no procedería exigir RPPJ por cuanto las regularizaciones a fin de cuentas se hacen en nombre de la PJ.

También para el supuesto de denuncia del particular que accedió ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público del artículo 426 del CP<sup>512</sup>, puesto que entendemos no debería exigirse RPPJ por cuanto la persona física de cualquiera de las dos vías de imputación del artículo 31 bis 1 del CP, actuaba o bien en representación de la PJ o bien en el ejercicio de sus actividades sociales.

#### e) La extinción de responsabilidad criminal de la persona física.

La extinción de responsabilidad criminal de la persona física, de conformidad con el artículo 130.1 del Código Penal son la muerte de la persona física (reo), el cumplimiento de la condena, la remisión definitiva de la pena, el indulto, el perdón del ofendido, la prescripción del delito y la pena. Es decir, todas ellas posteriores al hecho delictivo realizado. Bien, al respecto hay que tener en consideración el mandato del artículo 31 ter.1 del Código Penal en tanto que la RPPJ seguirá exigiéndose aun cuando:

- La concreta persona física no haya sido individualizada
- No se haya podido dirigir el procedimiento contra la persona física

---

*La regularización de la situación ante la Seguridad Social impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falseades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación”.*

<sup>511</sup> Artículo 308.5 del CP: “Se entenderá realizado el reintegro al que se refieren los apartados 1 y 2 cuando por el perceptor de la subvención o ayuda se proceda a devolver las subvenciones o ayudas indebidamente percibidas o aplicadas, incrementadas en el interés de demora aplicable en materia de subvenciones desde el momento en que las percibió, y se lleve a cabo antes de que se haya notificado la iniciación de actuaciones de comprobación o control en relación con dichas subvenciones o ayudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querella o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. El reintegro impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles falseades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación”.

<sup>512</sup> Artículo 426 del CP: “Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos”.

Y también lo que dispone el artículo 31 ter. 2 del Código Penal que establece que seguirá existiendo RPPJ, sin que le afecte en modo alguno, que:

- Existan circunstancias que afecten a la Culpabilidad del acusado
- Existan circunstancias que agraven la responsabilidad del hecho.
- La persona física se hubiera sustraído a la acción de la justicia.

Por lo que, de una primera lectura parece que la extinción de la responsabilidad criminal de la persona física no afecta a la RPPJ. Y ello por cuanto la expresión “no se haya podido dirigir el procedimiento contra ella” puede incluir cualquiera de los supuestos de extinción de responsabilidad criminal de la persona física del artículo 130 del Código Penal. Además, si profundizamos en el análisis observamos que resulta intrascendente para el legislador que la persona física no haya sido individualizada para condenar a la PJ. Es decir, ello entraría en contradicción si luego pretendiéramos que el indulto a la persona física tuviera efectos sobre la RPPJ. Del mismo modo una persona física desaparecida desde hace mucho tiempo, que se ha sustraído a la acción de la justicia, puede llegar a tener la consideración legal de muerta o no, pero para la RPPJ no es trascendente, pues seguirá existiendo RPPJ.

Otro elemento de refuerzo de esta idea de no afectación es que el artículo 130.2 del Código Penal establece la no extinción de la RPPJ en múltiples supuestos de afectación profunda de la misma como la fusión, transformación, escisión, absorción, ni siquiera la disolución cuando fuere encubierta o meramente aparente. De forma que, constatado el “delito” con la concurrencia de los elementos requeridos en el artículo 31.1 bis del Código Penal, en nada puede afectar ya la relación de la PF con la RPPJ.

Aunque sin duda a nadie le habría pasado por la cabeza, lo cierto es que todo ello también significa que la muerte o desaparición de la persona física a la que se quisiera imponer la condición de “chivo expiatorio” no le serviría de nada a la PJ para exonerarse de responsabilidad penal. También cabe enfocar la perspectiva de la prescripción del delito y de la pena, por cuánto la prescripción del delito va en función de la pena a imponer, pudiendo tener un régimen de prescripción diferente como hemos visto.

En relación a la pena, podemos encontrarnos con un supuesto en el que la pena de una persona física puede prescribir a los 5 años y la de la persona jurídica a los 10 años.

#### **4.2. Por concurrencia de una causa de exención en la persona jurídica.**

La LO 5/2010, de 22 de junio no decía nada acerca de circunstancias eximentes de RPPJ. No obstante, eran muchos los autores que manifestaron ya entonces la necesidad de la existencia de eximentes propias de RPPJ. En este sentido fueron muchas las voces<sup>513</sup>, desde un punto de vista doctrinal, que se alzaron para atender a una interpretación eximente ante la existencia de lo que llamamos un *Effective Compliance Program*.

Ya con anterioridad a la reforma de 2015 MORALES PRATS<sup>514</sup> también entendía que “en los supuestos en los que la PJ pudiera acreditar esfuerzos organizativos, cifrados en programas de cumplimiento o códigos de buen gobierno, bien sean societarios o corporativos, que permitan una plena transparencia y estén enderezados a la evitación de infracciones, en esos casos, no parecería adecuada la condena penal a la PJ”.

GIMENO SENDRA y GIMENO BREVIÁ<sup>515</sup> se manifestaron en dicho sentido con ocasión de la elaboración de un código de buena conducta de las PJ a tal fin diciendo que “*tal y como con acierto ha destacado la doctrina, si se han adoptado las medidas de control exigibles, conforme a criterios razonables examinados desde una perspectiva ex ante, no cabe atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica*”. Con su argumentación, ya antes de la reforma de 2015 postulaban que de acreditarse que los administradores de alto nivel, directamente responsables del área a controlar donde se ha producido la infracción penal, han empleado con eficacia la diligencia debida, esto es *todos los esfuerzos imaginables*, para prevenir la comisión del delito, la PJ debía de ser eximida de responsabilidad penal. En los EEUU la “diligencia debida” (*due diligence*) ya era causa de exoneración de responsabilidad penal en relación con los *Model Penal*

---

<sup>513</sup> Así, podemos destacar a GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., en “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cátedra de investigación Financiera y Forense de la Universidad Rey Juan Carlos-KPMG” *Diario La Ley*, núm. 4082/2010, p. 11, GONZÁLEZ-CUELLAR, SERRANO, N., y JUANES PESES, A., en “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas antes de su entrada en vigor”, *Diario La Ley*, NÚM. 7501, de 3 de noviembre de 2010, p. 5

<sup>514</sup> MORALES PRATS, F., “La Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 58.

<sup>515</sup> GIMENO SENDRA, V. y GIMENO BREVIÁ, J., elaboraron un DICTAMEN, en cumplimiento de un encargo solicitado por el Consejo General de la Abogacía Española y consistente en la elaboración de un “Código de buena conducta de las personas jurídicas” que permita la exención o atenuación de responsabilidad penal en el supuesto de que pueda preverse la comisión de algún delito por parte de alguno de sus representantes, administradores o empleados. P. 2.

*Vid.* en <http://www.icava.org/documentacion/persjuridica.pdf>

*Code* que muchos Estados Federados han tomado como referencia en la elaboración de su propio Código Penal.

Otros autores como ZUGALDÍA ESPINAR<sup>516</sup> defendían que “la existencia (y el efectivo cumplimiento) de un Protocolo de minimización de riesgos delictivos o Código de Ética y Conducta en la empresa elaborados seria e individualizadamente para la PJ puede ser un elemento de prueba esencial en orden a demostrar su ausencia de Culpabilidad”.

NIETO MARTÍN<sup>517</sup>, también ya antes de la reforma de 2015 sostenía que era perfectamente válida la exclusión de responsabilidad penal a través de un Programa de cumplimiento eficaz. Y en términos parecidos GÓMEZ-JARA DÍEZ<sup>518</sup>, postulaba que los programas de cumplimiento pueden suponer, en tanto manifestación de la cultura de cumplimiento, una causa de exclusión de la Culpabilidad en la RPPJ también antes de la reforma de 2015. GACÓN INCHAUSTI<sup>519</sup>, se alineaba ya entonces con este sentir doctrinal, entendiendo que, si la PJ cumplía los requisitos de disponer *ex ante* de un *Programa de cumplimiento*, que fuera adecuado atendidas las circunstancias de la PJ (tamaño, sectores de actividad, recursos humanos, etc.), y que ese programa era objeto de cumplimiento efectivo en el momento de la comisión del delito, en esos casos debería dejarse exenta de RPPJ. Por su parte, GÓMEZ MARTÍN<sup>520</sup> al hablar de los programas de prevención penal, también antes de la reforma de 2015, decía que “*en el caso de que en el momento en que tiene lugar el hecho delictivo la sociedad ya tuviera en marcha tal programa, la persona jurídica podría quedar exenta de responsabilidad, por acreditar el cumplimiento del “debido control” referido por el AP. I. Párr. II*”.

Más tarde, el Anteproyecto de Reforma del Código Penal<sup>521</sup> aprobado en abril de 2013, a través de su artículo vigésimo modificó de forma sustancial el art. 31.bis del

---

<sup>516</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*. Tirant lo Blanch. Valencia 2013.P. 123.

<sup>517</sup> NIETO MARTÍN, A., en su ponencia “La aplicación de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, en el ámbito sustantivo: problemas fundamentales del cumplimiento normativo en Derecho Penal”, en el seminario *Problemes d’aplicació de la Responsabilidad Penal de les Persones Jurídiques*, organizadas por el Área de Derecho Penal de la UAB, el 8 de junio de 2012.

<sup>518</sup> Así decía que “*Los programas de cumplimiento efectivo pueden fungir como indicadores de que una organización empresarial desarrolla una cultura empresarial de fidelidad al Derecho, que de esa manera podrían fungir como causas de exclusión de Culpabilidad empresarial*”. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La Culpabilidad Penal de la Empresa*, Marcial Pons, Madrid 2005, p. 273.

<sup>519</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso Penal y Persona Jurídica*, Marcial Pons, Madrid 2012, p. 25 a 33.

<sup>520</sup> GÓMEZ MARTÍN, V., en CORCOY BIDASOLO, M. – MIR PUIG, S., *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch. Tratados. Valencia 2011. P. 136.

<sup>521</sup> Ex art. 31.bis. 2 del Anteproyecto de 2013: La PJ “quedará exenta de responsabilidad si prueba que:

CP, y sobre todo en lo referente a las eximentes de RPPJ. Y la L.O. 1/2015 de 30 marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal, a través de su artículo único apartado veinte modificó el artículo 31 bis introduciendo en él causas de exoneración de RPPJ para las dos vías de imputación. Entendemos que así, el legislador configuró unas causas de justificación. Veámoslas a continuación.

#### **4.2.1. La exclusión del Injusto de la persona jurídica: la implementación de un “Programa de cumplimiento eficaz<sup>522</sup>” como exclusión del “defecto de organización”.**

Así en el artículo 31 bis en su apartado 2 dispone que para la primera vía de imputación, esto es la de los directivos, representantes legales, etc., recogidos en la letra a) del artículo 31bis 1 del CP, lo siguiente:

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

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

*2.<sup>a</sup> 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;*

---

*a) El órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza. b) La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control. c) Los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención, y; d) No se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la letra b)”.*

<sup>522</sup> Como ya apuntábamos al inicio utilizamos indistintamente las expresiones *Effective Compliance Program* o *Programa de Cumplimiento eficaz*.

*3.<sup>a</sup> los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y*

*4.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup>*

Es decir, si la PJ tenía modelo de organización y de prevención en los términos que entendemos se concibe un *Programa de Cumplimiento eficaz* y, además, el delito ha podido ser cometido por haberse saltado la persona física los controles y protocolos del citado *Programa*. Por lo tanto, se exigen las dos cosas, aunque en realidad una deriva de la otra, pues si una PJ cuenta con un *Programa de Cumplimiento eficaz* muy posiblemente la persona física referida en el artículo 31 bis 1 a) del Código Penal solo podrá cometer el delito eludiendo fraudulentamente los citados modelos. Y en relación a un fallo de lo que sería la *Función de Compliance (Compliance Officer, Chief Compliance Officer o asiliado)* en la supervisión, vigilancia y control, implicaría una “omisión o ejercicio insuficiente” de sus deberes, lo cual ya iría en contra de lo que el propio *Programa de Cumplimiento eficaz* es. Pues el concepto al que nos referimos trasciende el del modelo de organización y prevención, o de conjunto de protocolos, códigos éticos, sistemas de control, etc. El *Effective Compliance Program* es un programa de cumplimiento que está vivo en la PJ, que funciona al caso concreto, y funcionar se refiere a prevenir, evitar y también a detectar y reaccionar. Por lo que, no se dará esa “omisión o ejercicio insuficiente” cuando por ejemplo el *Compliance Officer*, detecte el delito y reaccione conforme a Derecho en la proporcionalidad exigible.

Para la segunda vía de imputación, la de las personas físicas subordinadas a los directivos, se establece en el apartado 4 del artículo 31 bis lo siguiente:

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

A nuestro juicio, tanto en la primera como en la segunda vía se exige un *Effective Compliance Program* (*o Programa de Cumplimiento eficaz*), aunque para la primera vía se exige además que la persona física cometa el delito por que da un “salto con pértiga” de los controles y que el *Compliance Officer* (*o mejor dicho la Función de Cumplimiento*) no haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente. Por lo que podemos apreciar un plus de exigencia en la eximente por la primera vía de imputación. Sin embargo, en ambos casos se refiere a conjurar, esto es anular, el “defecto de organización” que de una u otra forma, provocara o permitiera la comisión del delito. Sin defecto de organización no hay Injusto.

¿Podemos hablar de la existencia de un *Programa de Cumplimiento eficaz* cuando un directivo no ha necesitado eludir fraudulentamente los controles? En nuestra opinión, la respuesta es no. La PJ en ese caso podría tener un buen *Programa de cumplimiento* pero al caso concreto no preveía el protocolo necesario para obstaculizar (cuanto menos) la conducta delictiva de la persona física.

¿Podemos hablar de la existencia de un *Programa de Cumplimiento eficaz* cuando la *Función de Compliance* no ha funcionado como debería? Bien a nuestro juicio la respuesta es que depende. En este caso, si el delito lo ha cometido una persona de las indicadas en la letra a) del artículo 31 bis 1 del Código Penal debemos entender que el Programa de Cumplimiento eficaz no lo era en realidad por cuanto la efectividad del modelo no se mide en términos de resultado, pues sabido es que el riesgo cero no existe, sino en términos de funcionamiento, es decir de que esté vivo en la PJ y funcione correctamente. Dicho de otra manera, la exoneración de responsabilidad a la PJ no le viene, en sede de Injusto, por aportar 40 tomos de protocolos de actuación que acrediten un exhaustivo Programa de Cumplimiento, sino por acreditar que ese programa de cumplimiento al caso concreto era efectivo y eficaz para el fin que se le requiere: prevenir, evitar, disminuir notablemente el riesgo, detectar, reaccionar ante el delito. Ciertamente, también cabe preguntarse ¿qué ocurriría si una PJ tiene un *Compliance Program eficaz* pero un buen día el *Chief Compliance Officer*, padece un trastorno mental, o alguna otra circunstancia que le impide actuar como se esperaría, y se produce una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control? ¿Debería entonces ser condenada la PJ? En nuestra opinión, *prima facie*, de acuerdo con el articulado visto parece que no le podría ser de aplicación la eximente del artículo 31 bis 2 del Código Penal. Por lo que no se anularía el Injusto. Sin embargo, -

como veremos más adelante- en sede de Culpabilidad sí que podría quedar exonerada por la acreditación de una Cultura de Cumplimiento viva en la PJ.

Podemos preguntarnos también, ¿qué ocurriría si el *Chief Compliance Officer* se confabula con algún directivo para la comisión de un delito, en beneficio directo o indirecto de la PJ? ¿Implicaría que la PJ no puede salvarse de la condena? A nuestro juicio ello sería contrario al fin de la norma, puesto que el control total no existe, y ni la persona encargada de la función de Cumplimiento ni el Directivo son, ni juntos ni por separado, la PJ, tan solo son elementos temporales de ésta. En este caso, también la exoneración podría venir en sede de Culpabilidad. Tal y como hemos venido exponiendo a lo largo de esta obra, tanto por el sistema tan singular de RPPJ en España, como por el Modelo Mixto con gran tendencia a la Autorresponsabilidad que ha adoptado el Código Penal español, así como por el Fundamento de la RPPJ con los conceptos de Injusto y Culpabilidad aquí defendidos, debemos concluir que no existe, ni puede existir, una identificación entre la persona que realiza la función de Cumplimiento y la PJ, ni tampoco existe, ni puede existir, una identificación entre el representante o directivo y la PJ<sup>523</sup>.

Vista la diferencia establecida entre la primera y la segunda vía de imputación procede su análisis de forma separada, sin perjuicio que la referida a la implementación del Programa de cumplimiento es la misma para las dos vías de imputación

#### **a) En la primera vía de imputación.**

Como vemos en el artículo 31 bis 2 del CP se establecen las causas de exoneración de RPPJ referidas a la primera vía de imputación, esto es en relación al artículo 31 bis 1 a) del CP. Se establece un plus de exigencia que es plenamente razonable y acorde con la posición superior en la que están las personas referidas en la primera vía de imputación. Hay que tener en consideración que a pesar del análisis por separado de cada una de las exigencias establecidas la exoneración se consigue cuando concurren todas, o mejor dicho cuando se acreditan todas. Por lo que siempre habrá que poner en relación una exigencia con las otras, y muy especialmente con lo relativo a las exigencias del Programa de cumplimiento que vienen establecidas en otro artículo, el 31 bis 5 del CP, y desarrolladas in extenso en otro apartado de esta obra.

---

<sup>523</sup> Obviamente no se refiere a PJ, que por sus características sea inevitable identificar a esa concreta persona física con toda la PJ.

Veamos a continuación las exigencias para la Causa de Justificación de la PJ en la primera vía de imputación:

**a.1) El artículo 31 bis 2 1<sup>a</sup> del CP. La implementación de un Programa de cumplimiento.**

Este apartado resulta igualmente válido para la primera y la segunda vía de imputación del artículo 31 bis 1 del CP. El referido artículo 31 bis 2, 1<sup>a</sup> del CP dispone que:

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

Sin lugar a dudas este precepto está referido al *Programa de cumplimiento* diseñado e implementado en la PJ *ex ante*, de tal forma que implica indirectamente un mandato a la PJ a fin de que implemente dichos programas de cumplimiento. Ello forma parte de la voluntad de legislador de extender la Cultura de Cumplimiento en las PJ, para que dentro de su facultad autoorganizativa, lo implementen. Pero el precepto exige además que el Programa de cumplimiento se haya “ejecutado”, es decir que ya estuviera en marcha, y además “con eficacia”, lo cual plantea la duda de qué se entiende por eficacia. Ciertamente, está vinculada con las medidas idóneas de control y vigilancia para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. Como vemos la idea de reducir el riesgo, de prevenir se conecta con la eficacia de los Modelos de Organización y Gestión, a través de las medidas idóneas. Así, la idoneidad de las medidas sería objeto del llamado *Juicio de idoneidad* en relación con el delito concreto que se hubiere cometido. No pudiendo, por lo tanto, hacerse ese juicio de idoneidad en abstracto, de forma general ni genérica, para todos los delitos que tuviera que proyectar el Programa de cumplimiento su campo de actuación. Si nos detenemos un momento aquí podemos observar la diferencia que existe para la exoneración de la PJ cuando se producido la primera vía de imputación, y cuando se ha producido la segunda. Así para la segunda, ex artículo 31 bis 1 b), de conformidad con el artículo 31 bis 4 del CP solo se le exige la primera de las

condiciones que estamos analizando. Para la primera vía de imputación, esto es los directivos, etc., la eximente es más exigente requiriendo de más elementos acreditados<sup>524</sup>. Y, del redactado de esta primera condición parecería que con ese primer precepto uno podría entender que se refiere solo para el concreto delito cometido, y los de su misma naturaleza. Sin embargo, este precepto hay que conectarlo siempre con el artículo 31 bis 5 que exige que los Modelos de Organización y Gestión citados en el artículo 31 bis 2 del CP cumplan requisitos que van más allá de lo dicho. Por lo tanto, si el *Programa de cumplimiento* tenía un protocolo específico para la prevención de corrupción entre particulares, con medidas idóneas adoptadas y ejecutadas *ex ante*, y a pesar de ello se cometió el delito conforme el redactado del artículo 31 bis 1 b) del CP (empleados, etc.), uno podría pensar erróneamente que la PJ tiene que quedar eximida de responsabilidad penal. Pero en sede de Injusto esto no es correcto, a la PJ se le exige más por cuanto en el artículo 31 bis 5 del CP se dice que los Modelos de Organización y Gestión deberán cumplir una serie de requisitos que, como veremos exceden en mucho la concreta prevención del delito de corrupción de particulares. Es decir, a la PJ se le está exigiendo, en sede de Injusto, mucho más que un mero protocolo para un delito concreto, puesto que el incumplimiento de lo establecido en el artículo 31 bis 5 del CP implicará inexorablemente que no se acredita totalmente lo exigido para la eximente del artículo 31 bis 4 el CP, dando como mucho, en sede de tipicidad, una atenuante de RPPJ. Por ello es tan importante conservar la categoría dogmática de Culpabilidad, pues será en su sede cuando analizaremos si le era reprochable o no el delito cometido atendidas las concretas circunstancias del caso y de la PJ, y en sede de Culpabilidad podría por lo tanto quedar exonerada de RPPJ.

En este sentido conviene citar a GUTIÉRREZ PÉREZ<sup>525</sup>, quien para abordar la **eficacia e idoneidad** de los *Programa de cumplimientos* para eximir a la PJ de responsabilidad penal tras analizar el doble test de análisis de NIETO MARTÍN<sup>526</sup>, la experiencia del Decreto Legislativo 231/2001, de 8 de junio en Italia<sup>527</sup> que permite tomar como referencia interpretativa, *Soft law*, las recomendaciones realizadas por los colegios profesionales como criterios de idoneidad y eficacia, y el sistema de

---

<sup>524</sup> Ya decíamos con anterioridad que ese plus de exigencia es lógico, y volveremos a tratarlo a continuación para profundizar en ello.

<sup>525</sup> GUTIÉRREZ PÉREZ, E., “Los Compliance Programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La ‘eficacia e idoneidad’ como principios rectores tras la reforma de 2015”, en *Revista General de Derecho Penal* núm. 24, Iustel, Noviembre de 2015.

<sup>526</sup> *Vid ut infra*.

<sup>527</sup> *Vid. ut supra* el contenido del artículo 6 del Decreto Legislativo 231/2001, de 8 de junio italiano.

certificaciones<sup>528</sup>, concluye que “*la eficacia se ha de entender desde un prisma de idoneidad genérica para evitar la comisión de hechos delictivos. Para aplicar este parámetro el juez deberá situarse mentalmente en un estadio anterior a la comisión del ilícito para determinar si el modelo de prevención cumplía con los requisitos exigidos (la prognosi postuma en Italia)*”. Apunta además una serie de posibles criterios a valorar como: i. La reincidencia del comportamiento delictivo; ii. La pasividad ante la detección del delito; iii. La posición dentro del organigrama de los ejecutores del hecho delictivo; iv. La falta de modificación del programa una vez detectado el delito o, en otras palabras, una Culpabilidad empresarial reactiva; v. Los protocolos de actuación seguidos, vi. La independencia del *Compliance Officer*. Entiende necesario acudir al historial de cumplimiento de la empresa, y la documentación de los protocolos internos seguidos, las investigaciones internas<sup>529</sup>, las actuaciones frente a denuncias internas, con el debido registro de las mismas, o las sanciones, en su caso, establecidas ante la detección de irregularidades. Coincidimos con la autora en demostrar que el Programa de cumplimiento estaba vivo y no era un “prolífico conjunto de papeles repletos de buenas intenciones”. Tras la verificación esta autora propone comprobar si la conducta que dio lugar al hecho delictivo estaba controlada, siendo considerado de ineficaz el programa si no lo había previsto. A su juicio, la eximente sería aplicable de forma indubitable, solo, en los supuestos en los que no sea atribuible ese defecto directamente a la PJ, por el manifiesto actuar doloso de la persona generadora de los hechos delictivos. Así considera que en la mayoría de casos se llegaría a las atenuantes por la acreditación parcial de los requisitos. No es partidaria de que la Certificación devenga mecanismo exonerador por cuanto concreta una realidad pasada. Y para combatir la inseguridad jurídica que supone la carencia de criterios de valoración, “dónde las corporaciones no tienen certeza de si su plan de prevención es adecuado o no a la normativa”, propone una interesante medida, que sería el depósito previo del programa de Cumplimiento en el Ministerio de Justicia con el objeto de un examen formal de los requisitos. Siendo una opción plausible, a su juicio, la redacción de programas de cumplimiento sectorizados por materias y actividades económicas.

---

<sup>528</sup> Vid. con más detalle el apartado de esta obra dedicado a las Certificaciones.

<sup>529</sup> En este punto, aunque son varios los autores que están de acuerdo, entendemos que habrá que proceder de manera que no se vulneren Derechos de los trabajadores implicados, ni tampoco comprometa a la PJ. Cuestiones ambas, que a nuestro parecer no siempre serán de fácil solución.

Resulta necesario citar en este punto a CUGAT MAURI<sup>530</sup>, quien de un lado señala la difícil prueba de idoneidad de las *Compliance*, y las dificultades para afirmar la idoneidad de las Compliance frente a los delitos dolosos. Así si bien entiende que en la aplicación judicial se admite un margen de discrecionalidad y valoración que evita caer en automatismos, los obstáculos a los que se enfrenta el Juez son considerables, citando la crónica falta de medios humanos y materiales de la Administración de Justicia, las estructurales dificultades de los cumplimiento para delitos dolosos (la mayoría), “la desazon que puede provocar tener que conceder eficacia eximente a las cumplimiento cuando el delito doloso ha sido directamente impulsado, apoyado o tolerado por los representantes de la voluntad societaria”.

Para esta autora “*si la eficacia de las Cumplimiento es condición de su carácter eximente, quedará ostensiblemente debilitada ante los delitos dolosos, para cuya contención difícilmente podrá afirmarse que el modelo sea idóneo*”. Entendiendo que a su juicio las Cumplimientos solo pueden desplegar eficacia preventiva frente a los delitos imprudentes. Planteado en los términos en los que lo hace, y bajo los objetivos de “prevención” o de “reducción del riesgo” acierta en las problemáticas señaladas. Así, plantea un supuesto muy interesante de posible RPPJ ante un delito de cohecho consistente en la entrega de dádiva a funcionarios por parte de los directivos de la PJ a cambio de que éstos le concedan una licencia de actividad, concesión o contrato público. En ese caso, apunta con acierto que mecanismos como “*la prohibición de manejo en metálico, obligación de firma mancomunada o la rendición de cuentas sobre el destino de los gastos, no impedirían que pudiera realizarse los pagos de la suma corrupta, bajo la apariencia de un supuesto gasto en proveedores*”. Sin embargo, un *Effective Compliance Program* reúne más requisitos que los citados<sup>531</sup>. A nuestro juicio, lo primero sería ver de qué manera el *Programa de cumplimiento* puede prevenir, evitar, detectar y crear mecanismos de reacción ante la Comisión de ese delito. Debemos partir de que el riesgo cero no existe, y que el nivel de exigencia a la PJ ha de ser razonable. En los mecanismos de implementación de medidas tomar los estándares ya establecidos, cómo mínimo. En esos términos y de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis 2 del CP en relación con el artículo 31 bis 5 y el artículo 31 bis 1 a) del CP, entraríamos a valorar si el Programa de cumplimiento era realmente efectivo para

---

<sup>530</sup> CUGAT MAURI, M., “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las Compliance”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV (2015), pp. 919-963.

<sup>531</sup> Nos remitimos al apartado en el que estudiamos con profundidad los Programa de cumplimientos.

los delitos que tenía que prevenir. Así, si atendida la forma de funcionar de la empresa y visto el impacto y probabilidad del riesgo mencionado, por la primera vía de imputación, cabría analizar si es realmente posible o no para la PJ, sino evitar, cuanto menos dificultar al máximo, detectar y reaccionar ante ese riesgo. En el caso concreto, ciertamente es posible que al *Compliance Officer* se le escape una cuestión que se centra en un engaño de los directivos, sin embargo, en el departamento de tesorería de la empresa y en el de compras deberían saltar los correspondientes avisos o alarmas, puesto que el pago a unos proveedores tiene que venir justificado y relacionado con otras operaciones tales como la entrega de mercaderías, con sus correspondientes albaranes, etc., por ejemplo, y ello sí es objeto de control de dichos departamentos. Un *Effective Compliance Program* debe articular esas medidas, y se demuestra que está vivo en la empresa cuando –en un estado de normalidad- funciona. Aunque es cierto, como señala esta autora que siempre pueden quedar resquicios por donde la cúpula empresarial maquine como burlar los controles y lo pueda conseguir, aquí deberíamos determinar si entonces ese concreto riesgo es imposible de reducir, prevenir, controlar, detectar y reaccionar, supuesto en el que entonces tampoco le sería exigible a nadie ese resultado. Y en último caso, la responsabilidad de la cúpula directiva en la elaboración de los Programa de cumplimientos y en la eficacia de éstos, puede cuestionar plenamente su eficacia, con la conclusión de posible condena a la PJ.

Ahora bien, si entre lo inexigible y lo idóneo quedan zonas que pueden ser más oscuras en las que hay que ir al caso concreto para valorar si el Programa de cumplimiento era adecuado o no<sup>532</sup>. Además, en otro orden, dentro de la Función de Cumplimiento estaría revisar si se reúnen las condiciones para pedir la licencia, o para contratar con la administración, así como revisar las condiciones del proceso. Debiendo estar todo documentado.

El nivel de exigencia que nosotros entendemos debe quedar establecido para que un programa como los referidos tenga la consideración de *Effective Compliance Program* es más elevado, por cuanto lo contenido en los artículos 31 bis 2 y 31 bis 5, y

---

<sup>532</sup> En este sentido resulta de interés traer a colación una realidad que habrá que tener en cuenta en la elaboración de un *Effective Compliance Program*, pues el Magistrado Eloy Velasco, en su ponencia sobre responsabilidad penal de la persona jurídica de 25 de mayo de 2017, en el “Taller sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica y cumplimiento”, organizado por las Secciones de Derecho Penal y de Cumplimiento del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona, apuntaba que en la mayoría de asuntos que había visto el delito se había cometido por la primera vía de imputación, y que además se detectaba que los Programa de cumplimientos tenían fallos que impedían apreciar la eximente. Motivo por el que entendemos que debería analizarse en qué consisten los fallos a fin de establecer un estándar de cumplimiento más efectivo.

sus concordantes, hay que ponerlo en relación con los estándares exigibles de acuerdo con los criterios que hemos establecido en el capítulo dedicado a los Programa de cumplimientos.

Visto el carácter bifronte del *Programa de cumplimiento*, podemos decir que puede actuar tanto en sede de Injusto exonerando de RPPJ cuando es *Effective*, y atenuándola cuando solo sea objeto de “acreditación parcial”, y también puede actuar en sede de Culpabilidad cuando no siendo *Effective* puede ser demostrativo de una Cultura de Cumplimiento que sirve al caso concreto.

Veamos la segunda condición exigida a continuación.

**a.2) El artículo 31 bis 2 2<sup>a</sup> el CP. Las exigencias a la Función de Cumplimiento para la exención de RPPJ en la primera vía de imputación.**

El mencionado artículo objeto de estudio en este apartado dispone que:

“2.<sup>a</sup> 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;”

La primera cuestión es definir a quien se refiere el legislador en este apartado. De hecho, para analizarlo bien debemos ponerlo en relación con el artículo 31 bis 3 del CP que establece una alternativa lógica y razonable a la creación *ex novo* de dicho órgano para las PJ de pequeñas dimensiones.

Así tenemos tres posibilidades:

- Primera, la creación de la Función de *Cumplimiento* para las PJ que carecían de ella, es decir, el Departamento o la *Comisión de Cumplimiento*, el *Compliance Officer*, *Chief Compliance Officer*, etc.

- Segunda, aprovechar un departamento u órgano de la PJ que ya tuviera encomendada legalmente<sup>533</sup> la función de supervisar la eficacia de los controles internos a la PJ, como es el caso de las empresas de servicios de inversión que cita la Circular 1/2016 de la FGE.
- Tercera, que lo asuma directamente el órgano de administración en personas jurídicas de pequeñas dimensiones.

En cualquier caso, el o los encargado/s de tan importante cometido, debe/n ser alguien de dentro de la PJ, debe/n formar parte de ella, pues además de venir determinado *ope legis* como hemos visto, ha de ser alguien que conozca la PJ, su funcionamiento y su día a día. Debe poder acceder dónde necesite, en cualquier momento, y también debe estar asequible para empleados y directivos que tengan dudas y consultas, o cuestiones urgentes. En nuestra opinión, no basta con que forme parte de la PJ, es que además su centro de trabajo físico ha de ser el centro de la PJ. Si bien en grandes empresas, estará en la sede central y pueda delegar parte de funciones en terceros encargados de sucursales. Así en una entidad financiera la Función de Cumplimiento estará en el mismo centro de trabajo donde se reúne el Consejo de Administración, donde están todos los Directivos de cada Departamento, y en cada oficina comercial el Director de la Oficina asumirá su cuota de responsabilidad de cumplimiento normativo en dependencia directa con el *Chief Compliance Officer*, pues sería inconcebible que cada oficina tuviera una persona dedicada en exclusiva a la Función de Cumplimiento. Veamos con más detenimiento la **función de cumplimiento**.

---

<sup>533</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., resalta con acierto la problemática que se puede dar en torno a la exigencia de tener “encomendada legalmente la función de supervisión de la eficacia de los controles internos”, pues parece excluir la mera previsión estatutaria. Convenimos con el autor en que la correcta interpretación de dicho precepto es la de que exista previsión legal de regulación del contenido de dicho órgano, aunque su creación no sea legalmente obligatoria, teniendo en cuenta que no caiga en incompatibilidades. *Vid.* “La Culpabilidad de la persona...” *Op. Cit.* pp. 196-199. Por su parte la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO postula que dicha referencia es a una previsión “por ley” como son los casos de las *empresas de servicios de inversión*, a que se refiere el art. 193.2 a) del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores y que reproduce el contenido del art. 70 ter de la derogada Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo desarrollo se contiene en las Circulares de la CNMV nº 6/2009 y 1/2014; o la previsión para, *sujetos obligados*, las *PJ obligadas en relación con la prevención del blanqueo de capitales*; así como para las *Sociedades Cotizadas* dónde, si bien sin rango legal, el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas prevé que habrá de tener una función de control y gestión de riesgos ejercida por una unidad o departamento interno, bajo la supervisión directa de la comisión de auditoría o departamento interno, bajo la supervisión directa de la comisión de auditoría o, en su caso, de otra comisión especializadas del consejo de administración”.

Según SAIZ PEÑA<sup>534</sup>, la primera vez que una norma estableció la obligación de que una persona jurídica contara con la figura del *Compliance Officer* fue a tenor de la Directiva 2004/39/CE.

Recuerda SÁIZ PEÑA<sup>535</sup> que el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea: *Compliance and the Compliance function in Banks*, del año 2004, definió la función de cumplimiento “como una función independiente que identifica, asesora, alerta, controla y reporta los riesgos de incumplimiento normativo en las organizaciones. Sobre este documento resalta CASANOVAS YSLA, que fijó y desarrolló los diez principios esenciales que le eran aplicables, que si bien incorporan elementos clásicos que ya aparecían en la literatura sobre mejora de procesos y control interno existen otros que siendo muy relevantes solo se aprecian de forma muy diluida en los textos posteriores sobre cumplimiento de naturaleza general.

En cuanto al número de miembros que compongan la Función de Cumplimiento puede ser uno solo o varios, pudiendo tener además personal a su cargo. De hecho, el Código Penal establece que debe tener los recursos necesarios para realizar su cometido. DEL ROSAL BLASCO<sup>536</sup>, también señala esta imprecisión de la norma y hace una valoración de las ventajas de cada opción, unipersonal (sencillez y agilidad) o colegiado (especialistas de distintas áreas, mayor conocimiento del negocio y de la empresa, y posibilidad de dar cabida a personas independientes ajenas).

La dedicación en exclusiva tampoco viene expresamente exigida en el Código Penal, y en la praxis son muchas las empresas que han ampliado tareas de órganos de las mismas.

Las funciones y facultades que la Función de Cumplimiento tampoco vienen desarrolladas en el Código Penal. GÓMEZ-JARA DÍEZ<sup>537</sup>, señala que de acuerdo con

---

<sup>534</sup> SÁIZ PEÑA, C.A., “El cumplimiento en las organizaciones. Relación entre cumplimiento y otras áreas de la empresa. Cumplimiento y Gobierno corporativo”, AAVV SÁIZ PEÑA, C.A. (coord.), *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 40.

<sup>535</sup> SÁIZ PEÑA, C.A., *Op. Cit.*, p. 59.

<sup>536</sup> DEL ROSAL BLASCO, B., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención”, AAVV MORILLAS CUEVA, L. (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 117 y ss. Resalta además que en el modelo italiano el Decreto 231 encomienda esta función a un organismo de la empresa, y aunque pudiera interpretarse la necesidad de un órgano colegiado como los *consiglio di vigilanze* o *comitato di vigilanza*, la jurisprudencia italiana, ha admitido que puede ser un órgano unipersonal.

<sup>537</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La Culpabilidad de la persona jurídica”, AAVV en BAJO FERNÁNDEZ, M. – FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015m de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 194.

la ISO 19600<sup>538</sup> “se concretan, en general, en las siguientes facultades asignadas por la alta dirección u órgano de gobierno de la persona jurídica:

1. tener autoridad y responsabilidad para el diseño, consistencia e integridad del sistema de gestión de cumplimiento penal.
2. tener acceso a:
  - tomadores de decisiones de alto nivel y oportunidad de contribuir en etapas tempranas de los procesos de toma de decisiones,
  - todos los niveles de organización,
  - toda la información documentada y los datos necesarios para desarrollar las tareas de cumplimiento,
  - asesoramiento experto en legislación, códigos y normas organizativas relevantes.
3. tener autoridad para actuar de forma independiente y que no verse comprometida por otras prioridades que entren en conflicto, especialmente cuando cumplimiento penal está integrado en el negocio”.

Por ello cuando el precepto del Código Penal dispone que tenga poderes autónomos de iniciativa, ésta se refiere a diversos ámbitos, entendida siempre como la capacidad de poner en marcha o acometer por su cuenta, sin cortapisas ni limitaciones. Así de un lado afecta a la posibilidad de iniciar una “investigación” por quebranto de las normas de Cumplimiento, y también la de actualizar el Programa de cumplimiento ante cualquier cambio estructural, organizativo, legislativo o regulatorio que se produzca.

En relación a la posibilidad de iniciar una investigación corporativa o de ordenar que ésta sea iniciada<sup>539</sup> si bien se configura como un requisito esencial de la función de cumplimiento, también hay que tener en consideración que tendrá unos límites que lógicamente son los que vienen de imperativo legal, como veremos, debe poder ser muy amplia en cuanto a sujetos y hechos a investigar. Así, entre tales, cabe incluir a los Administradores y miembros de la Alta Dirección, y no solo a los empleados. En relación a las infracciones cuyo ámbito de investigación deben quedar recogidas se refieren a todas, es decir las que supongan quebranto de las normas internas, aunque no

---

<sup>538</sup> *Vid. ut supra* el epígrafe 1.3 de la Primera parte, y la reciente existencia de la ISO 19601 de Sistemas de Gestión de Compliance Penal.

<sup>539</sup> Como señala GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., bien puede ser por algún departamento interno o por asesores externos. *Vid. “La Culpabilidad de la persona...” Op. Cit.* p. 194,

sean ilícitos penales, y las que aparezcan como tales delitos. Por lo que el ámbito de actuación es mucho más amplio de lo que *a priori* pudiera parecer. Pero no tendría ningún sentido que solo acometiera investigaciones sobre posibles ilícitos penales<sup>540</sup>, entre otros motivos por cuanto también le pueden venir importantes sanciones administrativas a la PJ.

En relación a la iniciativa de corregir, modificar, actualizar y mantener vigente el Programa de cumplimiento, incluye la posibilidad de proponer nuevas medidas de vigilancia y control necesarias. Teniendo en cuenta que ello supone costes para la PJ. En nuestra opinión, esta facultad de iniciativa en cierta medida es una obligación para la Función de Cumplimiento, derivada de la obligación de la PJ de mantener actualizado el Programa de cumplimiento.

**El poder de control** de la Función de Cumplimiento implica que ostenta una facultad sobre el funcionamiento del Programa de cumplimiento que le permite actuar de manera independiente a fin de comprobar que funciona como es debido pudiendo entrar a conocer todos y cada uno de los elementos de que está compuesto el Programa de cumplimiento, sin ningún tipo de limitación bajo ningún concepto. Así cualquier limitación al estudio de alguna documentación por parte de algún departamento o directivo supondría que de facto se le está impidiendo cumplir con el imperativo legal. Así, si por ejemplo el Compliance Officer, ante una denuncia de un empleado solicita unas facturas y la documentación relativa a una operación a un Directivo, éste no podrá negarse a facilitársela. Y si lo hace, de un lado impide el correcto funcionamiento de la Función de Cumplimiento, y de otro pone en riesgo a la PJ. Ello confiere un poder sin precedentes al Compliance Officer<sup>541</sup> en las empresas, a la par que una elevadísima responsabilidad, con evidentes riesgos penales.

A nuestro juicio, conviene profundizar en la Función de Cumplimiento, habida cuenta la importancia que el Código Penal le da, y el poco desarrollo que en el texto

---

<sup>540</sup> Ya hemos hecho referencia a la dificultad que supone separar riesgos exclusivamente penales de otros en la elaboración de la normativa interna, por lo que sin perjuicio de que existen distintos programas que formen parte de un gran programa de cumplimiento desarrollado por áreas, lo cierto es que desde la perspectiva de la *Función de Cumplimiento* hay que cubrirlas todas. Es decir, habrá que investigar tanto una posible vulneración de la LOPD, como un posible delito de intromisión en la intimidad del art. 197 y ss. del CP. Tanto desde la perspectiva de quienes diseñan el *Programa de cumplimiento* como desde la perspectiva de quienes se encargan de su correcto funcionamiento, la *Función de Cumplimiento* abarca mucho más que el ámbito penal. Si bien también es cierto que en grandes compañías los encargados de las distintas áreas asumen también su porcentaje en tal sentido como explicamos en el apartado destinado al estudio del *Programa de cumplimiento*.

<sup>541</sup> En el apartado de *Programa de cumplimiento* se aborda con detenimiento la figura de la Función de Cumplimiento.

legal existe. Así podemos acudir para su delimitación y contenido a normas internacionales como la ISO 19600 vista, y a otras fuentes como veremos. Así el Libro Blanco sobre la Función de Cumplimiento<sup>542</sup> entiende que los cometidos de la función de cumplimiento son aplicables tanto a programas transversales como a programas específicos sobre determinados riesgos. La interpretación del mismo, se dice, que debe ser proporcional a las circunstancias de cada organización y debe adaptarse al marco jurídico aplicable. Una organización puede disponer de más de un Programa de Cumplimiento, dependiendo de la complejidad de su entorno, señala. Acerca de la Autonomía de la Función de Cumplimiento, en el Libro Blanco, se dice que para el desarrollo de sus cometidos esenciales delegará facultades suficientes de manera continua y sin precisar autorización, dotará de autoridad y legitimidad suficientes para recabar información de cualquier tipo en cualquier momento, y asignará a la Función de Cumplimiento los recursos materiales –partida presupuestaria- y humanos suficientes.

Sobre la Independencia de la función de cumplimiento, *El Libro Blanco* citado, señala *que* estará dotada de la máxima independencia, de forma que su juicio y forma de proceder no estén condicionados por cuestiones que le impidan o dificulten el desarrollo libre de sus cometidos esenciales, ni por temor a represalias, para lo que apunta que las personas que formen parte de la Función de Cumplimiento no deben participar en la prestación de servicios o actividades que controlen a fin de evitar una influencia indebida. El nombramiento, evaluación de desempeño y destitución del máximo representante recaerá en el órgano de administración o comisión delegada, y, en cualquier caso, tanto el cese como la destitución del máximo representante deberá estar fundamentada por escrito (no debiendo estar relacionados dichos fundamentos con el desempeño razonable de sus cometidos esenciales). La valoración del desempeño de las personas que integran la Función de Cumplimiento no podrá depender de los objetivos comerciales ni resultados económicos, y será acorde a la relevancia de sus cometidos.

ENSEÑAT DE CARLOS<sup>543</sup>, señala que son requisitos esenciales del Compliance Officer la independencia, la autoridad, los recursos suficientes, el acceso a toda la

---

<sup>542</sup> El *Libro Blanco sobre la Función de Cumplimiento* es una iniciativa de la Asociación Española de Cumplimiento (ASCOM) presentada por ALAIN CASANOVA ISLA en el *II Congreso Nacional de Cumplimiento*, celebrado en Madrid el 1 de diciembre de 2016. Sobre sus elementos interpretativos destaca que el objeto del Libro Blanco es ayudar a las organizaciones privadas, pública y sin ánimo de lucro, así como a los operadores jurídicos, económicos y sociales a determinar cometidos esenciales tanto de la Función de Cumplimiento como la de sus responsables, y su contenido está inspirado en las *best practices* nacionales e internacionales.

<sup>543</sup> ENSEÑAT DE CARLOS, S., *Manual del Compliance Officer. Guía práctica para los responsables de Compliance de habla hispana*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 45-142.

información y a todos los miembros de la organización relevantes, que las responsabilidades queden claramente definidas y que éste tenga libertad para informar a la alta dirección de cualquier deficiencia detectada. Así de entre las funciones del Compliance Officer destaca la prevención, la detección y la información como cuestiones clave. Si bien desarrolla toda una serie de funciones que indicamos a continuación. Siguiendo su exposición tendríamos la gestión de riesgos de cumplimiento, el diseño de controles, el asesoramiento y la formación, la detección de deficiencias, y la información a la dirección. Dentro de cada una de ellas destaca:

- a) **Gestión de riesgos de cumplimiento:** el establecimiento del contexto, la identificación de riesgos, el análisis de riesgos, la evaluación de riesgos y el tratamiento de riesgos.
- b) **Diseño de controles:** establecer políticas y procedimientos, controles organizativos, controles de procesos y el Código de Conducta.
- c) **Asesoramiento y formación:** Implantación de nuevas normas, nuevos productos, servicios y proyectos, comunicación, formación y sensibilización, y resolución de incidencias.
- d) **Detección de deficiencias:** el plan de monitorización, las revisiones de cumplimiento, los indicadores de riesgo, las reclamaciones de los clientes y el canal de denuncias.
- e) **Información a la dirección:** el plan anual de cumplimiento, los informes periódicos de cumplimiento, los informes específicos de cumplimiento y la participación de cumplimiento en comités y órgano de control.

De forma muy parecida el *Libro Blanco de la Función de Cumplimiento*<sup>544</sup> relaciona sus funciones con distintos ámbitos como son las obligaciones, los riesgos, formación y concienciación, asesoramiento y reporte, canales internos de denuncia,

---

<sup>544</sup> El *Libro Blanco de la Función de Cumplimiento*, realizado por el Grupo de Trabajo compuesto por D. José Manuel Maza Martín y los Miembro de la Junta Directiva de ASCOM, coordinado por ALAIN CASANOVAS YSLA, publicado por ASCOM en marzo de 2017.

mantenimiento de documentación, y monitorización del programa de cumplimiento. Veámoslas en más profundidad a continuación.

1-En relación a la **función de Cumplimiento y las obligaciones de Cumplimiento:**

- a) Identificación de las obligaciones de Cumplimiento.
- b) Actualización de las obligaciones de Cumplimiento.
- c) Asignación de responsabilidades en cuanto a las obligaciones de Cumplimiento.
- d) Integración de las obligaciones de Cumplimiento en los procesos de negocio.

2-En relación a la **función de Cumplimiento y los riesgos de Cumplimiento.**

- a) La identificación de riesgos de Cumplimiento
- b) Análisis de riesgos de Cumplimiento.
- c) Evaluación de los riesgos de Cumplimiento.
- d) Identificación de los controles de Cumplimiento.
- e) Valoración de los controles de Cumplimiento.

3-En relación a la **formación y concienciación.** Respecto de la formación administra los recursos facilitados por la organización para impulsar los ciclos formativos oportunos. Y con independencia de lo anterior impulsará campañas de concienciación a fin de sensibilizar al personal de la organización sobre los riesgos de Cumplimiento y las políticas, procedimientos y controles dispuestos para su prevención, detección y gestión mediante el Programa de Cumplimiento que debe operar, siendo el Código Ético un texto fundamental a los efectos de promover la cultura de cumplimiento.

4-En relación al **asesoramiento y reporte.**

- a) el asesoramiento a la organización.
- b) los reportes operativos.
- c) las memorias anuales.
- d) las comunicaciones urgentes.

5-En relación a los **canales internos de denuncia** se determina el grado de responsabilidad sobre el mismo.

6-En relación al **mantenimiento de documentación**, se refiere tanto a la del programa de Cumplimiento como a la derivada de su ejecución, cuidando de que su acceso esté vedado a quien no tiene legitimidad para ello.

7-En relación a la **monitorización del programa de cumplimiento**, tiene como objetivo prevenir, detectar y gestionar el riesgo de incumplimiento de las obligaciones de Cumplimiento sobre las que se proyecta.

**a.3) El artículo 31 bis 2, 3<sup>a</sup> del CP. La elusión fraudulenta por las personas referidas en la primera vía de imputación.**

El referido artículo dispone que:

*“3.<sup>a</sup> los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y”*

Debemos convenir con QUINTERO OLIVARES<sup>545</sup> en que “la idea de fraude es de por sí confusa, pues evoca engaños propios de la deslealtad y de la actuación en el propio beneficio”. No compartimos en cambio su criterio de que ese “fraude” no tenga nada que ver con la RPPJ puesto que se parte del presupuesto de la existencia de un órgano de supervisión y control y de unos mecanismos establecidos en un programa de cumplimiento a fin de evitar precisamente que se cometan delitos o cuanto menos reducir al máximo la posibilidad de su comisión, así como medidas de detección y reacción. Es por ello, que a nuestro juicio esa idea de “fraude” sí engarza con la idea de efectividad del *Programa de cumplimiento*, pues una buena medida no puede ser aquella que sea muy fácil burlar.

---

<sup>545</sup> QUINTERO OLIVARES, G., “Artículo 31 bis”, AAVV QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) – MORALES PRATS, F. (coord.), Comentarios al Código Penal español, Tomo I (Artículo 1 a 233), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 397.

GONZÁLEZ CUSSAC<sup>546</sup>, entiende que atendida la considerable tradición en nuestra cultura jurídica en la que fraude implica siempre engaño, cabiendo diferentes tipos de engaño relevantes (modos determinados de engaño; engaño antecedente, coetáneo o posterior al acto; descritos en el contexto de procesos causales; etc.) invita a considerar típicos cualquier clase de engaño, y por ende, de fraude. Coincide con QUINTERO OLIVARES en que ese fraude puede ser contradictorio con el concepto de “en beneficio de la sociedad” (para quién parece que siempre llevará dicha correlación, a diferencia del primero para quien ello podrá ocurrir en algunas ocasiones).

Como señala la FGE<sup>547</sup> este requisito no existe para la eximente en la segunda vía de imputación, en la que solo se exige acreditar que su modelo era adecuado. Por lo que, para la primera vía de imputación, deberá acreditarse que el sujeto encargado de la vigilancia y control incumplió gravemente sus deberes, “*pero no es exigible recíprocamente a la persona jurídica que para eximirse de responsabilidad pruebe que el dependiente burló fraudulentamente el modelo de control*”.

La manera más gráfica, metafóricamente hablando, de concebir esta idea es la de decir que el directivo se ha “saltado con pértiga” todos los controles. Lo cual implica un nivel de exigencia de dichos controles y una acción “fraudulenta” para eludirlos, para engañar, para distraer, para falsear. Es el caso, por ejemplo, del directivo que no documenta correctamente, de acuerdo con lo exigido por el Programa de cumplimiento, ni ha seguido lo preceptuado, en el mismo, en una operación en la que ha cometido un delito de corrupción entre particulares. Habrá que ver, si las medidas implementadas eran idóneas, y existe una indirecta referencia a esa idoneidad en el sentido de que el directivo habrá necesitado hacer uso de engaño, de maquinación fraudulenta, para sortearlas. La pregunta que cabe hacerse es ¿Se refiere a un mero incumplimiento de lo preceptuado en el Programa de cumplimiento, como podría ser no presentar en plazo la documentación de una operación? O requiere además una maquinación para engañar, para “con fraude” sortear los controles que impone el Programa de cumplimiento? Que sería por ejemplo el supuesto de falsear el contenido de una operación económica. En ese caso, ¿hablaríamos de la exigencia de una conducta típica necesaria del Directivo?

<sup>546</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31bis, ter, quáter y quíñquies”, AAVV GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.) – MATALLÍN EVANGELIO, A. (coord.) – GORRIZ ROYO, E. (coord.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 187.

<sup>547</sup> Así, en su Circular 1/2016, la Fiscalía General del Estado, p. 41 y 42. Y añade que, en la práctica, la mínima diferencia que comporta la condición 3<sup>a</sup> del apartado 2 será relativa pues, a salvo las conductas imprudentes, difícilmente podrá acreditarse que un programa es eficaz si puede ser quebrado por los dependientes sin la concurrencia de una conducta que comporte algún tipo de fraude.

Lo cierto, es que a nuestro juicio ello no es así. Del redactado no necesariamente hay que entender que fraudulentamente ha sido a través de la comisión de un delito, pues estaríamos añadiendo un plus de exigencia para la exoneración de RPPJ. De tal suerte, que no sería exigido solo el quebranto de medidas impuestas, sino que además este quebranto supusiera una conducta tipificada como delito en el Código Penal por parte del directivo. En nuestra opinión no hay que ser excesivamente exigentes, pues entonces casi hablaríamos de la exigencia de dos delitos (en concurso medial) de la persona física para poder llegar a exonerar a la PJ. A nuestro juicio, bastará con que la elusión no fuera tan fácil que denotara unas medidas inidóneas. Lo cual manifiesta una relación de tensión entre las medidas del MOG y la conducta del directivo que delinque. Además, dicho requisito se anuda con una conjunción copulativa con la idea siguiente establecida en el artículo 31 bis 2, 4<sup>a</sup> del Código Penal.

#### **a.4) El artículo 31 bis 2, 4<sup>a</sup> del CP. La omisión o ejercicio insuficiente de la Función de Cumplimiento.**

En el mencionado artículo se exige que:

*“4.<sup>a</sup> 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.”*

Este precepto conecta con las obligaciones de la Función de Cumplimiento. Así, QUINTERO OLIVARES<sup>548</sup> destaca que se trata de una exigencia “armónica con el requisito de que se haya producido un grave incumplimiento de los deberes de control por parte de los sujetos responsables de ejercerlos. Por lo tanto, si el incumplimiento del control no ha sido grave no habrá obstáculo para rechazar la transferencia de RPPJ”.

En cuanto a sus obligaciones hay que señalar que, si bien ya existen estándares al respecto, como la ISO 19600, que como resalta GÓMEZ-JARA DÍEZ ofrece un criterio razonable respecto del contenido de dicha función, es ciertamente difícil

---

<sup>548</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *Op. Cit.*, p. 397.

adelantarse a la posible casuística. Así el contenido referido como estándar es el siguiente<sup>549</sup>:

- “a) identificar las obligaciones de cumplimiento penal con el apoyo de los recursos necesarios, y traducir esas obligaciones en políticas, procedimientos y procesos viables;
- b) integrar las obligaciones de cumplimiento penal en las políticas, procedimientos y procesos existentes;
- c) proporcionar u organizar apoyo formativo continuo a la plantilla para garantizar que todos los empleados relevantes son formados con regularidad;
- d) promover la inclusión de las responsabilidades de cumplimiento en las descripciones de puestos de trabajo y en los procesos de gestión del desempeño de los empleados.
- e) poner en marcha un sistema de información y documentación de cumplimiento.
- f) desarrollar e implementar procesos para gestionar la información, tales como las reclamaciones y/o comentarios recibidos de líneas directas, un canal de denuncias anónimas u otros mecanismos;
- g) establecer indicadores del grado de ejecución del cumplimiento penal y supervisar y mediar dicha ejecución;
- h) analizar el desempeño para identificar la necesidad de acciones correctivas;
- i) identificar los riesgos de cumplimiento penal y gestionar aquellos riesgos que relacionados con terceras partes, tales como proveedores, agentes, distribuidores, consultores y contratistas.

---

<sup>549</sup> Señala GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Vid. “La Culpabilidad de la persona...” Op. Cit.* pp. 195-196

*j) asegurar que el sistema de gestión de cumplimiento penal se revisa a intervalos planificados;*

*k) asegurar que hay acceso a un asesoramiento profesional adecuado para el establecimiento implementación y mantenimiento del sistema de gestión de cumplimiento penal.*

*l) proporcionar a los empleados acceso a los recursos de los procedimiento y referencias de cumplimiento penal;*

*m) proporcionar asesoramiento objetivo a la organización en materias relacionadas con cumplimiento penal.”*

En este apartado se refiere a la Función de Cumplimiento, de quien se exigirá para la exoneración de RPPJ que haya funcionado bien, y que el delito no sea consecuencia de su mal funcionamiento. Por “omisión” entendemos una acción que debía realizar y no realizó de acuerdo con el MOG, y por “ejercicio insuficiente” entendemos que se realizó la acción requerida por el MOG pero no con la exhaustividad, el rigor, y la preponderada necesidad de medios y dedicación que se exige de sus funciones de supervisión, vigilancia y control. De lo que podemos concluir que el fallo del *Compliance Officer* puede acarrear la imposibilidad de conseguir la exoneración de RPPJ en sede de Injusto. Nótese que no se está diciendo que el *Compliance Officer* tenga que delinquir, ni que actúe en connivencia con el directivo, sino que solo se dice que en el ejercicio de sus funciones no hizo algo que debía hacer o no lo hizo de la manera exigida (esperada). Lo cual nos lleva nuevamente a valorar la necesidad de la categoría dogmática de Culpabilidad, y la posibilidad de exonerar a la PJ en su sede. Por cuanto, en un supuesto en el que el directivo comete un delito de estafa eludiendo fraudulentemente los controles, pero resulta que ese día el *Compliance Officer*, inmerso en una depresión por su reciente divorcio que le provoca problemas de concentración y atención, omite por error realizar la comprobación de documentación a la que venía obligado por el *Programa de cumplimiento*. Hablamos de un fallo humano que no fuere delito en sí. En ese supuesto, la PJ en sede de Injusto no podría quedar exonerada de responsabilidad penal por cuanto no se cumpliría la condición 4<sup>a</sup> del artículo 31 bis 2 del CP. Sin embargo, todos entendemos que a la PJ no le era exigible

hacerle una pericial médica diaria al *Compliance Officer* para confirmar su óptimo estado de salud mental para su tarea. Ni tampoco exigiríamos a ese *Compliance Officer* que un día no se pueda equivocar y realizar un ejercicio insuficiente. Pues de ser así, estaríamos socavando la dignidad humana en el sentido de exigir que un ser humano se comporte como una máquina a la que nada humano le afecte (*errare humanum est*). De hecho, de acuerdo con lo que hemos expuesto parece que el legislador se refiera más bien a un fallo importante de las obligaciones de la Función de Cumplimiento. Ahora bien, en sede de tipicidad, tampoco sería lógico que, ante esa omisión o ejercicio insuficiente, con la producción del delito por el directivo se exonerare de responsabilidad penal a la persona jurídica. El *Programa de cumplimiento* no estaría funcionando correctamente, no estaría siendo *Effective Compliance Program*, por lo que no estaría anulando el Injusto. Por ello, sin perjuicio de una atenuación de la pena, en nuestra opinión, en sede de Culpabilidad cabría la exoneración de responsabilidad penal de la PJ, en tanto a la PJ no le era exigible más y tenía acreditada una Cultura de Cumplimiento al caso concreto.

Si bien en un principio, entendimos que la función de la norma es extender una cultura de cumplimiento, de cumplimiento en las empresas, ello significa que a la PJ se la condene por una concreta forma de ser o de no ser, sino porque ante un hecho concreto sobre el que tenía unos deberes no actuó correctamente, siéndole reprochable.

#### **b) En la segunda vía de imputación.**

Como veíamos se establece un régimen distinto de exoneración según se trate de la primera o de la segunda vía de imputación. En este apartado estudiamos las últimas, si bien en lo relativo al contenido e implementación del Programa de cumplimiento requerido nos remitimos al apartado anterior letra a) de este capítulo.

El referido artículo 31 bis 4 del CP dispone que: “*4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.*”

Aunque el nivel de exigencia es más bajo a nuestro juicio remite igualmente a un Compliance Program eficaz, y ello por cuanto repite los requisitos de eficacia y

adecuación con el fin de “prevenir” delitos de la misma naturaleza que el que fue cometido, y “reducir” de forma significativa el riesgo de su comisión.

La ausencia de los requisitos que veíamos para la primera vía de imputación lleva a concluir que en este apartado se establece de forma incuestionable que la existencia de un Programa de cumplimiento en los términos exigidos, ex artículo 31 bis 5 del CP, conlleva la exoneración, por cuanto se anula el Injusto. Ello es conseciente con el planteamiento de dos injustos distintos según la vía de imputación y una forma de exclusión del Injusto para cada una. Sin embargo, en esencia es lo mismo, la existencia de un Compliance Program eficaz anula el Injusto, aunque para la primera vía de imputación se exija la concurrencia de otros elementos.

Un matiz en relación con la previsión de actuación ex ante es que puede plantearse si no se le estará exigiendo a la PJ una forma concreta de “ser”. En nuestra opinión solo se le está exigiendo que antes de que se produzca el delito ese *Programa de cumplimiento* esté plenamente operativo, y ello podría producirse un minuto antes de la comisión del delito. Lo importante es que en el momento en que da inicio la comisión del delito la persona física, la PJ ya disponía de ese *Programa de cumplimiento*, y *estaba vivo en la PJ*. Y que además cubría lo necesario para ese delito en cuestión.

SERRANO ZARAGOZA<sup>550</sup>, en relación a los medios de prueba para acreditar la eficacia jurídico-económica del Modelo de Organización y Gestión podrá emplear las siguientes vías probatorias:

1) *Documental*, aportada por el representante de la PJ. Se trata de “*documentación interna de la empresa –generada u obtenida sin violación de derecho fundamental alguno y sin violar la legalidad vigente – objetivamente idónea para acreditar y probar en el marco del proceso penal la eficacia jurídico-económica del plan de cumplimiento normativo. Como concreción y materialización de dicha eficacia del programa, el referido representante también deberá aportar al proceso toda la documentación interna de la empresa objetivamente idónea para acreditar y probar el concreto hecho delictivo cometido, las personas físicas que han cometido o participado de algún modo en el citado hecho delictivo, así como para acreditar y probar el destino de los efectos del delito y permitir la recuperación de los mismos, todo ello con la*

---

<sup>550</sup> SERRANO ZARAGOZA, O., “Compliance y prueba de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como conseguir la exención de responsabilidad penal de una persona jurídica en el curso de un concreto procedimiento penal”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 6/2016, parte Estudio, Aranzadi (Cizur Menor) 2016, de 7 de junio de 2016.

*finalidad de restaurar en la mayor medida posible el orden jurídico perturbado a consecuencia de dicho delito”.*

2) Testifical<sup>551</sup>, mediante la aportación por el representante de la PJ de “*todas las personas que de algún modo puedan conocer y ofrecer datos concretos tendentes a acreditar la eficacia del programa, y derivado de ello, tendentes a esclarecer la realidad del hecho delictivo, la identidad de las personas implicadas en el mismo, así como del destino de los efectos del delito”.*

3) Periciales, con “*la aportación de algún informe de un experto referente a la eficacia jurídico-económica del programa de cumplimiento en relación al concreto delito cometido*”. Siendo “*especialmente relevante para probar en los casos de delitos consumados y teniendo en cuenta el análisis económico del defecto de organización anteriormente expuesto, que el programa de cumplimiento, tanto en su modalidad de prevención como de reacción era eficaz con anterioridad a la comisión del delito, y que, en consecuencia, el delito se pudo consumar debido a que los autores individuales que lo cometieron fueron especialmente hábiles para eludir fraudulentamente dicho programa de cumplimiento en su modalidad de prevención*”.

4) Adicionalmente, señala este autor que “*la colaboración con las autoridades de persecución penal en la práctica de las diligencias de investigación durante la fase de instrucción será un dato indiciario más de una adecuada organización en Compliance de la persona jurídica imputada*”.

### **c) Especial consideración para las PJ de pequeñas dimensiones.**

Vistas las exigencias establecidas, el legislador consciente de las dificultades que entrañan, dispuso una particularidad para las PJ de pequeñas dimensiones, que se recoge en el artículo 31 bis 3 del Código Penal:

“3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.<sup>a</sup> del apartado 2 podrán ser asumidas

---

<sup>551</sup> El autor destaca la especial relevancia que puede tener el *Compliance Officer* en su condición de testigo-perito.

*directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.”*

Ello ha venido siendo interpretado favorablemente por la mayoría de la doctrina. Así, ad ex, GONZÁLEZ CUSSAC<sup>552</sup> destaca que “la especialidad está plenamente justificada, e incluso el legislador podría haber sido más generoso con esta clase de empresas”, y apunta también motivos de constitucionalidad por la aplicación del principio *ne bis in ídem* en supuestos en los que es frecuente no poder diferenciar las esferas de responsabilidad de la persona física administrador único de la concerniente sociedad”.

GÓMEZ JARA-DIEZ ha resaltado que, si bien es cuestionable, el Código Penal remite con claridad a la normativa mercantil en tanto que el precepto dice que se consideran PJ de pequeñas dimensiones “*aquellas que según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada*”. Así en opinión de este autor el Código Penal remite al artículo 258 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital<sup>553</sup> que indica que:

“Artículo 258. Cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

*1. Podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes:*

*a) Que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros.*

*b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros.*

---

<sup>552</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31bis, ter, quáter y quíñquies”, AAVV GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.) – MATALLÍN EVANGELIO, A. – GÓRRIZ ROYO, E. (coords.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 189.

<sup>553</sup> Aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

*c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta.*

*Las sociedades perderán la facultad de formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior.*

*2. En el primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión, las sociedades podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada si reúnen, al cierre de dicho ejercicio, al menos dos de las tres circunstancias expresadas en el apartado anterior.”*

Por las características de la realidad española entorno a las PYMES tendríamos que convenir con GÓMEZ-JARA DÍEZ<sup>554</sup> en que hubiera resultado más adecuado diferenciar en función de la complejidad organizativa de la PJ que atender a los activos o a la cifra de negocio. Así este autor resalta que tal vez resultaría conveniente distinguir distintos niveles de exigencia en materia de *cumplimiento* según se trate de micro, pequeñas o medianas empresas.

La FGE<sup>555</sup> atendiendo también a la oportunidad de la modulación, necesaria, dice que “*estas pequeñas organizaciones podrán, por lo tanto, demostrar su compromiso ético mediante una razonable adaptación a su propia dimensión de los requisitos formales del apartado 5, que les permita acreditar su cultura de cumplimiento normativo, más allá de la literalidad del precepto y en coherencia con las menores exigencias que estas sociedades tienen también desde el punto de vista contable mercantil y fiscal.*”

---

<sup>554</sup> Se apoya en su argumentación con la Recomendación de la Comisión, de la UE 2003/361, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, o la Directiva 2013/34/UE, de 26 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresa. Señala que por ello la ISO 19600 adoptó forma de Directrices y no estándar certificable a fin de dotar a la comunidad internacional de un instrumento flexible. *Vid.* GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La Culpabilidad de la persona jurídica”, en BAJO FERNÁNDEZ, M. – FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015m de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 200 y ss.

<sup>555</sup> Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado, p. 50-51.

#### 4.2.2. La exclusión de la Culpabilidad de la persona jurídica: la implementación de una “cultura de cumplimiento”.

Como hemos venido desarrollando a lo largo de la obra, y en especial con lo que se ha visto en el apartado de Cumplimiento, hay que concluir que la acreditación de una Cultura de Cumplimiento en la PJ ha de provocar, en los términos del juicio de reprochabilidad expuesto en el apartado dedicado a la fundamentación de la RPPJ, sin ningún género de dudas la exculpación de la PJ.

Tal interpretación no es muy alejada de la que la propia FGE<sup>556</sup> hace cuando dispone que “*Los Sres. Fiscales concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación de tal manera que, detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la validez del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo*”.

Una lectura *a sensu contrario* de lo expuesto es que todas las PJ imputables deben proveerse de un *Programa de cumplimiento* en los términos exigidos en el artículo 31 bis 5 del CP, a fin de poder quedar exoneradas en sede de Injusto, si llegado el caso, un día se comete un delito vía artículo 31 bis 1 del CP. De tal manera, que lo interpretamos como un mandato directo del legislador a implementar *Cultura de Cumplimiento* a través de un *Effective Compliance Program* en las PJ. Como bien razona la Circular 1/2016 de la FGE el objetivo es que las PJ implementen una *Cultura de Cumplimiento*. Esto nos conecta a la idea de relación entre el *Compliance Program eficaz* y la Cultura de Cumplimiento. Nosotros, defendemos que el **Compliance Program eficaz tiene un carácter bifronte** puesto que de un lado es el instrumento que anula el Injusto (solo o junto con otros elementos según el caso), es decir actúa como eximente expresamente redactada, en el artículo 31 bis 2 (junto con otros factores) y en el artículo 31 bis 4. Y por otro es expresión de una *Cultura de Cumplimiento* en la PJ. Así, si se tiene un Compliance Program eficaz, vivo y actualizado en la PJ podemos inferir que en dicha PJ existe *Cultura de Cumplimiento*. Ahora bien, una PJ puede tener *Cultura de Cumplimiento* en relación con un delito en concreto, de tal forma que no sea reprochable el Injusto, y no disponer en cambio de un *Compliance Program eficaz*. Incluso puede tener desarrollada una *Cultura de*

---

<sup>556</sup> Vid. Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado, p. 64.

*Cumplimiento* en todos los ámbitos detectados en el mapa de riesgos, más allá de los riesgos puramente penales, si cabe, y no tener un *Compliance Program eficaz*, porque por ejemplo no cumple alguno de los requisitos para tener tal consideración, como podría ser por ejemplo en relación a la función de Compliance, etc., más no por ello dejará de tener una determinada Cultura de Cumplimiento<sup>557</sup>. Lo cierto es que ello supone que con un Programa de Cumplimiento que no da la talla del Compliance Program eficaz, o incluso una PJ que no disponga de ningún programa de cumplimiento, puede quedar exonerada de responsabilidad penal, si no le es reprochable el ilícito cometido<sup>558</sup>. Y ello ocurrirá, cuando en ese *Juicio de reprochabilidad* analizando el caso concreto y las medidas concretas implementadas observamos que no podía exigírsele más en ese concreto ámbito. Lo contrario sería irrazonable por cuanto sería tanto como obligar, sin que expresamente lo diga la Ley, a dotarse de unos costosos instrumentos que no todas las PJ tienen posibilidad y medios de implementar. Así retomando el ejemplo con el que empezábamos, la PJ a la que se la acusa de corrupción de particulares por la vía del artículo 31 bis 1 b) del CP, a pesar de no tener el Modelo de Organización y Gestión que le exigiría el artículo 31 bis 5 del CP para su exoneración, quedaría exonerada de responsabilidad penal por acreditar una cultura de cumplimiento en el caso concreto que supone que no podía exigírsele más en tal sentido. Así, en el supuesto en el que el delito se hubiera cometido a través de la segunda vía de imputación, si al trabajador se le explicó adecuadamente el riesgo de determinadas conductas que podían ser interpretadas como un delito y hay constancia de ello, se le formó en la manera correcta de proceder, y de evitar los riesgos, y se articularon medidas de control que funcionaron, no es razonable exigirle nada más a la PJ, pues tampoco habría conseguido evitar el delito de otro modo, ni siquiera teniendo el mejor de los *Compliance Programs Penales*, recordemos que el riesgo cero no existe. Además, en este caso concreto, el Canal ético tal vez no habría servido de nada, ni tampoco todo el resto de elementos requeridos para un *Compliance Program Penal*. Por ello, en sede de Culpabilidad hay que atender a lo reprochable, a lo exigible en términos razonables y al caso en concreto. La Cultura de Cumplimiento se habrá demostrado con esas “actuaciones” de la PJ. Al fin, además, lo que pretende el legislador es que se propague una Cultura de Cumplimiento en las PJ. Si lo que exigiera fuera que todas

---

<sup>557</sup> Si bien podrían caber distintos grados.

<sup>558</sup> Lo cual implicará que, por sus circunstancias y las del caso, tampoco le era exigible el *Compliance Program eficaz* para ser exonerada de responsabilidad penal.

tuvieran un *Compliance Program Penal* efectivo, constaría así en el Código Penal. Es por ello que cabe la exculpación de la PJ por tener acreditada una Cultura de Cumplimiento al caso concreto acreditado en un juicio de reprochabilidad.

Más allá de ese juicio de reprochabilidad en sede de Culpabilidad, podemos abordar qué elementos son indicadores de la existencia de una Cultura de Cumplimiento. Indicadores que pueden ser aplicables en todas las PJ, detectables por un observador objetivo y cuya existencia, tal vez, podría llegar a servir de común denominador en la valoración de la Cultura de Cumplimiento.

En este sentido, BONATTI BONET<sup>559</sup>, destaca que la norma UNE 19601 relaciona “*cómo podemos evidenciar la existencia de esta cultura de Compliance*”:

1. *Los miembros de la organización y stakeholders consideran que se han implementado los requisitos anteriores.*
2. *Los integrantes de la organización comprenden la relevancia de sus propias obligaciones y las de sus unidades de negocio.*
3. *Se remedian riesgos penales y no conformidades, se asumen y gestionan cuando es necesario.*
4. *Se valora el Compliance penal y sus objetivos*
5. *Se fomenta la comunicación del personal*
6. *Se reconoce y respeta la función de Compliance Penal”*

## 5. LA ATENUACIÓN DE LA RPPJ

### 5.1 Las atenuantes propias de la PJ.

Con carácter previo conviene señalar que no existe a nuestro juicio ninguna circunstancia atenuante de la persona física que tenga o pueda tener incidencia en la RPPJ. Es una consecuencia lógica y coherente con un sistema de RPPJ, como el

---

<sup>559</sup> BONATTI BONET, F., *Implementación y certificación de sistemas de Compliance Penal conforme a la norma UNE 19601:2017*, Lefebvre-El Derecho, en formato E-Book, p. 82.

español, de responsabilidades independientes y autónomas<sup>560</sup>. Así que, nuestro juicio solo cabe atender al análisis de las atenuantes propias de la PJ<sup>561</sup>. En este sentido debemos señalar que el Código Penal parece establecer dos tipos de atenuantes, unas referidas a un momento posterior a la comisión del delito, es decir *ex post*, que ya recogía la Ley 5/2010, de 22 de junio de reforma del Código Penal. Y otras que se refieren a un momento *ex ante* o coetáneo al de la comisión del delito. Tenemos que recordar aquí la importancia de la previsión y buen funcionamiento del llamado Comité de Crisis, o Comité de Gestión de Crisis, que tendrá una incidencia decisiva en la posibilidad de acreditar atenuantes para la PJ. Así tenemos que considerar tres tipos de circunstancias atenuantes para las PJ:

- a) las atenuantes vinculadas a las causas de justificación (*ex ante*),
- b) las atenuantes vinculadas a las causas de exculpación (*ex post*), y
- c) también las atenuantes vinculadas al proceso.

Analizar con atención el contenido y problemática aplicativa de cada una de ellas en profundidad desbordaría el objeto y propósito de esta tesis. Vamos a limitarnos a una aproximación, para a continuación profundizar en una circunstancia atenuante determinante para el objeto de nuestra tesis. Nos referimos al efecto atenuante que pueden tener los programas de cumplimiento cuando –según advierte el artículo 31 bis 2.4<sup>a</sup> del CP “solamente pueden ser objeto de acreditación parcial”.

Veamos a continuación las atenuantes *ex ante* o coetáneas a la comisión del delito.

### **5.1.2 Atenuantes *ex ante* del artículo 31 bis 2 último párrafo y del artículo 31 bis 4 último párrafo del Código Penal: La atenuación del Injusto de la Persona jurídica.**

---

<sup>560</sup> *Vid. Supra*, epígrafe 1. El Sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica en el Código penal español, en Segunda Parte: Fundamento y Exención de la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica.

<sup>561</sup> En relación con la posibilidad de unas atenuantes deanáloga significación, no están previstas y su aplicación es más controvertida, pero, aunque así fuera hablaríamos de aquellas que fueran propias de la PJ y no de la persona física.

Estas atenuantes están vinculadas a las Causas de justificación de la PJ: la atenuación del Injusto por acreditación parcial de los elementos requeridos para la eximente.

En nuestra opinión, las atenuantes están directamente relacionadas con las eximentes. Así en la eximente establecida en el artículo 31 bis 2 del Código Penal para la primera vía de imputación procede la atenuación si solo se consiguiera una acreditación parcial. Por ello, el mismo artículo dispone que:

*“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.”*

El concepto de acreditación parcial sugiere básicamente dos interpretaciones. En la primera, que es la acogida por la FGE<sup>562</sup>, entiende que “no significa que la existencia y aplicación de los mecanismos de control solo se haya probado parcialmente sino que no concurren todos los elementos y requisitos que indica el apartado, a la manera en que se ordena la atenuante 1<sup>a</sup> del artículo 21 del CP”. Es decir, que entiende que se refiere a una rebaja de las exigencias probatorias sino sustantivas, en el sentido de que el *Compliance Program* presentare algunos defectos, o que solo se hubiere acreditado “una 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”.

Ciertamente se plantean los siguientes problemas por un lado acerca de si tenemos que abordar la cuestión de forma cuantitativa o de forma cualitativa, y por otro lado si es exigible o no un mínimo para que el *Compliance Program* tenga el efecto atenuante, y si cabe una gradación de posibilidades atenuadoras en función del nivel de cumplimiento acreditado.

Respecto de la primera cuestión debemos pronunciarnos a favor de un criterio cualitativo pero sin perder de vista el cuantitativo.

Así cabe plantearse, si es lo mismo que una PJ tenga un *Compliance Program* que reúna todos los requisitos del artículo 31 bis 5, y solo ha tenido un fallo concreto que impide su exoneración en sede de Injusto, que otra que solo tenía un dossier con la identificación muy básica de los delitos que esa PJ podría cometer y no tenía absolutamente nada más. Es decir, ¿a partir de qué mínimo consideramos que hay un

---

<sup>562</sup> Vid. Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, p. 46.

*Compliance Program* con efectos atenuatorios? Dicha cuestión, a nuestro juicio no está bien resuelta y de *lege ferenda* haría falta una mayor concreción.

Otra cuestión importante, es si las consecuencias jurídicas han de ser mejores para los que mayor esfuerzo hicieron o no, en el sentido de conferirles un mayor grado de atenuación en sede de Injusto. Lo que no lleva a la idea de establecer una gradación. Recuérdese que, en sede de Injusto, con la redacción actual se entiende que solo existiría “una atenuante”, y, por lo tanto, de acuerdo con el artículo 66.bis del CP (en relación con el artículo 66 del CP) solo tendría el efecto que se prevé para una sola atenuante, es decir la aplicación en su mitad inferior. Desde una perspectiva de la proporcionalidad de la sanción entendemos que no pasaría el filtro deseable, y desde una perspectiva de política-criminal tampoco sería muy acertado por cuanto se estaría mandando el mensaje a las PJ de que, si no van a conseguir la eximente, se pueden asegurar la atenuante con mínimos, resultando absurdo entonces que la PJ haga mayores esfuerzos si acabará consiguiendo lo mismo que haciendo lo mínimo. Así, aunque ello en sede de Culpabilidad pueda tener su repercusión, lo cierto es que en sede de Injusto ya debería quedar resuelto.

Respecto de la primera gran cuestión nos inclinamos por una valoración de tipo cualitativo, pero ello sin perjuicio:

- 1) No queda clara la delimitación mínima que ha de tener un *Compliance Program* para actuar como atenuante.
- 2) No queda clara la gradación en la atenuación.

Respecto de la 1) Delimitación mínima que ha de tener un *Compliance Program* resulta necesario recordar que una PJ puede “comprar” un *Compliance Program Penal* por 150 euros (como ya se ha visto en algunas redes sociales). Lo cual, es a todas luces, ya solo por el precio, un disparate considerarlo como un instrumento concebido para cumplir la norma pero que por el motivo que sea no llega a la eximente. Tal sería el caso por ejemplo, del *Compliance Program* que reuniendo todos los requisitos del artículo 31 bis 5, no previó un concreto delito que finalmente se produjo. Sin duda, la atenuación plantea la duda acerca de si hay que exigir un mínimo de contenido en el *Compliance Program* para considerarlo atenuante, o vale cualquier cosa. Desde un

punto de vista de la prevención y de política-criminal no es lo mismo que una PJ implemente un *Compliance Program Penal*, que pueda resultar efectivo, que uno que a todas luces es mero maquillaje, de hecho ni tan solo eso. Ahora bien, hay que decidir si al que es mero maquillaje se le da o no el valor de atenuante. Antes de responder a esta cuestión conviene abordar la siguiente: 2) Deben valorarse igual, con el mismo grado de atenuación una PJ que presenta “cuatro papeles” para cubrirse, que la que tenía una Compliance Program Penal muy elaborado, pero al que le faltaban cosas, bien porque no estaba actualizado, bien por errores de diseño, bien por fallos en la ejecución, etc. En nuestra opinión no deben valorarse igual, y ello nos lleva a la necesidad de establecer de *lege ferenda* una gradación en la atenuación. Pues resulta necesario determinar en base a qué criterios objetivos en cada cas

En sede de Injusto no procedería la exoneración de RPPJ, y prima facie sí la atenuación. Ahora bien, ¿es esa atenuación igual para este caso que para aquel que exponíamos al principio de los Compliance Programs Penales a 150 euros? Es decir, ¿se van a beneficiar igual esas dos PJ con la misma consecuencia jurídica? No nos parece ni razonable ni proporcionado.

¿Entendemos que se refiere al conjunto de circunstancias o una a una individualmente? Nosotros lo interpretamos como que si alguna o varias circunstancias no han podido ser acreditadas totalmente ello atenuará la pena, como si se tratara de una sola circunstancia atenuante. Aunque, parece reproducir el esquema del artículo 21.1<sup>a</sup> del CP para las personas físicas, y pudiera llegar a asimilarse, *mutatis mutandis* a una eximente incompleta, pudiéndose buscar las mismas consecuencias análogas establecidas en el artículo 68 del Código Penal<sup>563</sup>, no lo estimamos procedente por cuanto tal rebaja de pena debería estar expresamente establecida en el CP. Es decir, con la imposición de una pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran, si bien parecería ajustarse más al precepto de una forma descriptiva de facto estaría produciendo una rebaja de la pena muy importante sin que ello venga expresamente dispuesto.

Estas atenuantes las entendemos, derivadas de la causa de justificación que constituyen los *Effective Compliance Programs* y que anulan el Injusto de la PJ. Como

---

<sup>563</sup> El artículo 68 del CP establece que: “En los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21, los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código”.

hemos visto al abordar la configuración del Injusto para las PJ, del mismo modo que el artículo 21.1<sup>a</sup> del Código Penal establece para las personas físicas la circunstancia atenuante:

*“Las causas expresadas en el artículo anterior (referida a las circunstancias eximentes del art. 20 del CP), cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”.*

Es lo que se conoce como eximente incompleta, y tiene por lo tanto unas consecuencias más beneficiosas que otro tipo de atenuante, de acuerdo con lo visto en el artículo 68 del CP.

Existe además una diferencia si nos referimos a la primera o segunda vía de imputación, puesto que para el caso del artículo 31 bis 1 a) del CP las circunstancias a las que se refiere el artículo 31 bis 2 del CP para eximir, son más exigentes que las establecidas en el artículo 31 bis 1 b) del CP. Es decir, para la primera vía de imputación se toma como marco de exigencia lo establecido en el artículo 31 bis 2 del CP:

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

*2.<sup>a</sup> la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;*

*3.<sup>a</sup> los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y*

*4.<sup>a</sup> 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.<sup>a”</sup>*

Lo cual implica que la acreditación parcial se refiera a estos cuatro elementos que de manera muy resumida diremos que son: tener un *Compliance Program Penal* eficaz, un Compliance Officer en condiciones, que la/s persona/s física/s hayan “saltado con pértiga” los controles, y que no exista una negligencia grave del Compliance Officer .

Mientras que, para la segunda vía de imputación, ex art. 31 bis 1b) del CP, solo se precisa tener un *Compliance Program Penal* eficaz.

Veamos en primer lugar la segunda vía de imputación, por cuanto así desarrollamos ya uno de los elementos requeridos para la primera vía de imputación por completo.

Así, la atenuación prevista en el artículo 31 bis 4, último párrafo del CP, la “*acreditación parcial de las circunstancias anteriores*” entendemos que solo puede ir referida al “*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*”. Y ello es así, por cuanto lo contrario sería un plus de exigencia irrazonable y contradictorio con su eximente. Por lo que, debemos atender al contenido de ese “Modelo de organización y gestión” que es el que se describe en el artículo 31 bis 5 del CP<sup>564</sup>.

Ello implica que, si no se acredita totalmente algún elemento del Compliance Program Penal exigible de acuerdo con lo expuesto en este trabajo, la PJ no podrá beneficiarse de la eximente sino de la atenuante (o eximente incompleta si asumimos tal tesis). Lo cual nos lleva a determinar a que se refiere exactamente esa “falta de acreditación total” del Compliance Program. En nuestra opinión, cabe dos interpretaciones: a) se refiere no tanto a la acreditación en el proceso de los elementos del Compliance Program Penal, sino a la existencia completa de los mismos, o b) se refiere solo a lo que se acredite en el proceso penal. Así, si vamos a un caso concreto, por ejemplo, en el que el mapeado de riesgos no preveía una modalidad delictual que finalmente se cometió, en relación con el Injusto podríamos señalar que no contenía lo exigido por el artículo 31 bis 5.1º del CP, y por lo tanto, desde esa perspectiva, la PJ no puede beneficiarse de la eximente del artículo 31 bis 4 del CP. Entonces, deberíamos valorar si procedería concederle en esta fase la circunstancia atenuante referida. En este caso, no estaríamos hablando de una forma de acreditación en el proceso, sino de que

---

<sup>564</sup> *Vid. ut supra*, con profundidad el epígrafe 2.3 Contenido de un *Compliance Program*, de la Primera Parte: Cumplimiento Penal y Exención de la Responsabilidad Penal.

analizado el Compliance Program se observa que no se previó ese concreto delito, en esa modalidad, y sin embargo, tiene todo lo demás correcto. Es decir, su Compliance Program Penal, contiene la identificación de todos los delitos, incluso de ese tipo de delitos, aunque no tan bien como sería exigible, tiene en cambio bien implementado un Canal de denuncias, los protocolos para la adopción de decisiones, etc. Incluso tiene la función de Compliance bien establecida. Sería este pues, un ejemplo claro de atenuación. Lo difícil está en determinar el *quantum* exigible de cumplimiento para que aunque no exima si atenúa. En nuestra opinión, y a falta de un criterio jurisprudencial o un mayor concreción por parte del legislador, la interpretación debe ser siempre favorable a la PJ en el sentido de entender que acreditación parcial puede significar que se tenía un mapeado de riesgos razonablemente bien hecho pero omitió el concreto delito que finalmente se cometió. Por ello, entendemos que siempre habrá un mínimo de exigibilidad del *Compliance Program*, cuyo nivel estaría siempre por encima del Compliance Program de “maquillaje” simple y vulgar. Pues de lo contrario estaríamos creando una patente de corso de diseños “fraudulentos” con la sola mira de conseguir la atenuación, cuando lo que pretende el legislador no es otra cosa que inculcar y extender la Cultura de Cumplimiento. Dicho de otra manera, una PJ que adquiera un *Compliance Program* estándar (en el sentido de que no ha sido hecho a medida), a muy bajo coste, para cubrirse un poco de responsabilidades en caso necesario, no debería tener el mismo valor que aquel que siendo implementado a conciencia por la PJ, y bien desarrollado en todo adolece de algún fallo que al caso concreto impiden considerarlo como instrumento que anule el Injusto, y que solo puede atenuarlo.

Tampoco queda claro si el fallo puede ser de un solo elemento o puede ser de varios, ni las distintas consecuencias para el caso en que se permitiera de varios elementos. Si atendemos al símil con la eximente incompleta del artículo 21.1<sup>a</sup> del CP para las personas físicas, observamos que el criterio puede ser muy parecido.

Sin embargo, no está determinado cómo deberá el Juzgador analizar el *Compliance Program* para dictaminar si existen o no ese mínimo exigible para la atenuación. Por lo que, de *lege ferenda* debería resolverse la cuestión señalando por ejemplo que el *Compliance Program* debe contener todos los elementos, y desarrollados, debe haber sido diseñado como un traje a medida e implementado a conciencia, y que a pesar de todos esos esfuerzos luego haya fallado de tal forma que evidencia que no era eficaz, que por ejemplo no se previó un delito que debía haber sido previsto, aunque si se previeron modalidades parecidas. Así, en esa tesitura debe

proyectarse un nivel de exigencia un poco alto, puesto que hablamos de elementos bastante objetivos y determinables. Y ante la duda, debería pronunciarse a favor de la atenuación de la RPPJ.

Otra posibilidad, sería que ante la acreditación mínima de algunos elementos se procediera a conceder la atenuación. Es decir, una PJ que ostenta solo un Canal de denuncias, bastante aceptable, y la figura del *Compliance Officer* aunque sin los niveles deseables de independencia y autonomía reales, pudiera ser beneficiaria de la atenuación por ello.

Una posible solución a todo ello, podría ser un tratamiento distinto, una distinta gradación en la atenuación en función de si hablamos de una verdadera eximente incompleta en un extremo y de una pequeña atenuación en el otro extremo. Sin embargo, para ello haría falta o una determinación jurisprudencial o una modificación legal.

En relación a la primera vía de imputación, del artículo 31 bis 1 a) del CP, vemos que la exigencia es mucho mayor para la exoneración, puesto que no solo se exige un *Compliance Program Penal* efectivo, sino que, además, se exige “el salto con pétiga” de la persona física, y el correcto funcionamiento de la “Función de Compliance”. Para esta primera vía a pesar de tener el *Compliance Program Penal*, que en la segunda vía de imputación bastaría para exonerar de responsabilidad penal a la persona jurídica, no sería suficiente para gozar de esa eximente. En nuestra opinión, dada la mayor dificultad de cumplir con todo lo requerido, lo más probable es que para delitos cometidos por la primera vía de imputación, se produzcan más atenuaciones que exoneraciones en sede de Injusto.

Respecto del contenido de esta atenuante GUTIÉRREZ PÉREZ<sup>565</sup>, entiende que si se da una laguna organizativa es porque en “*la estructura existía un defecto y ello no puede entenderse como acreedor de un efecto exoneratorio*”, sino como atenuante. A su juicio, si el fallo del control trae su causa en “*una carencia de personal, una falta de medios o recursos ostensible que impidieron su eficacia, el comportamiento de la PJ debería catalogarse como insuficiente para apreciar la eximente*”. Postula que ante la falta de criterios de valoración de los *Compliance Program* la solución que puede llegar a alcanzar en muchas ocasiones el órgano judicial pueda ser la de no apreciar la

---

<sup>565</sup> GUTIÉRREZ PÉREZ, E., “Los Compliance Programs como eximiente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La ‘eficacia e idoneidad’ como principios rectores tras la reforma de 2015”, en *Revista General de Derecho Penal* núm. 24, Iustel, Noviembre de 2015. p. 21 y 22.

eximente sino la atenuación por no acreditarse todos los elementos necesarios.

Por otro lado, se refieren a una actuación de la PJ *ex ante*, por lo tanto, no se contradice con lo establecido en el artículo 31 quáter del Código Penal, cuando dice “*solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal*”, en el que se establecen circunstancias atenuantes, todas ellas, *post delictum*.

### **5.1.2 Atenuantes ex post, del artículo 31 quater del Código Penal, vinculadas a las causas de exculpación de la PJ.**

Como veíamos al principio del epígrafe 5 existen tres tipos de circunstancias atenuantes, si bien ab origine el legislador solo parecía prever las que vamos a abordar a continuación. Así, el legislador en el año 2010, vino a introducir las cuatro atenuantes que vamos a ver a continuación, y venían caracterizadas como *numerus clausus* y *ex post*. La reforma de 2015, conserva intacto el redactado del 2010, motivo por el que ha sido objeto de distintas interpretaciones y críticas. Así el artículo 31 quáter del Código Penal<sup>566</sup> establece que:

**“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:”**

Sobre la palabra “Solo” ha provocado muchas críticas por parte de la doctrina<sup>567</sup>, e incluso por la FGE<sup>568</sup>. En nuestra opinión, dejando aparte que el redactado del

---

<sup>566</sup> Parece que el legislador hubiere escuchado la acertada crítica que hacia del sistema de atenuantes para la PJ anterior a la reforma de 2015 MORALES PRATS: «*La filosofía inquisitiva que subyace en el régimen de atenuantes es bien patente, y el mensaje es claro, si se ejerce el derecho de defensa y no triunfan los planteamientos absolutorios, el ejercicio de este derecho constitucional tarifa penalmente, con el efecto de no quedar al alcance del juzgador atenuante alguna. Desde luego la previsión del artículo 31 bis.4 parece poco respetuosa con los derechos constitucionales a la defensa y presunción de inocencia que recoge el artículo 24.2 CE, pero son los tiempos que corren, presididos por una cultura jurídica que cada vez más se desarrolla en desprecio de las garantías jurídicas*

<sup>567</sup> Ad ex., ZUGALDIA ESPINAR, J.M., considera defectuoso el catálogo de atenuantes, y que por violar la expresión “Solo” el principio de Culpabilidad debe tenerse por no puesta. Y que “*no tiene sentido – aparte de ser discriminatorio que para las personas jurídicas se impida la aplicación de la analogía a favor del reo y, por consiguiente, la posibilidad de aplicar una atenuante paralela a la genérica del artículo 21.7º CP, la de dilaciones indebidas o la de error de prohibición vencible*”. Vid. “España. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, AAVV ZUGALDÍA ESPINAR, J.M – MARÍN DE

conjunto se presta a diferentes interpretaciones, el término “Solo” induce, *prima facie*, a considerar el catálogo de atenuantes que anuncia como *numerus clausus*, lo cual plantea serias dificultades de encaje constitucional. Volveremos a ello más adelante.

Sobre la exigencia de que las actividades sean llevadas a cabo por los “representantes legales” supone la duda de qué ocurriría si tales circunstancias no fueran llevadas a cabo por esas personas sino por otras. Con acierto, GÓMEZ-JARA DÍEZ<sup>569</sup> plantea que es una cuestión importante a discernir si la actuación llevada a cabo por “la representación legal establecida en la Ley de Agilización Procesal” puede ser considerada válida a los efectos atenuantes. En nuestra opinión, es importante señalar que debe tenerse en cuenta qué, puede perfectamente ocurrir que el delito se cometa por la primera vía de imputación, y a esa concreta persona física, a la sazón representante legal de la entidad, no le convenga en su defensa realizar todas o ninguna de las actuaciones que podrían eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica. Lo cual, entendemos que además de plantear un serio conflicto de intereses iría en contra de lo que realmente busca el legislador, que es la implantación de una cultura de cumplimiento en la PJ. Por lo tanto, la interpretación que debe darse al precepto es la de una persona que actúe como representante de la sociedad, no exigiéndose que sea necesariamente la persona física concreta que constaba como representante legal de la entidad *ex ante*.

Acerca de la naturaleza jurídica de las atenuantes contenidas en el artículo 31 quater del CP, conviene señalar que, si bien nosotros situamos en la esfera de la

---

ESPINOSA CEBALLOS, E.B. (dirs.), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 238.

<sup>568</sup> Si bien como apunta ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., la Circular 1/2011 insta a los Sres. Fiscales a no aplicar la atenuante de dilaciones indebidas, lo cual a juicio de este autor es inadmisible por cuanto no superaría el test de constitucionalidad (también para la FGE). *Vid. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 140 y 141. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., considera también injustificable esta fuente de desigualdad, considerando que en última instancia se acudirá a algún tipo de analogía *in bonam partem*. *Vid. Fundamentos modernos de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, BdF, Buenos Aires, 2010, p. 495.

<sup>569</sup> Refiriéndose a lo establecido en los artículos 119, 120 y 784 bis de la LeCrim, que prevé un representante legal para acudir a los diferentes actos procesales. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, AAVV BAJO FERNÁNDEZ, M. – FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015m de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016., 225.

Culpabilidad, existen otros posicionamientos distintos como por ejemplo el de ZÁRATE CONDE y GONZÁLEZ CAMPO<sup>570</sup>, que las sitúan en la punibilidad.

En relación a la atenuante del artículo 31 quater a) del CP:

***“a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.”***

La expresión “*antes de conocer que el procedimiento judicial*” ha sido interpretado desde distintos puntos de vista, creándose una importante polémica<sup>571</sup> que puede ser resumida entorno a entender que ello requiere de un acto judicial o valdrían también las diligencias procesales. En nuestra opinión, en tanto que la propia FGE entiende que las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal “no imposibilitan la apreciación futura de la atenuante, por cuanto, en sentido estricto, no pueden considerarse procedimiento judicial”, debe atenderse a un criterio restrictivo que es el del acto judicial.

Esta atenuante de confesión, exige por un lado acudir a las autoridades, entre las cuales entendemos están la Policía, la Fiscalía y los Juzgado de Guardia, la FGE<sup>572</sup> añade que también ante autoridades administrativas, y añade que las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal no imposibilitan la apreciación futura de la atenuante por cuanto, en sentido estricto, no pueden considerarse procedimiento judicial.

Antes de conocer que el procedimiento judicial se dirija contra ella implica que debemos delimitar que entendemos porque la PJ *conozca*. GÓMEZ-JARA DÍEZ<sup>573</sup>

---

<sup>570</sup>ZÁRATE CONDE, A. – GONZÁLEZ CAMPO, E., *Derecho penal parte General*, Wolters Kluwer, Madrid, 2015, p. 414.

<sup>571</sup>GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., entiende que la forma correcta de enfocarlo sería de manera análoga a la persona física. “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, AAVV BAJO FERNÁNDEZ, M. – FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015m de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016., p. 232.

<sup>572</sup> Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, p. 53. En el mismo sentido se ha pronunciado FEIJOO SÁNCHEZ, quien además resalta que la importancia que el contexto regulatorio tiene para muchos delitos de las PJ así como la existencia de órganos de supervisión e inspección especializados tales como el mercado de valores, SEPBLAC, etc., conducen a estimar que puede bastar la comunicación al organismo administrativo poniendo como ejemplo, a la CNMV. FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, AAVV DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal. Operadas por las L.O. 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 131 y ss.

<sup>573</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, AAVV BANACLOCHE PALAO, J. – ZARZALEJOS NIETO, J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.,

entiende que la notificación debe dirigirse al representante legal de la entidad, no siendo válido a efectos de ese “conocimiento” el inicio de un procedimiento penal contra alguna de las personas físicas y su correspondiente notificación. En relación a la falta de delimitación de ante qué concretas autoridades permitiría que se diera una confesión ante una autoridad administrativa aunque estuviera abierto un proceso penal con anterioridad<sup>574</sup>.

Otra cuestión no menos importante es que el precepto no exige que el contenido de la confesión abarque hasta la completa y detallada delimitación de todos los hechos, la identificación de las personas físicas responsables, y la aportación de pruebas de todo ello. Sino que entendemos se permite una confesión muy básica<sup>575</sup>, aunque deberá contener lo mínimo necesario para que se pueda iniciar una investigación concreta. Así la descripción de los hechos y como lo han advertido, y la identificación de las personas que puedan. De tal forma que si un representante legal de una empresa, se presenta en Comisaría y manifiesta que viene a confesar un delito de daños informáticos de su PJ, describiendo los elementos del delito necesarios en el sentido de cómo cree que se ha producido, quien cree que puede haber sido, quien puede haber sido perjudicado, y la forma en la que lo han advertido sería suficiente. Debiendo recordar que ya existe una atenuante específica de colaboración. FEIJOO SÁNCHEZ<sup>576</sup>, distingue la confesión de la persona física aunque se trate de representante o administrador, y que solo le beneficiaría a ella, de la de la PJ, pues se trata de que la PJ confiese. La confesión presupone la comisión previa del delito por la PJ.

Especial interés recaba que la Circular 1/2016 de la FGE<sup>577</sup> establezca que los Sres. Fiscales “deberán solicitar la exención de la pena de la persona jurídica” si la PJ es quien detecta y comunica el delito a las autoridades. Y ello por cuanto hay que

---

*Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, p. 91.

<sup>574</sup> Así lo expresa GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, BdF, Buenos Aires, 2010, p. 496.

<sup>575</sup> MORALES PRATS ha destacado el nivel de exigencia de esta atenuante, “*que exige la confesión de la infracción misma, no solo de algunos elementos de la misma*”. Y estima que podría haberse articulado como una excusa absolutoria para la PJ por cuanto ello facilitaría la investigación instructora penal para determinar la persona física y su responsabilidad. Vid. MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal de las personas jurídica”, AAVV QUINTERO OLIVARES, G., *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 60.

<sup>576</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, AAVV DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal. Operadas por las L.O. 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 131 y ss. Debemos convenir con el autor que «*al igual que el delito sea un “hecho de la persona jurídica” la confesión también tiene que serlo*».

<sup>577</sup> Vid. Circular 1/2016, de la Fiscalía General del Estado, p. 54, 55, y 64.

conceder, dice, especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación, y puesta en conocimiento de la autoridad, puesto que ello evidencia no solo la validez del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo. Aquí vemos que la FGE habilita una vía de exoneración a la PJ por tener una Cultura de Cumplimiento al caso concreto. Exención que no está prevista en el artículo 31 bis 2 y 4 del Código Penal.

Por último, no podemos olvidar que la confesión de la PJ implica a su vez la puesta en conocimiento de un delito de la/s persona/s física. Es decir, que se da una puesta en conocimiento ante las autoridades de dos delitos, como mínimo, el de la persona física y el de la persona jurídica. GÓMEZ MARTÍN<sup>578</sup>, entiende que a pesar de que la confesión o la reparación deban realizarse “*a través de la representación legal de la sociedad no significa que haya de ser necesariamente el representante quien la lleve a cabo en persona*”.

Desde otra perspectiva, GOENA VIVES<sup>579</sup>, señala que debe ser una confesión completa y veraz, y entiende que para su atenuación requiere de la concurrencia del requisito temporal, es decir del límite cronológico-temporal para que sea pronta o “*timely*”. Aunque admite un razonable retraso en reportar el delito a las autoridades, mientras se están llevando a cabo las investigaciones internas sobre la posible existencia de una infracción.

En nuestra opinión conviene señalar dos cuestiones sobre la prontitud en la actuación de la PJ. Así en primer lugar, desde nuestra concepción del modelo de RPPJ y el fundamento de las mismas, la “reacción” de la PJ cumple unos tiempos que necesariamente son más largos que los de una PF. Además de la necesaria comprobación e investigación, deberá también analizar cuál es su posición ante los hechos y estudiar que opción le conviene más, pues negarle ese derecho sería negarle el Derecho de Defensa mismo. Por lo que, la confesión de la PJ seguramente obedecerá siempre más a un cálculo legal que las motivaciones internas que se conjugan en la PF. Es decir, aun y con la PJ más cumplidora, con el mejor ECPP visto, y la Cultura de Cumplimiento plenamente desarrollada, viva e implantada en la PJ, seguramente

---

<sup>578</sup> GÓMEZ MARTÍN, V., “Compliance y derechos de los trabajadores”, AAVV, KUHLEN, L. – MONTIEL, J.P. – ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2013, p. 145.

<sup>579</sup> GOENA VIVES, B., *Responsabilidad penal y atenuantes en las personas jurídicas*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 287 y ss. A pesar de las dificultades que su enfoque nos pueda suponer, tan alejado del nuestro en aspectos tan importantes como, por ejemplo, lo relativo al modelo de RPPJ y el fundamento de la misma, debemos tener en consideración varios elementos de su brillante trabajo.

sucederá que ante el conocimiento de un delito deberán realizar todo un proceso que además de consumir recursos económicos, personal y materiales, también consumirá tiempo.

En relación a la atenuante de:

***“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.”***

La entendemos muy vinculada a la anterior, especialmente por cuanto si el representante legal de la PJ en el momento de la “confesión” aporta los datos necesarios para identificar a la persona física, y los datos que permiten “esclarecer las responsabilidades penales” debería ser tenida como tal. A priori, del redactado cabe colegir que podría darse un solapamiento entre esta circunstancia atenuante y la anterior si entendemos que la confesión, como bien señala GÓMEZ MARTÍN<sup>580</sup>, será un “*medio probatorio nuevo y decisivo*”. Aunque esta atenuante parece referirse a un momento en el que el procedimiento judicial ya se dirige contra la PJ. Para la FGE se exige la aportación “*al procedimiento de material probatorio inédito, y que además sea concreta y particularmente eficaz*<sup>581</sup>”. Y añade que “*la simple prueba de carácter accesorio o que tan solo sirva para apuntalar hechos suficientemente acreditados por otros medios, no integra el sustrato fáctico de la atenuante, que está orientada más hacia los resultados de la colaboración que hacia los esfuerzos por la misma*”. En este punto tenemos que convenir con la FGE, y en que genera una tensión entre la defensa de la persona física y la PJ “cuya finalidad es facilitar la investigación de los delitos y optimizar la eficacia y pronta resolución del procedimiento penal. Ceteramente GÓMEZ-JARA DÍEZ<sup>582</sup>, resalta que esta atenuante junto con la cuarta viene a constituir “*la máxima expresión de la autorregulación regulada, y ambas, sin duda, están*

---

<sup>580</sup> GÓMEZ MARTÍN, V., “Compliance y derechos de los trabajadores”, AAVV, KUHLEN, L. – MONTIEL, J.P. – ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2013, p. 146.

<sup>581</sup> Vid. Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado, p. 54.

<sup>582</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, BdF, Buenos Aires, 2010, pp. 496-497.

*llamadas a desempeñar un papel fundamental en la aplicación de este tipo de responsabilidad”.*

Debemos convenir con FEIJOO SÁNCHEZ<sup>583</sup> en que la *colaboración con efectos atenuatorios* puede ser consecuencia de “una iniciativa propia o a solicitud de las autoridades, puesto que en cualquiera de los dos casos lo que será relevante es la valoración de la importancia de las pruebas aportadas”. Si bien para GÓMEZ-JARA DÍEZ<sup>584</sup>, “*para la apreciación de esta atenuante no se requiere ningún elemento de auto-inculpación, ni tampoco que las pruebas o testimonio que se aporten estén referidos al colaborador, sino que puede referirse a terceras personas – en la mayor parte de las ocasiones, personas físicas-.*”

La manera en que se debería producir esta colaboración no queda determinada, aunque parece exigirse no un esfuerzo colaborador sino unos resultados. La exigencia de que las pruebas sean *decisivas*, como acertadamente apunta FEIJOO SÁNCHEZ<sup>585</sup>, proyecta la atenuante a la consecución de los resultados obtenidos por la colaboración, «*diluyendo su posible contenido simbólico y convirtiéndola en una atenuante más bien instrumental que persigue la facilitación de la labor judicial*». Pudiendo ocurrir como acertadamente resalta GÓMEZ-JARA DÍEZ<sup>586</sup> que a pesar de existir la máxima colaboración de la PJ las pruebas suministradas ya obraban en la investigación oficial o que esclarezcan hecho pese a no esclarecer directamente las responsabilidades. Por lo que, como señala DOPICO GÓMEZ-ALLER<sup>587</sup>, el término pruebas nuevas y decisivas “*debe ser interpretado dentro de la lógica promocional del precepto: lo determinante*

---

<sup>583</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, AAVV DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal. Operadas por las L.O. 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 131 y ss. Si bien existen voces discrepantes que entienden que la colaboración solo puede ser producto de la propia iniciativa de la PJ, «*no pudiendo atenuar la entrega de aquellos elementos que ya se conocían o que son requeridos en el curso de la actuación judicial*», así ROMA VALDÉS, A. (dir.) AAVV, *Código penal comentado. Comentarios tras las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo*, Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2015, p. 88.

<sup>584</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, AAVV BAJO FERNÁNDEZ, M. – FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015m de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 237.

<sup>585</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal ...”, *Op. Cit.*, p. 132.

<sup>586</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos...*, *Op. Cit.*, p. 497. En el mismo sentido MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, AAVV QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 60, quien además señala la elevada exigencia de la atenuante así como la indeterminación del momento procesal, entendiendo que cabría su presentación incluso en el trámite de cuestiones previas del Procedimiento Abreviado, justo antes de la celebración del plenario.

<sup>587</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. *Memento*, marginal 1198. Citado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Op. Cit.*, *Tratado...*, 2<sup>a</sup> ed., 2016, p. 239, nota 32.

*es que desde la perspectiva de la persona jurídica sean pruebas nuevas y decisivas aunque finalmente en términos objetivos se revele que no eran nuevas (porque la acusación ya tenía acceso a ellas) o que no eran decisivas (porque la acusación ya tenía el material probatorio suficiente antes de contar con ellas)".* Ciertamente, ello plantea para la defensa una situación compleja por cuanto habrá de valorar la oportunidad de colaborar en términos de aportar algo con lo que obtener esta atenuante, o no hacerlo si no tiene la garantía o cuanto menos una expectativa realista de obtenerla. Pues en su legítima estrategia defensiva entendemos que es libre de no hacerlo. Suponemos que la intención del legislador era la de dejar fuera meras colaboraciones insustanciales, vacías de un contenido eficaz para la investigación. Y, por otro lado, nadie mejor que la PJ puede aportar lo acontecido en su seno, así como el resultado de sus investigaciones internas<sup>588</sup>.

De nuevo FEIJOO SÁNCHEZ entiende que lo importante es que exista un mejor conocimiento de lo que ha sucedido, aplicable al esclarecimiento de las responsabilidades penales de la propia PJ que a su vez pueden ser incriminatorias para personal de la misma (directivos o empleados), pudiéndose prever conflictos de intereses entre personas físicas y jurídicas. Con todo este autor propone que sea aplicable la atenuante siempre que la colaboración permita conocer mucho mejor los hechos, aunque sigan sin disiparse las dudas sobre los responsables de los mismo. Destaca así mismo el importante papel que juegan los *Compliance Program*, habida cuenta que una empresa que detecta los delitos y los denuncia es una empresa cumplidora de la legalidad, en cuyo caso carecería de sentido la imposición de sanción alguna, aunque fuere mínima.

Con todo, esta atenuante no está exenta de problemáticas<sup>589</sup>, y tal vez cabría la posibilidad de que se concretara un poco más como debe ser “esa colaboración”, bien a través de la FGE, como ya ha venido apuntando algún autor, o algún otro mecanismo que dé más seguridad jurídica.

---

<sup>588</sup> Sobre la complejidad que suscitan las investigaciones internas nos remitimos al apartado dedicado al *Compliance Program*, *Vid. infra*.

<sup>589</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., expone que los problemas advertidos en la práctica internacional afectan a la aplicación de esta atenuante: En primer lugar, “renuncia de la cláusula de confidencialidad abogado/cliente”, “En segundo lugar, será la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal los que determinen unilateralmente si la empresa ha cumplido o no, sin que ésta tenga oportunidad judicial o extrajudicial alguna de cuestionar dicha determinación”. En tercer lugar, en ordenamientos extranjeros incluso se ha exigido a las empresas que, en contra de sus contratos previamente firmados, no abonarán los gastos de defensa de sus empleados.” *Vid. “La atenuación...”*, *Op. Cit.*, p. 241.

En relación a los efectos atenuantes que puedan producir las pruebas aportadas por uno de los sujetos que haya actuado materialmente, y que hubiera hecho esa aportación por su cuenta, pensando solamente en alcanzar su atenuación personal, QUINTERO OLIVARES<sup>590</sup> entiende que no sería proporcionado extender la atenuación a la persona física y a la jurídica. Lo cual a nuestro juicio plantea la posible colisión de intereses entre la persona física y la jurídica en un momento dado. Si bien, entendemos acertada la posición de este autor, debiera preverse como solucionar este conflicto de intereses, pues está claro que la persona física siempre laborará *pro domo sua*.

Especial interés recaba, como señalaba FEIJOO SÁNCHEZ<sup>591</sup>, que a diferencia de lo que ocurría antes ahora la PJ no tiene la obligación de colaborar con las autoridades administrativas que pueden trasladar la información obtenida a un proceso penal, ni con la propia investigación penal, como resultado del Derecho a no colaborar, que entendemos forma parte del propio Derecho de Defensa.

Respecto de la atenuante de:

***“c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito”.***

La reparación del daño antes del juicio oral es un concepto ya conocido por su aplicación de antaño a las personas físicas, ex art. 21.5<sup>a</sup> del Código Penal. Para su interpretación la FGE<sup>592</sup> considera ya bien delimitadas sus exigencias por la hermenéutica del Tribunal Supremo.

GOENA VIVES<sup>593</sup>, profundiza en una reinterpretación de la RPPJ, a fin de encontrar una solución a lo que ella entiende es un “fraude de etiquetas” en el que incurre el legislador para llamar “penas” a lo que ella entiende que son unos “correctivos”. En la misma línea entiende que no procede llamar “atenuantes” a lo que

---

<sup>590</sup> QUINTERO OLIVARES, G., “Libro I: Título II, art. 31 quater”, AAVV QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) – MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al código penal español. Tomo I. (artículo 1 a 233)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 408

<sup>591</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Op. Cit.*, p. 134.

<sup>592</sup> *Vid. Circular 1/2011*, de la Fiscalía General del Estado, p. 54. Dónde cita las Sentencias del Tribunal Supremo nº842 de 31 de julio de 2006, y nº 307 de 15 de febrero de 2007, 1140/2010 de 29 de diciembre, 1185/2020 de 23 de diciembre y 1180/2010 de 22 de diciembre.

<sup>593</sup> GOENA VIVES, B., *Responsabilidad penal y atenuantes en las personas jurídicas*, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 278 y ss. A pesar de las dificultades que su enfoque tan alejado del nuestro en aspectos tan importantes como, por ejemplo, en cuanto al modelo de RPPJ y el fundamento de la misma plantean conviene tener en consideración algunos aspectos de su brillante trabajo.

ella entiende son “circunstancias que en realidad operan como equivalentes funcionales de los correctivos”. Respecto de esta atenuante señala que en la experiencia comparada en Alemania se puede entender como una atenuación o como una renuncia a la pena y en Estados Unidos y Reino Unido como una pena o como una medida pactada.

FEIJOO SÁNCHEZ<sup>594</sup> resalta que la diferencia con el artículo 21. 5<sup>a</sup> del CP para la persona física es que no solo se exige reparar el daño causado a la víctima sino todos aquellos causados por el delito, extendiéndose así a todos aquellos bienes colectivos o supraindividuales.

Con acierto señala GÓMEZ-JARA DÍEZ<sup>595</sup> que de cara al futuro habrá que resolver cómo entender cumplida esta atenuante cuando se trata de daños presentes y futuros como puede ser tras un delito medioambiental la limpieza del área afectada por un vertido a lo largo del tiempo. El mismo autor destaca la importancia que cobra en este punto que el “plan de respuesta” en el marco de la gestión de la crisis.

QUINTERO OLIVARES<sup>596</sup>, recuerda que hay que tener en cuenta que existe una previsión legal de atenuación de la pena para casos de espontánea reparación del daño causado, en delitos que pueden cometer PJ, como es lo establecido en el artículo 340 del CP<sup>597</sup> en relación con los delitos penados en el Título XVI del Libro II.

Respecto de la atenuante de:

***“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”.***

La FGE<sup>598</sup> interpreta que es una exigencia de reorganización preventiva e investigadora para las PJ, y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y/o evitar, y en su caso, descubrir delitos. Descartando que puedan aceptarse operaciones de

<sup>594</sup> Señala además la misma posibilidad de transaccionar que existe para las personas físicas. *Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Op. Cit., p. 134.*

<sup>595</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La atenuación de la responsabilidad penal...”, *Op. Cit.*, p. 241. En este punto señala este autor la especial relevancia que puede tener la mediación penal.

<sup>596</sup> QUINTERO OLIVARES, G., “Libro I: Título II, art. 31 quater”, AAVV QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) – MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al código penal español. Tomo I. (artículo 1 a 233)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 408.

<sup>597</sup> Así el artículo 340 del CP dispone: “Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas”.

<sup>598</sup> *Vid. Circular 1/2011, de la Fiscalía General del Estado, p. 55.*

“simple mejora de imagen empresarial” sí se postula a favor de una interpretación no excesivamente formalista fin de poder valorar tales medidas en abstracto con una aptitud razonable. Cabe preguntarse si se está refiriendo a un protocolo concreto que lo habría evitado, disminuido, dificultado, prevenido, o detectado.

Antes de la reforma de 2015, FEIJOO SÁNCHEZ<sup>599</sup> ya destacaba que la adopción de dichas medidas tenían un doble efecto pues de un lado permitían la atenuación, que podría llegar a ser muy cualificada en virtud del esfuerzo emprendido, y convierte en innecesaria la opción por las sanciones interdictivas. Con acierto señalaba ya este autor que no se ha previsto el seguimiento del proceso de reestructuración con posterioridad a la sentencia.

Ahora bien, no queda bien delimitado con qué criterios se valorará “la bondad de la implementación de dichas medidas”. En este sentido MORALES PRATS<sup>600</sup> también antes de la reforma de 2015 señalaba que debería hacerse a través de una pericial. Lo que si parece razonable es la posibilidad de apoyarse con el Ministerio Fiscal a fin de que, con anterioridad al Juicio Oral pudiera emitir su parecer sobre la idoneidad de las medidas, pues solo faltaría que tras ese esfuerzo no se valoraren como es debido. Como vemos, esta atenuante entra, como en la atenuante de confesión, y muy probablemente también en la de colaboración, en conflicto con una eventual defensa numantina en pro de la exoneración de responsabilidad penal de la PJ. En cambio, la reparación puede efectuarse sin perjuicio de postular una eximente.

### 5.1.3 La circunstancia atenuante de dilaciones indebidas.

Si bien existe un amplio sector doctrinal<sup>601</sup> que ha venido concibiendo las atenuantes como un catálogo cerrado y tasado, nosotros entendemos que el redactado

---

<sup>599</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Op. Cit.*, p. 134.

<sup>600</sup> MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, AAVV QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, p. 61.

<sup>601</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, B., FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Op. Cit.*, pp. 129 y ss; GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción*, pp. 145 ss; El mismo, *Revista Jurídica de Castilla y León* 2011, pp. 83 ss; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Diario La Ley* 2010, p. 6; El mismo, *Responsabilidad*, p. 89, Circular 1/2011 de la FGE, pp. 51, 109. Y en sentido contrario, BACIGALUPO SAGGESE, *La Ley* 2011, p. 6. Citados por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, AAVV BAJO FERNÁNDEZ, M. – FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas*

del artículo 31 quáter permite otra interpretación en el sentido de que no dice que no quepan otras circunstancias atenuantes, sino que unas concretas conductas que el precepto señala, realizadas *ex post* y (sólo) a través de los representantes legales de la PJ, sólo pueden tener la consideración de atenuantes (y no la de eximentes). Y ello en el sentido de que ninguna otra actuación que realizare la PJ *ex post*, que no sea las que contiene el precepto, podrían ser tenidas como atenuantes. Se trata de un mandato concreto en relación con la implantación de una Cultura de Cumplimiento en la PJ. De tal suerte, que tal concepción no impide apreciar la existencia de atenuantes *ex post* no relacionadas con la actuación de la PJ, como podría ser las dilaciones indebidas – en tanto que deben ser consideradas sujeto pasivo del proceso penal en el que se las acusa-, superando así los problemas de constitucionalidad planteados. Además, con esta interpretación del artículo 31 quáter no se genera ningún tipo de fricción con la atenuación *ex ante*, (eximente incompleta) prevista en los artículos 31 bis 2 y 4 del CP. Este planteamiento quebraría la concepción de “*numerus clausus de circunstancias atenuantes*”, cuestión que era muy criticada por gran parte de la doctrina<sup>602</sup>, e incluso por la FGE<sup>603</sup> que en su Circular 1/2011 ya criticaba la interpretación a la que parecía apuntarse teniendo en cuenta la Exposición de Motivos y el precepto. Aun y con la interpretación que proponemos, consideramos necesario, que de *Lege Ferenda*, se proceda a un nuevo redactado del artículo 31 quater, en el sentido expresado. Así el nuevo precepto podría decir: “Las siguientes actividades, realizadas por representantes de la persona jurídica y con posterioridad a la comisión del delito, serán consideradas circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica (...”).

---

*jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015m de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016., p. 223, nota 4.

<sup>602</sup> Ad ex., para GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., puede plantear no pocos problemas de constitucionalidad si se compara con el catálogo más amplio contemplado para las personas físicas, *vid.* “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, AAVV en BAJO FERNÁNDEZ, M. – FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015m de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016., p. 222 y ss.

<sup>603</sup> *Vid. Circular 1/2011* de la Fiscalía General del Estado, p. 51 y ss.

## **TERCERA PARTE: INVESTIGACIÓN CUALITATIVA.**

### **1. Concepto de Investigación Cualitativa.**

La investigación cualitativa es un método que trata de llegar a un conocimiento al que solo es posible llegar a través de unos determinados caminos, con una actitud y unos procedimientos distintos de los que se utilicen con otras metodologías de investigación. A través de la investigación cualitativa el investigador puede alcanzar a conocer de primera mano una realidad que de otra forma no se mostraría, y con una gran profundidad, aunque puede ser variable en función del caso. Existen diferentes definiciones aportadas por los distintos autores especialistas en la materia, de ellas nos gustaría centrarnos en la que efectúa VERA VÉLEZ<sup>604</sup>: “*la investigación cualitativa es aquella donde se estudia la calidad de las actividades, relaciones, asuntos, medios, materiales o instrumentos en una determinada situación o problema. La misma procura por lograr una descripción holística, esto es, que intenta analizar exhaustivamente, con sumo detalle, un asunto o actividad en particular. A diferencia de los estudios descriptivos, correlacionales o experimentales, más que determinar la relación de causa y efectos entre dos o más variables, la investigación cualitativa se interesa más en saber cómo se da la dinámica o cómo ocurre el proceso de en qué se da el asunto o problema*”.

La investigación cualitativa se caracteriza además por tener unos elementos propios que la distinguen claramente de otras metodologías de investigación. Así, TAYLOR y BOGDAN<sup>605</sup>, sintetizan los criterios definitorios de los estudios cualitativos de la siguiente manera:

“1.- *La investigación cualitativa es inductiva: Así, los investigadores:*

- *Comprenden y desarrollan conceptos partiendo de pautas de los datos, y no recogiendo datos para evaluar hipótesis o teorías preconcebidas.*
- *Siguen un diseño de investigación flexible*
- *Comienzan un estudio con interrogantes vagamente formulados*

---

<sup>604</sup> VERA VÉLEZ, L., *Vid.* <http://www.ponce.inter.edu/cai/Comite-investigacion/investigacion-cualitativa.html>

*Vid.* <http://www.ponce.inter.edu/cai/Comite-investigacion/investigacion-cualitativa.html>

<sup>605</sup> Citado por QUECEDO LECANDA, R. – CASTAÑO GARRIDO, C., 2002. "Introducción a la metodología de investigación cualitativa". *Revista de Psicodidáctica*, núm. 14, Universidad del País Vasco, Vitoria, 2002, pp. 5-39. *Vid.* en <http://www.realyyc.org>

*2.- Entiende el contexto y a las personas bajo una perspectiva holística:*

- Las personas, los contextos o los grupos no son reducidos a variables, sino considerados como un todo
- Estudia a las personas en el contexto de su pasado y en las situaciones en las que se hallan.

*3 . - Es sensible a los efectos que el investigador causa a las personas que son el objeto de su estudio:*

- Interactúan con los informantes de un modo natural. Aunque no pueden eliminar su influencia en las personas que estudian, tratan de controlarla y reducirla al mínimo. En la observación tratan de no interferir en la estructura; en las entrevistas en profundidad, siguen el modelo de una conversación normal, y no de un intercambio formal de preguntas y respuestas.

*4 . - El investigador cualitativo trata de comprender a las personas dentro del marco de referencia de ellas mismas:*

- Trata de identificarse con las personas que estudia para comprender cómo experimentan la realidad. Busca aprehender el proceso interpretativo permaneciendo distanciado como un observador objetivo y rechazando el papel de unidad actuante.

*5 . - El investigador cualitativo suspende o aparta sus propias creencias, perspectivas y predisposiciones:*

- Ha de ver las cosas como si ocurrieran por primera vez, nada se ha de dar por sobrentendido.

*6 . - Todas las perspectivas son valiosas:*

- No se busca “la verdad o la moralidad”, sino una comprensión detallada de las perspectivas de otras personas.

*7 . - Los métodos cualitativos son humanistas:*

- Los métodos con los que se estudia a las personas influyen en cómo se las ve. Si reducimos las palabras y los actos a ecuaciones estadísticas, se pierde el aspecto humano. El estudio cualitativo permite conocer el aspecto personal, la vida interior, las perspectivas, creencias, conceptos..., éxitos y fracasos, la lucha moral, los esfuerzos...

*8 . - Los estudios cualitativos dan énfasis a la validez de la investigación:*

- Aseguran un estrecho ajuste entre los datos y lo que realmente la gente hace y dice. Observando a las personas en su vida cotidiana, escuchándoles hablar sobre lo que tienen en mente, y viendo los documentos que producen, el investigador cualitativo

*obtiene un conocimiento directo, no filtrado por conceptos, definiciones operacionales y escalas clasificadorias.*

• *Subrayan la validez, frente a los cuantitativos que hacen hincapié en la confiabilidad y reproductividad de la investigación. El estudio cualitativo es una investigación sistemática y rigurosa, no estandarizada, que controla los datos que registra. No obstante, al pretender producir estudios válidos del mundo real no es posible lograr una confiabilidad perfecta.*

9 .- *Todos los contextos y personas son potenciales ámbitos de estudio:*

• *Todos los contextos y personas son a la vez similares y únicos. Son similares en el sentido que entre cualquier escenario o grupo de personas se pueden encontrar algunos procesos sociales de tipo general. Son únicos por cuanto que en cada escenario o a través de cada informante se puede estudiar de mejor modo algún aspecto.*

10 .- *La investigación cualitativa es un arte:*

• *La investigación cualitativa es flexible en cuanto al modo de conducir los estudios. Se siguen lineamientos orientadores, pero no reglas. Los métodos están al servicio del investigador; el investigador no está supeditado a un procedimiento o técnica.”*

Veamos a continuación de dónde surge este interesante instrumento de investigación de realidades humanas.

## **2. Breve historia he la Investigación Cualitativa.**

Señala VALLÉS<sup>606</sup> que “*no hay un único relato histórico que documente, de manera comprehensiva e indiscutible, la génesis y desarrollo de la perspectiva metodológica cualitativa en las ciencias sociales (ni en todas en conjunto, ni en ninguna de ellas por separado)*”. Por lo que profundizar en ello desbordaría el objeto de este trabajo. Sin embargo, a efectos enunciativos destacaríamos de un lado las posiciones que observa este autor, y luego, de forma muy esquemática, la panorámica que ofrece FLICK.

---

<sup>606</sup> VALLÉS, M.S., *Técnicas cualitativas de investigación social. Reflexión metodológica y práctica profesional*, Síntesis, Madrid, 2007, pp. 21y ss.

VALLÉS, así, como decimos, aborda “la perspectiva histórica de HAMILTON sobre la génesis de la investigación cualitativa en las ideas kantianas y el desarrollo de tradiciones, preferencias y posturas”. Por otro lado, la perspectiva histórica de CONDE se basa, señala VALLÉS, en “la génesis de lo cualitativo (frente a lo cuantitativo) en la filosofía griega de Platón y Aristóteles”. Y finalmente cita<sup>607</sup> el recorrido histórico de VIDICH y LYMAN con sus “fases en la etnografía antropológica y sociológica norteamericanas”.

FLICK<sup>608</sup> destaca que desde una panorámica general breve conviene citar a WUNDT quien a principios de 1900 ya utilizaba métodos de descripción y *Verstehen* en su psicología de los pueblos, junto con los métodos experimentales de la psicología general. Así este autor señala 6 fases en la historia de la investigación cualitativa referida a Alemania y a Estados Unidos de América: 1<sup>a</sup>) Los primeros estudios en Alemania (finales del siglo XIX y principios del XX), y en EEUU, el periodo tradicional de 1900 a 1945; 2<sup>a</sup>) Fase de importación a comienzos de la década de 1970 en Alemania, y en EEUU la fase modernista de 1945 a la década de los 70 (marcada por los intentos de formalizar la investigación cualitativa); 3<sup>a</sup>) El comienzo de los debates originales a fines de la década de los 70 en Alemania, y en EEUU se produce el “desdibujado de los géneros” hasta mediados de los años 80; 4<sup>a</sup>) En Alemania se da el desarrollo de métodos originales hasta la década de los 80, y en EEUU se produce la “crisis de la representación” en el que la investigación cualitativa se convierte en un proceso continuo de construcción de versiones de la realidad, por ejemplo, la versión que alguien presenta en una entrevista no corresponde necesariamente con la que habría formulado en el momento en que sucedió el acontecimiento comunicado.; 5<sup>o</sup>) En Alemania se da la “consolidación y las cuestiones de procedimiento” desde fines de los años 80 y la década de los 90, y en EEUU el autor nos habla del “Quinto momento”<sup>609</sup>, en la década de 1990; 6<sup>a</sup>) En Alemania el autor destaca las prácticas de investigación, y en EEUU lo llama el “sexto momento”<sup>610</sup>, con la escritura postexperimental. Y además añade un “Séptimo momento” en EEUU, que denomina el futuro de la investigación

---

<sup>607</sup> VALLÉS, M.S., *Op. Cit.*, p. 21.

<sup>608</sup> FLICK, U., *Introducción a la investigación cualitativa*, 3<sup>a</sup> ed., Morata, Madrid, 2012, p. 21 y ss.

<sup>609</sup> Caracterizada por que las narraciones han sustituido las teorías, o las teorías se leen como narraciones que encajan en situaciones y problemas específicos, delimitados, locales e históricos. Según DENZIN – LINCOLN, *Op. Cit.*, citados por FLICK, U., *Op. Cit.*, p. 23.

<sup>610</sup> Caracterizado por la escritura postexperimental, que vincula los problemas de la investigación cualitativa con las políticas democráticas, FLICK, U., P. 23.

cualitativa, en la que ésta se convierte en una actitud específica basada en la apertura y la capacidad de reflexión del investigador, o se vincula todavía con más fuerza a ella.

### **3. Los métodos de la Investigación Cualitativa.**

Si bien MARSHALL y ROSSMAN<sup>611</sup> presentaron en 1989 una ordenación de técnicas y estrategias de investigación, partiendo del propósito del estudio (“exploratorio”, “explicativo”, “descriptivo”, “predictivo”) y de las preguntas concretas de investigación, y presentan una lista de siete estrategias que son: 1) experimentos y quasi-experimentos, 2) encuesta, 3) análisis de información de archivo, 4) historia, 5) Estudio de caos, 6) estudios de campo, 7) etnografía, también mencionan las historias de vida aunque sin incluirlas ni como estrategias ni como técnicas.

Posteriormente, DENZIN y LINCOLN<sup>612</sup> presentaron la siguiente lista de “estrategias de investigación”: 1) Study design, 2) Case study, 3) Etnografía, observación participante, 4) Fenomenología, etnometodología, 5) Grounded theory, 6) Método histórico, 7) Investigación acción y aplicada, 8) Investigación clínica.

Por otro lado, señala VALLÉS<sup>613</sup> que ATKINSON y HAMMERSLEY<sup>614</sup> establecieron que *las aproximaciones etnográficas a la investigación social se han adoptado en numerosas disciplinas y campos aplicados: antropología social y cultural, sociología, geografía humana, estudios organizacionales, investigación educativa, estudios culturales*, añadiendo que habría que identificar influencias de la etnometodología, del interaccionismo simbólico, de la semiótica y de la hermenéutica en esta estrategia (del estudio de casos etnográfico). Lo que lleva a VALLÉS a considerar que se practica una clase de estrategia que es la multimétodo. Resaltando DENZIN y LINCOLN que “*la combinación de múltiples métodos, materiales empíricos, perspectivas y observadores en un solo estudio se entiende mejor como una*

---

<sup>611</sup> MARSHALL, C., - ROSSMAN, B., *Designing qualitative research*, Newbury Park, California: Sage, 1989, citadas por a VALLÉS, M.S., *Técnicas cualitativas de investigación social. Reflexión metodológica y práctica profesional*, Síntesis, Madrid, 2007, p. 97.

<sup>612</sup> DENZIN, N.K. – LINCOLN, Y. (eds.), *Handbook of qualitative research*, Thousand Oaks, California: Sage, 1994.

<sup>613</sup> VALLÉS, M.S., *Técnicas cualitativas de investigación social. Reflexión metodológica y práctica profesional*, Síntesis, Madrid, 2007, p. 99 y ss.

<sup>614</sup> ATKINSON, P. – HAMMERSLEY, M., “Ethnography and participant observation”, AAVV DENZIN, N.K. – LINCOLN, Y. (eds.), *Handbook of qualitative research*, Thousand Oaks, California: Sage, pp. 248-261, citado por VALLÉS, M.S., *Op. Cit.*, p. 99.

*estrategia que añade rigor, alcance, y profundidad a cualquier investigación*”. E interpreta que la no inclusión de dicha estrategia multimétodo de la lista de los citados vista *ut supra*, obedecería a que éstos consideran la investigación cualitativa como “inherentemente multimétodo”, postura que sería acogida también por VALLÉS. Así, este autor concluye la siguiente clasificación de estrategias en el *continuum cualitativo*:

- 1) *La estrategia de la investigación documental o uso de documentación*<sup>615</sup> (no solo escritos o publicados, ni solo técnicos o históricos).
- 2) *La estrategia del estudio de caso (s)*. Que agrupa las siguientes modalidades:
  - 2.1) Los estudios de casos etnográficos. En los que la técnica más utilizada es la observación participante.
  - 2.2) Los estudios de casos biográficos, en los que se entremezclan las técnicas de documentos personales, los relatos de vida y las historias de vida.
  - 2.3) Otros estudios, caracterizados por metodologías singulares (etnometodología, evaluación u otras) o que se encuentran a caballo entre lo cualitativo y lo cuantitativo.
- 3) *La estrategia de la triangulación* (o estrategia de estrategias). Se da un cierto solapamiento en la praxis, haciendo que el investigador debe una mínima combinación de ellas.

Siguiendo lo expuesto VALLÉS<sup>616</sup> explica que la diferenciación entre las fases de diseño, recogida y análisis, están muy relacionadas, existiendo una relación más estrecha de interacción o concurrente entre la recogida y el análisis en los estudios cualitativos que practican el procedimiento del muestreo teórico. Y que para producir información cualitativa habrá que prestar atención a las diferentes técnicas de obtención, análisis y escritura de los datos. Señala VALLÉS que en el diseño de los estudios cualitativos un elemento clave son las estrategias metodológicas.

---

<sup>615</sup> Señala VALLÉS, que cabe plantear un uso mínimo de las fuentes documentales y estadísticas. Por ejemplo, apunta que para dar perspectiva histórica a un estudio o contrastarlo con datos cuantitativos existentes.

<sup>616</sup> VALLÉS, M. S., *Op. Cit.*

Para la evaluación de la calidad de los estudios cualitativos existen distintas posiciones, la más didáctica destaca VALLÉS es la desarrollada en el trabajado de ERLANDSON y otros, quienes distinguieron tres grupos de “criterios de calidad” a considerar en un estudio cualitativo:

- 1) Criterios de confiabilidad (*trustworthiness*). En este grupo se encontrarían los criterios de validez y fiabilidad desarrollados desde la metodología cuantitativa. VALLÉS propone la utilización de un paralelismo con los criterios cuantitativos tomando como criterio de referencia la veracidad que nos llevaría al criterio *credibilidad*<sup>617</sup> (y en el ámbito cuantitativo sería la validez interna), la generalización que nos daría la *transferibilidad*<sup>618</sup> (y en el ámbito cuantitativo sería la validez externa), y consistencia que nos da la *dependibilidad* (siendo en el ámbito cuantitativo la fiabilidad su equivalente).
- 2) Criterios de autenticidad.
- 3) Criterios éticos.

#### **4. El diseño de la investigación.**

El proceso en la investigación cualitativa es circular en el sentido de que obliga al investigar a reflexionar permanentemente sobre el proceso entero de investigación.

Destaca VALLÉS que la aproximación a la metodología cualitativa suele hacerse después de haberse uno formado en la metodología cuantitativa. Si bien *no existe*, dice,

---

<sup>617</sup> De la credibilidad señala este autor que en un estudio cualitativo se relacionará con el uso que se haya hecho de un conjunto de recursos técnicos (duración e intensidad de la observación-participación en el contexto estudiado; triangulación de datos, métodos e investigadores; acopio de documentación escrito, visual propia del contexto; discusiones con colectas; revisiones de información e interpretación con las personas estudiadas; registro de cuadernos de campo y diarios de investigación). VALLÉS, M.S., *Op. Cit.*, pp. 101 a 104.

<sup>618</sup> Dice este autor se consigue a través de los diversos procedimientos de muestreo cualitativo. En este sentido podemos citar los que señala FLICK: determinación a priori, recogida completa, muestreo teórico, muestreo de casos extremos, muestreo de casos típicos, muestreo de valoración máxima, muestreo de intensidad, muestreo de casos críticos, muestreo de casos sensibles, muestreo de conveniencia, selección primaria, selección secundaria. *Vid et cfr. FLICK, U., Introducción a la investigación cualitativa*, 3<sup>a</sup> ed., Morata, Madrid, 2012, p. 83.

*un polo cualitativo frente a otro cualitativo, sino más bien un continuo entre ambos (o si se quiere una diversidad dentro de cada uno).* Entiende que, simplificándolo mucho, existen dos modelos de diseños cualitativos, el **emergente** y el **proyectado** (más estructurado o atado).

Para tomar las decisiones de diseño VALLÉS remarca que hay que tener en cuenta que diseñar implica tomar decisiones en todo el proceso de investigación, y sobre todas las fases o pasos que conlleva, por lo que el momento en que se van tomando las decisiones será distinto como también el conocimiento adquirido. Así, este autor tomando de referencia a JANESICK<sup>619</sup> realiza una triple división en la que al principio del estudio incluiría la formulación del problema, la selección de casos y contextos, el acceso al campo, el marco temporal, la selección de la estrategia metodológica, la relación con teoría, la detección de sesgos e ideología del investigador, aspectos éticos. Durante el estudio hay que tener en cuenta el reajuste del cronograma de tareas, las observaciones y entrevistas a añadir o anular, la modificación de protocolos de observación y de guiones de entrevista, la generación y comprobación de hipótesis. Y al final del estudio, estarán las decisiones sobre el momento y manera de abandono del campo, decisiones finales de análisis, y las decisiones de presentación y escritura del estudio.

El diseño, según expone, se va moldeando a medida que se avanza, pues “*se trata de cuestiones que deben trabajarse y resolverse en cada circunstancia concreta de investigación*”. Así de manera muy explicativa lista las fases y tareas que distingue MORSE<sup>620</sup>, de tal forma que lo centra en 6 fases: “*1) reflexión, 2) planeamiento, 3) de entrada, 4) de recogida productiva y análisis preliminar, 5) de salida del campo y análisis intenso, 6) de escritura*”.

A su vez, en la fase de reflexión incluye como tareas la identificación del tema y las preguntas a investigar, así como la identificación de perspectivas paradigmáticas. En la fase de planeamiento las tareas serán la selección de un contexto, la selección de una estrategia (incluida la triangulación metodológica), la preparación del investigador, la escritura del proyecto).

---

<sup>619</sup> JANESICK, V.J., “The dance of qualitative research design”, AAVV DENZIN, N.K. – LINCOLN, Y. (eds.), *Handbook of qualitative research*, Thousand Oaks, California: Sage, pp. 209- 219, citado por VALLÉS, M.S., *Op. Cit.*, p. 78.

<sup>620</sup> MORSE, J.M., “Designing funded qualitative research”, AAVV DENZIN, N.K. – LINCOLN, Y. (eds.), *Handbook of qualitative research*, Thousand Oaks, California: Sage, pp. 220-235, citado por VALLÉS, S.M., *Op. Cit.*, p. 79.

Y en la fase de entrada, apunta la selección de informantes y casos, y la realización de las primeras entrevistas y observaciones.

## 5. Las entrevistas semiestructuradas

Señala CORBETTA<sup>621</sup> que para la entrevista cualitativa el “*objetivo último es acceder a la perspectiva del sujeto estudiado: comprender sus categorías mentales, sus interpretaciones, sus percepciones y sus sentimientos, los motivos de sus actos*”. Para este autor la entrevista cualitativa se puede definir como “*una conversación: a) provocada por el entrevistador, b) dirigida a sujetos elegidos sobre la base de un plan de investigación; c) en número considerable; d) que tiene una finalidad de tipo cognoscitivo; e) guiado por el entrevistador; y f) sobre la base de un esquema flexible y no estandarizado de interrogación*”. Distingue a su vez<sup>622</sup>, en función del grado de estandarización (como grado de libertad/constricción) concedida a los participantes. La elección de una de ellas depende de los “*objetivos de la investigación y de las características del fenómeno estudiado*”. Así, en la entrevista estructurada se formulan las mismas preguntas en el mismo formato y orden a todos los entrevistados. Como señala CORBETTA plantea problemas de flexibilidad, aunque la entiende como una técnica más bien híbrida que aúna elementos cuantitativos y cualitativos.

En la entrevista no estructurada, indica este autor, que ni siquiera el contenido de las preguntas está establecido y puede variar en función del sujeto. Se busca sacar los temas que desea abordar, estando la base del tema de la conversación preestablecido, aunque pueden ir aflorando “subtemas” que no estaban previstos. Este tipo de entrevistas puede durar horas, realizarse en varias sesiones, y a veces puede adquirir “*las características de un verdadero relato autobiográfico*”.

En la entrevista semiestructurada, señala CORBETTA, el entrevistador si bien dispone de un “guion” que puede tener distintos grados de detalle, de los temas, el orden en el que se aborden y el modo de formular las preguntas, así como la profundidad en algún tema –que puede variar entre entrevistados- se dejan a la libre decisión del entrevistador. “*En el ámbito de un determinado tema, éste puede plantear la*

---

<sup>621</sup> CORBETTA, P., *Metodología y Técnicas de Investigación Social*, Mc Graw Hill, Madrid, 2003, p. 368 y ss.

<sup>622</sup> CORBETTA, P., *Op. Cit.*, p. 374 y ss.

*conversación como deseé, efectuar las preguntas que crea oportunas y hacerlo en los términos que estime convenientes, explicar su significado, pedir al entrevistado aclaraciones cuando no entienda algún punto y que profundice en algún extremo cuando le parezca necesario, establecer un estilo propio y personal de la conversación*”. Este modelo de esta entrevista apunta el autor, concede amplia libertad a ambos participantes, garantizándose a su vez que todos los temas relevantes serán objeto de discusión, y que se recogerán todas las informaciones necesarias. Destaca la flexibilidad con la que puede proceder el entrevistador dentro del esquema delimitado expuesto. Este autor, entiende que la diferencia entre la no estructurada y la semiestructurada es vaga, pudiendo ser difícil de distinguir.

Veamos ahora con un poco más de detalle, pero sin pretensión de exhaustividad en qué consisten las entrevistas semiestructuradas, sus principales características y los métodos, así como su aplicación a nuestro trabajo de investigación.

Debemos empezar recordando que FLICK<sup>623</sup> señala que existen varios tipos de entrevistas semiestructuradas y que «*durante el diseño de la guía de entrevista y la realización de la propia entrevista se han de satisfacer cuatro criterios: ausencia de dirección, especificidad, amplitud, y la profundidad y el contexto personal mostrados por el entrevistado*». Así, tenemos la entrevista focalizada, la entrevista semiestandarizada, la entrevista centrada en el problema, la entrevista a expertos, y la entrevista etnográfica

Para nuestra investigación hemos desarrollado la entrevista a expertos en su campo por cuanto el ámbito de la RPPJ y los “Compliance Programs” está muy especializado. Conviene resaltar, como hace FLICK, que en este tipo de entrevistas «*el entrevistado tiene menor interés como persona (completa) que en su calidad de experto para el campo de actividad que estudiamos*», y además se integrará en su estudio como una representación un grupo de expertos específicos. Continúa este autor señalando que en este tipo de entrevistas la amplitud de la información potencialmente relevante obtenida es más limitada que la que se pudiera obtener a través de otras entrevistas, lo cual confiere a la guía de entrevista una función directiva decisiva para excluir los temas no productivos. Y señala además que las guías de entrevista tendrán la doble función de asegurar que el investigador no se presente como un incompetente, y que la

---

<sup>623</sup> FLICK, U., *Op. Cit.*, p. 90, también indica que los países que se han mostrado más partidarios de este tipo de investigación han sido tradicionalmente Alemania y Reino Unido.

entrevista no se pierda en temas que no están relacionados, permitiendo su improvisación en la participación y su visión sobre las materias.

Estas entrevistas entrañan su dificultad, y pueden verse abocadas al fracaso en determinadas circunstancias. Así, MEUSER y NAGEL<sup>624</sup> explican en relación a esa necesaria limitación a la experiencia de interés que puede ocurrir que el experto no sea tan experto y bloquee la entrevista, que intente implicar al entrevistador en conflictos actuales en el campo y aborde cuestiones de índole interna de su propio campo de trabajo orillando el objeto de la entrevista, o también que cambie de rol de experto a persona privada aportando más información de ésta última. Finalmente señalan una forma intermedia de éxito y fracaso llamada la «*entrevista retórica*». En ella, el experto «*ofrece una charla sobre su conocimiento en lugar de participar en el juego de pregunta-respuesta de la entrevista. No obstante, si la charla se ocupa del tema de la entrevista, ésta puede ser útil. Si el experto pasa por alto el tema, esta forma de interacción hace más difícil volver al asunto relevante concreto*

Una condición para realizar con éxito la entrevista es que el investigador demuestre tener conocimientos y estar familiarizado con la materia.

Finalmente, FLICK destaca que en la interpretación de estas entrevistas no debemos olvidar que el fin es analizar y comparar el contenido del conocimiento del experto, y luego los casos quedarán integrados según el patrón de muestreo gradual.

Por otro lado, como indica este autor, es habitual que se formulen pregunta abiertas en forma de guía, y se espera que el entrevistado responda con total libertad. A tal efecto, entendemos que la garantía de confidencialidad puede ser de gran ayuda, puesto el miedo a ser identificado puede constituir un obstáculo para dicha libertad, por no hablar de la posibilidad a represalias o algún tipo de consecuencia negativa que pudiera tener.

La manera de proceder, a fin de evitar toda problemática, señala, consistirá en que el investigador decidirá cuándo y en qué secuencia ir haciendo las oportunas preguntas. Así como profundizar o no sobre algún tema.

También puede ocurrir, apunta FLICK, que se deba hacer una “entrevista parcialmente estandarizada” en el caso en que ante la propia situación de la entrevista el entrevistador menciona ítems de la guía de entrevista y al mismo tiempo es abierto a la

---

<sup>624</sup> MEUSER, M. – NAGEL, U., “ExpertInneinterviews: vielfach erprobt, wenig bedacht. Ein Beitrag zur qualitativen Methodendiskussion”, AAVV GARZ, D. – KRAMER, K. (eds.), *Qualitative-empirische Sozialforschung*. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 441-468, citado por FLICK, U., *Op. Cit.*, p. 104 y 105.

manera individual del entrevistado de hablar de esos asuntos y otros pertinentes para él. Como señala HOPF<sup>625</sup>, «*se necesita una mediación permanente entre el curso de la entrevista y la guía*».

A modo de resumen FLICK<sup>626</sup> destaca en una tabla comparativa las siguientes características de la entrevista semis estructurada a expertos:

- 1) Desde el criterio de la apertura a la visión subjetiva del entrevistado se ve limitada porque se interesa sólo por el experto, no por la persona.
- 2) Desde el criterio de la estructuración (por ejemplo, profundización) del problema la guía deviene instrumento clave en esa estructuración.
- 3) Desde el criterio de la contribución al desarrollo general de la entrevista como método conviene destacar la dirección, esto es la limitación de la entrevista al experto.
- 4) Desde el criterio del dominio de aplicación señala el conocimiento experto en las instituciones.
- 5) Desde el criterio de los problemas que se pueden hallar al realizar el método destaca la difusión del rol del entrevistado y el bloque por el experto.
- 6) Atendiendo a las limitaciones del método apunta la limitación que existe de la interpretación sobre el conocimiento del experto.

Finalmente, FLICK<sup>627</sup> propone una lista para selección un tipo de entrevista y evaluar su aplicación que para su mejor comprensión transcribimos íntegramente a continuación:

#### «1. Pregunta de investigación

---

<sup>625</sup> HOPF, C., “Die Pseudo-Exploration: Überlegungen zur Technik qualitativer Interviews in der Sozialforschung”, *Zeitschrift für Soziologie*, 7, pp. 97-115, citado por FLICK, U., *Op. Cit.*, p.107.

<sup>626</sup> FLICK, U., *Op. Cit.*, pp. 140 a 141.

<sup>627</sup> FLICK, U., *Op. Cit.*, pp. 144.

*¿Puede el tipo de entrevista y su aplicación estudiar los aspectos esenciales de la pregunta de investigación?*

### **2. Tipo de entrevista**

*El método se debe aplicar según las precauciones y los objetivos metodológicos. No debe haber salto entre los tipos de entrevista, excepto cuando está fundamentado en la pregunta de investigación o teóricamente.*

### **3. Entrevistador**

*¿Puede el entrevistador aplicar este tipo de entrevista? ¿Cuáles son las consecuencias de sus propios miedos e incertidumbres en la situación?*

### **4. Entrevistado**

*¿Es el tipo de entrevista apropiado para el grupo elegido como objetivo de la aplicación? ¿Cómo puede uno tener en cuenta los temores, incertidumbres y expectativas de los (potenciales) entrevistados?*

### **5. Libertad permitida al entrevistado**

*¿Puede el entrevistado presentar su visión en el marco de las preguntas?*

*¿Puede afirmar su visión frente al marco de las preguntas?*

### **6. Interacción**

*¿Ha realizado el entrevistador el tipo de entrevista correctamente?*

*¿Ha dado libertad suficiente al entrevistado?*

*¿Representó su rol? (¿Por qué no?)*

*¿Estaban definidos claramente el rol del entrevistado, el rol del entrevistador y la situación para el entrevistado?*

*¿Pudo el entrevistado cumplir su rol? (¿Por qué no?)*

*Analice los cambios de orden para validar la entrevista entre la primera y la segunda entrevistas si es posible*

### **7. Propósito de la interpretación**

*¿Respuestas delimitadas y clara o patrones, contextos, etc., complejos, con muchas vertientes?*

### 8. Reivindicación de la generalización

*El nivel en el que deben hacerse las declaraciones:*

*¿Para el caso individual (el individuo entrevistado y su biografía, una institución y su efecto, etc.)?*

*¿Con referencia a grupos (sobre una profesión, un tipo de institución, etc.)?*

*¿Afirmaciones generales?».*

Además, hay que comprobar el grado de ajuste, de encaje del método a los fines y parámetros de la investigación. Por lo que, una vez elegido el método conforme los indicadores marcados, conviene controlar que el diseño del propio estudio es compatible con ese método, y así también para los siguientes pasos que se vayan dando.

El investigador tras todo ello llegará un momento en que tendrá la grabación de audio, las notas de campo, las hojas de documentación y procederá a la transcripción (pudiendo caber también aquí el cuestionamiento del procedimiento). En relación a la transcripción FLICK señala que no se ha establecido aun un estándar, y que la exigencia de exactitud irá en función del objetivo buscado, destacando que los estándares exagerados de exactitud únicamente están justificados en casos excepcionales. Así explica que «*una transcripción exactísima de los datos absorbe tiempo y energía que se podría invertir más razonablemente en su interpretación. En segundo lugar, el mensaje y el significado de lo que se transcribió se ocultan a veces más que se revelan en la diferenciación de la transcripción y la oscuridad resultante de los protocolos producidos».*

Señala FLICK<sup>628</sup> que las Convenciones de transcripción son las siguientes:

*[ = Solapamiento del habla*

*(0,2) = Pausas: dentro y entre turnos de habla, en segundos.*

*'AW::::' = Sonidos extensos: tramos de sonido mostrados por dos puntos, en proporción a la duración del tramo.*

*Palabra: El subrayado muestra acento o énfasis.*

---

<sup>628</sup> FLICK, U., *Op. Cit.*, p. 190.

*'fishi': Un guión indica una palabra/sonido está interrumpido.*

*'hhhh': Las aspiraciones audibles se transcriben como 'hhhh' (el número de haches es proporcional a la duración de la aspiración).*

Según MAYRING<sup>629</sup> procedimiento del análisis cualitativo del contenido implica varios pasos o fases. Así en la primera hay que definir el material, seleccionando las partes de la entrevista que serán relevantes. En segundo lugar, se debe analizar la situación de la recogida de los datos (*¿Cómo se generó la entrevista? ¿Quién estuvo implicado? ¿Quién estuvo presente en la situación de entrevista? ¿De dónde proceden los documentos que hay que analizar?, etc.*) En la tercera fase, se registra la manera formal en la que se ha obtenido (*¿Cómo se documentó el material: en grabación o en protocolo? ¿Cómo se editó- influencia de la transcripción en los textos-, etc.*). En la cuarta fase, se define la dirección del análisis para los textos seleccionados. Debe definirse cuál de las siguientes tres técnicas que él propone se utiliza: resumir el análisis del contenido (en el que se hace una primera reducción con paráfrasis desecharlo lo menos importante y las repeticiones), análisis explicativo del contenido, y análisis estructurante del contenido. A ésta cabría añadir el análisis global propuesto por LEGEWIE<sup>630</sup>.

Por último, se definen unidades analíticas<sup>631</sup>.

## 6. Porqué aplicar la Investigación Cualitativa en este trabajo

### 6.1 Las necesidades de la investigación.

Cuando abordamos la RPPJ no podemos olvidar que estamos ante un cambio de paradigma sin igual en la Historia del Derecho Penal, no tanto por quebrar el conocido aforismo *Societas delincuere non potest*, sino por adecuar el Derecho Penal a una realidad muy distinta. Podemos decir que estamos en los albores de una nueva Teoría

<sup>629</sup> MAYRING, P., *Qualitative Inhaltsanalyse. Grundlagen und Techniken*, 7º Ed., Weinheim: Deutscher Studien Verlag, 1997, citado por FLICK, U., *Op. Cit.*, p. 207.

<sup>630</sup> LEGEWIE, H. "Interpretaction und Validierung biographischer Interviews", AAVV JÜTTEMANN, G. – THOMAE, H., (eds.), *Biographie und Psychologie*. Berlín: Springer, 1987, pp. 1047-1065, citado por FLICK, U., *Op. Cit.*, pp. 210 a 211.

<sup>631</sup> Unidad de codificación: define el elemento más pequeño de material analizable.

Unidad contextual: define el elemento más grande que quepa en una categoría.

Unidad analítica: define qué pasajes se analizan uno después de otro.

del Delito para las Personas Jurídicas, genuinamente española por más que pueda parecerse en algún aspecto a otros países, y en la que no existe ni unanimidad de criterios ni postura que no pueda ser un tanto controvertida. Ello provoca una situación de cierta incertidumbre jurídica sobre determinados aspectos, y una necesidad de conocer cómo se interpreta y se aplica la RPPJ. En otro orden, el efecto Compliance y su inescindible conexión con el Derecho Penal obliga a acudir a todo este nuevo, y no tan nuevo, panorama en el que algunos tienen la sensación de que hay que ir por delante del legislador. Así, por ejemplo, no consta regulado, detallado, cual ha de ser el contenido concreto de los “*Compliance Programs Penales*”, para que tengan efecto eximente. Tampoco se resuelven por el legislador muchas otras cuestiones que hemos visto en la primera y en la segunda parte de esta obra. Por ello, más allá de lo que está regulado, de la dogmática, de hermenéutica de nuestros tribunales, y del horizonte Compliance, conviene saber cómo es la realidad de aquellos que han de diseñar un Compliance Program Penal Efectivo<sup>632</sup> (, como es la que perciben aquellos que han de valorar el *Compliance Program* un vez se ha cometido un delito, y también la de aquellos que ostentan una importantísima función, el Compliance Officer , quienes se han convertido en la pieza esencial de todo el nuevo paradigma con todas las problemáticas y repercusiones que conlleva. Conocer esas tres distintas realidades para saber, por ejemplo, ¿qué importancia se le da al Canal de denuncias?, o ¿cómo debe implementarse un Compliance Program?, o ¿qué requiere que tenga el Compliance Program y qué circunstancias deben concurrir para que desde Fiscalía se entienda que no hay que abrir causa penal contra la PJ?, o si ¿realmente los pilares esenciales del Compliance son como tales?, ¿es el *Tone from the Top* algo que realmente se aplica y funciona? Bien, estas y otras cuestiones resultan claves para acabar de configurar como deben ser los Compliance Programs para exonerar de RPPJ, y otras cuestiones de importancia que se resuelven.

A través de la Investigación Cualitativa, con el método de las entrevistas semiestructuradas a expertos, podemos conocer la realidad que se esconde detrás de todo el marco normativo, dogmático, jurisprudencial y mediático. Para ello se han elegido muy bien a las personas que habían de participar en este proyecto de investigación. Así se ha elegido a un Fiscal, a un Abogado especialista en Compliance y

---

<sup>632</sup> Al que también podemos llamar Modelo de Organización y gestión que incluya las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, y que hayan sido implementados y ejecutados con eficacia en la persona jurídica.

RPPJ, que realiza diseño e implementación de Compliance Programs, y a un *Chief Compliance Officer* de una gran empresa multinacional.

## 6.2 Características y límites de la investigación cualitativa.

Señala FLICK<sup>633</sup> que los **rasgos de la investigación cualitativa** son:

- 1) *la elección correcta de métodos y teorías apropiados*
- 2) *el reconocimiento y el análisis de perspectivas diferentes*
- 3) *el poder de reflexión de los investigadores sobre su investigación como parte del proceso de producción del conocimiento.*
- 4) *La variedad de enfoques y métodos en la investigación cualitativa.*
- 5) *La verstehen<sup>634</sup> como principio epistemológico.*
- 6) *La reconstrucción de casos como punto de partida.*
- 7) *La construcción de la realidad como base.*
- 8) *El texto como material empírico.*

Sobre los **límites de la investigación cuantitativa** el mismo autor señala que: “*Los métodos de investigación cualitativa toman la comunicación del investigador con el campo y sus miembros como una parte explícita de la producción de conocimiento, y las reflexiones de los investigadores sobre sus acciones y observaciones en el campo, sus impresiones, accesos de irritación, sentimiento, etc., se convierten en datos de propio derecho, formando parte de la interpretación y se documentan en diarios de*

---

<sup>633</sup> FLICK, U., *Introducción a la investigación cualitativa*, 3<sup>a</sup> ed., Morata, Madrid, 2012, p. 18 y 42.

<sup>634</sup> Explica que se busca el enfoque interior, tratando de comprender la “visión de un sujeto o de sujetos diferentes, el curso de las situaciones sociales (conversaciones, discurso, procesos de trabajo) o las reglas culturales o sociales pertinentes a una situación” de tal forma que la posición teórica en la que se fundamente la investigación determinará cómo se expresen dichos conocimientos. Conviene resaltar que al explicar las posiciones teóricas en la investigación cualitativa distingue según venga por: a) el *punto de vista de los sujetos*, b) la *creación de las realidades sociales* y c) el *marco cultural de las realidades sociales*. En relación a la a) el punto de vista de los sujetos, señala como antecedentes teóricos tradicionales el *interaccionismo simbólico*, como avances recientes en las ciencias sociales el *interaccionismo interpretativo*, y como avances recientes en la psicología el *programa de investigación de las “teorías subjetivas”*. Respecto de la b) Creación de las realidades sociales, destaca en relación a los antecedentes teóricos tradicionales la *etnometodología*, los *estudios del trabajo* en lo que afecta a los avances recientes en las ciencias sociales, y la *psicología discursiva* en lo que refiere a los recientes avances de la misma. Finalmente, del c) Marco cultural de las realidades sociales entiende que confluyen el *estructuralismo* y el *psicoanálisis* como antecedentes teóricos tradicionales, en cuanto a los avances recientes en las ciencias sociales señala el *postestructuralismo*, y como avances recientes de la psicología las *respresentaciones sociales*. FLICK, U., *Op. Cit.*, p. 41.

*investigación o protocolos de contexto*”. La investigación cualitativa se orienta a analizar casos concretos en su particularidad temporal y local, y a partir de las expresiones y actividades de las personas en sus contextos locales.

La investigación cualitativa se nutre de elementos miméticos<sup>635</sup> en los aspectos siguientes:

- a) La transformación de la experiencia en narraciones, informes, etc, por parte de las personas a las que se estudia.
- b) La construcción de textos sobre esta base y en la interpretación de estas construcciones por parte de los investigadores.
- c) Cuando estas interpretaciones se introducen de vuelta en los contextos cotidianos como por ejemplo al leer las presentaciones de estos hallazgos.

### **6.3 Diferencias con la Investigación cuantitativa. Ventajas de la Investigación Cualitativa.**

Tal vez la mejor manera de señalar la importancia de la elección del método de investigación cualitativa sea mediante la comparativa entre las características de la investigación cuantitativa con las de la investigación cualitativa. Así contrastándolas, es cómo podemos señalar las ventajas del método elegido.

En relación al *Planteamiento de la Investigación*, y siguiendo el modelo expuesto por CORBETTA<sup>636</sup> podemos señalar distintos ítems y su distinto desarrollo por el tipo de investigación abordado. De esta forma tenemos que: 1) La relación teoría-investigación en la investigación cuantitativa es estructurada, con fases lógicamente secuenciales, mientras que en la cualitativa es abierta e interactiva. Además en la

---

<sup>635</sup> Entendiendo FLICK que el concepto de Mimesis para las ciencias sociales ha de tomar en consideración que “*las cosas que deben comprenderse están siempre en niveles diferentes: Se pueden identificar procesos miméticos en el procesamiento de las experiencias en las prácticas cotidianas, en las entrevistas y, a través de éstas, en la construcción de versiones del mundo que son accesibles a la ciencia social, así como en la producción de textos para la investigación*”.

Conviene señalar que la diferencia entre la comprensión cotidiana y la científica en la investigación cualitativa la hallamos en que esta última conlleva una organización metodológica en su proceso de investigación. FLICK, U., *Op. Cit.*, pp. 46 a 51.

<sup>636</sup> CORBETTA, P., *Metodología y Técnicas de Investigación Social*, Mc Graw Hill, Madrid, 2003, p. 44 y 45, *vid.* también pp. 66 y 67.

cuantitativa la teoría precede a la observación mientras que en la cualitativa surge de la observación; 2) La función de la literatura es fundamental para la definición de la teoría y la hipótesis en la investigación cuantitativa, y en cambio en la cualitativa es solo auxiliar; 3) Los conceptos son operativos en la cuantitativa, y sin embargo en la cualitativa son orientativos, abiertos, en construcción; 4) De la relación con el ambiente se desprende en la investigación cuantitativa un enfoque manipulador, mientras que en la cualitativa se desarrolla un enfoque naturalista; 5) la interacción psicológica entre estudiado y estudiado es en la investigación cuantitativa la de la observación científica, distanciada y neutral, y en cambio en la investigación cualitativa se da una identificación empática con el objeto estudiado; 6) la interacción física entre estudiado y estudiado es de distancia y separación, y en la investigación cualitativa es de proximidad y contacto; 7) el papel del sujeto estudiado en la investigación cuantitativa es pasivo, y en cambio en la cualitativa es activo.

Siguiendo con esta comparativa que ofrece CORBETTA, en relación al *Análisis de los Datos* podemos observar las siguientes diferencias: “1) el objeto de análisis en la investigación cuantitativa es la variable (es decir, análisis por variables, impersonal), y en la investigación cualitativa se trata del individuo, esto es el análisis por sujetos. 2) En relación al objetivo del análisis hay que señalar que en la investigación cuantitativa hay que explicar la variación de las variables, y en cambio en la cualitativa hay que comprender a los sujetos. 3) respecto de las técnicas matemáticas y estadísticas la investigación cuantitativa hay que señalar un uso intenso de éstas en la investigación cuantitativa y en cambio en la investigación cualitativa no se hace de éstas ningún uso”.

Finalmente, respecto de los *Resultados*, CORBETTA apunta los siguientes contrastes: “1) La presentación de datos en la investigación cuantitativa se hace mediante unas tablas, con una perspectiva relacional, y en cambio en la investigación cualitativa se realiza con la aportación de fragmentos de entrevistas, de textos, con una perspectiva narrativa; 2) Las generalizaciones en la investigación cuantitativa vienen a ser correlaciones, modelos causales, leyes lógicas, la lógica de la causalidad, y en cambio en la investigación cualitativa hallamos clasificaciones y tipologías, tipos ideales, y la lógica de la clasificación; 3) Respecto del alcance de los resultados señala que en la investigación cuantitativa se persigue generalizar (inferencia) (en último término, nomotética), y en la investigación cualitativa se persigue una especificidad (en último término, idiográfica)”.

## **7. Punto de partida y objetivos.**

El punto del que partimos es una serie de conclusiones provisionales que veremos si se elevan a definitivas, si se nos permite el símil, o habrá que modificarlas. Y en caso de ser modificadas porqué. El objetivo no solo es verificar o modificar, también es, y sobre todo, trazar un camino a través del cual el investigador puede acceder a una verdad, a una realidad, que de otra manera le estaría vetada. Dicho de otra manera, no existe otra forma de acceder a ese conocimiento. Ahí radica la importancia de este tercer gran apartado de esta obra.

Veamos ahora las cuestiones a contrastar:

- a) El sistema de RPPJ, comporta una serie de cambios jurídicos y sociales de gran envergadura y complejidad.
- b) La concepción del modelo de RPPJ puede determinar distintos enfoques sobre cuestiones clave con importantes repercusiones.
- c) El contenido que han de tener los Compliance Programs para eximir de RPPJ son los del artículo 31 bis 5, aunque el contenido de dicho artículo hay que desarrollarlo al candil del Compliance en sentido amplio. Veamos con más profundidad cuál es la realidad.
- d) ¿Qué valoración tienen las certificaciones?
- e) ¿Qué elementos son indicativos de un buen Compliance Program?
- f) ¿Cómo debe valorarse un Compliance Program?
- g) ¿Es pertinente desligar el Corporate Compliance Penal de todo el Compliance?
- h) ¿Cómo se valora Cultura de Cumplimiento? Y ¿qué elementos habría que tener en consideración para su acreditación?

i) Hacía donde avanza el Compliance.

## 8. las personas entrevistadas y el contexto.

### - Ficha de la primera entrevista:

1<sup>a</sup> *entrevista*: realizada a un Abogado especialista en Compliance y RPPJ, realiza diseño e implementación de Compliance Programs, formación, y gestiona un Canal Ético.

*Día*: 13-4-2017

*Hora*: 13:00 A 14:30H

*Actitud*: exquisita, muy colaboradora. Nos extendimos más allá de la hora señalada, un viernes al mediodía y tuvo mucha paciencia.

*Lugar*: sala de juntas de su despacho profesional.

*Código de entrevistado*: **A1**

### - Ficha de la segunda entrevista:

2<sup>o</sup> *entrevista*: Fiscal

*Día*: 3 de mayo de 2017.

*Hora*: 18:00H

*Actitud*: En un principio un poco reticente para aceptar la entrevista, lógico desde su punto de vista profesional. *Luego fue muy colaborador y también exquisito en el trato.*

*Lugar*: realizada en la biblioteca de la Facultad de Derecho, en un cubículo de estudio.

*Código de entrevistado*: **F1**

### - Ficha de la tercera entrevista.

3<sup>a</sup> *entrevista*: *Head of Legal and Chief Compliance Officer* de una gran empresa, multinacional, con más de 6000 trabajadores y una facturación aproximada de más de 1900 millones de euros.

*Día*: 22 de mayo de 2017.

*Hora*: 15:00h.

*Actitud:* Exquisito en el trato y muy colaborador. Trajo incluso un ordenador portátil con el que enseñarme elementos importantes del Compliance que tienen.

Lugar: realizada en un cubículo visible en el interior de la empresa. (Cualquier persona que pasara por allí podía vernos y ver también la grabadora encima de la mesa).

*Código de entrevistado: C1*

El entrevistador tendrá el Código **E1** puesto que ha sido la misma persona en las tres entrevistas.

## **9. contenido de las entrevistas y desarrollo.**

### **9.1 Sobre el impacto del sistema de RPPJ y su futura evolución.**

El entrevistador introduce la pregunta a **A1** fin de ponerlo en la situación en la que pueda ser lo más explicativo posible, pidiéndole que explique cómo lo percibe cuando llega a una empresa. A lo que **A1** responde (min. 20:29): «*Pues, si es antes de que presentemos una propuesta y nos la acepten en general la empresa, mmm....sobretodo los administradores o los dueños de las empresas, porque cuando hablas de empresa mediana en este país, mediana o pequeña normalmente, el administrador tiene algo de propiedad de la organización, mmm... la idea que tienen es muy clara si llevan 10, 12, 15, 20, 30, 50, 100, 150 años operando en el mercado y nunca ha pasado nada penalmente relevante en esa organización ¿porqué va a ocurrir ahora? No es la vía por la que se haga/ haya una comprensión importante de esto.*» **E1** (min. 21:09): «*¿No hay sensación de riesgos?*» **A1** (min. 21:10): «*Bueno, es la sensación de la experiencia, Es decir...»[...] «Si en 20 años no he tenido ningún tema penal en la empresa porque ahora, porque haya salido..., eso es una.. . Otra cosa es que los dos enfoques detrás son o componentes internos como pueden ser a veces que el Director financiero o sobretodo asesoría jurídica, o auditoria les diga oye hay que cumplir esto, esto ha salido y hay que mirar a ver que tenemos que hacer para adoptar esto, o ...o... a veces porque de alguna manera, mmm..., pues ha habido algún incidente, o algún problema antes, o alguna desto, alguien ha visto alguna experiencia que ya... por ejemplo un accidente laboral...o esto... cuidao que esta normativa vamos a tenerla en cuenta... son quizá los factores para los cuales de que la organización*

*empieza a percibir la necesidad de tener algún sistema de gestión de Compliance, no? No, porque alguien de dentro tiene sensación jurídica o sensación normativa ... dice oye hay que tener esto. O bien porque hay alguna experiencia entonces el administrador si que...»*

Desde otra perspectiva, interna de una gran empresa, **C1**, «*Sí, Ha supuesto un cambio, si bien es cierto que en la mayoría de compañías ya estábamos trabajando en modelos de transparencia, en modelos de cumplimiento, la ...regulación en el CP de estas... de estos supuestos... o de estas cuestiones relativas a Compliance han posicionado al Compliance Officer muy claramente en el Consejo de Administración. O sea, ha sido un refuerzo desde mi punto de vista muy grande de la posición, o de la concienciación, digamos, de los Consejeros respecto de estos modelos de cumplimiento. Si bien en el pasado eran algo que... se estaban utilizando como nuestra compañía ...y habíamos trabajado ya en ellos en ámbitos como la anticorrupción o la defensa de la competencia que es algo que afecta mucho a mi compañía, la inclusión de delitos en el CP que puedan cometer las PJ desde luego ha hecho que los consejeros tomen este asunto con mucha más... importancia y ...y...y... le den mucha trascendencia a un sistema de cumplimiento adecuado».* (min. 1:52). También hablando de la consideración que tienen del Compliance Officer (min. 70:47) «*(...) los Consejeros con esta reforma se ven tan asustados, tan en el ojo del huracán que el Compliance Officer , o como yo lo vivo, es sagrado».*

**F1** señala que él personalmente ahora tiene puestas 30 querellas contra personas jurídicas, pendientes de juicio, y que ha tenido 4 conformidades. De lo que se infiere que a pesar de la distinta perspectiva expuesta el cambio ha sido asumido y ha tenido su impacto. Si bien en determinados sectores, por el tejido empresarial concreto puede haber cierta reticencia a adoptar patrones nuevos, etc., seguramente más en pymes. También hay que señalar que en el caso de grandes empresas multinacionales que ya tienen esa cultura de Compliance, lo ven como algo que forma parte del Compliance.

A la pregunta que **E1** (min. 22:09) realiza a **A1** sobre si en esa toma de contacto la PJ explica si han tenido algún incidente anterior, **A1** (min. 22:13) responde que: «*Sí, Sí, nos lo explican, si lo han tenido normalmente nos lo explican. Mira aquí ha pasado esto, sabemos que hay esto,¿ que se tiene que hacer? Eso es la primera pregunta, luego hay todo un proceso largo y lento, y a veces de meses de hacer un estudio, hacer una propuesta, se lo piensan, se reúnen, lo miran, luego hay que pasarlo por el consejo, bueno lo vamos a dejar para el consejo del mes que viene... Nosotros tenemos esa*

*sensación de que muchas veces las peticiones de presupuesto de Compliance y la aceptación pueden estar 3, 4 o 5 o 6 meses o más. El otro día nos llegó, una que nosotros presentamos hace un año, y nos llaman ahora...[...]oye que vamos a que tirar este tema adelante ahora, que lo teníamos aquí.... y lo vamos a tirar adelante. Esto es un poco lento...»*

**F1** ve la evolución de la RPPJ en el ámbito mercantil. La delincuencia económica distorsiona el mercado. La responsabilidad civil de los administradores por no implementar correctamente el Compliance hace que puedan tener que llegar a responder con todo su patrimonio personal, responsabilidad civil ilimitada. El propio mercado va expulsar a la PJ si no previene delitos y no implementa Compliance.

**A1**, entiende que la evolución va a ser muy grande. Tanto a nivel de desarrollo del Compliance, en el sentido que entiende que antes de 7 años veremos un grado universitario en Compliance. Además, opina que dentro de unos años el catálogo de delitos se habrá multiplicado por tres. «*Al legislador de este país le gusta el penal*». De *lege ferenda*, pide un regulador como por ejemplo lo que ocurre en prevención de blanqueo de capitales, por una cuestión de seguridad jurídica.

**Conclusión:** El impacto de la RPPJ entendemos que es distinto según el área de actividad y el tamaño de la persona jurídica. Es por ello, que si bien tanto F1 como C1 destacan el impacto que ha existido, A1 ha resaltado que todavía existen empresas con una cierta desafectación por lo que supone. En nuestra opinión, y acorde con lo que los especialistas exponen, no podemos olvidar los siguientes factores: el gran número de obligaciones que las empresas han de asumir, la durísima crisis económica que ha azotado a España durante muchos años, la complejidad del sistema y la falta de ejemplos claros, así como los evidentes costes que supone adoptar un Compliance Program. Sin olvidar, la percepción de disminución de riesgo, por aquello de que “*toda la vida lo hemos hecho así y nunca hemos tenido ningún problema*”.

## **9.2 Sobre cuál es el contenido que ha de tener un Compliance Program para eximir de RPPJ.**

**9.2.1) «I.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos».**

**E1** (min. 5:41): «*¿En relación con el mapeado de riesgos, aaaaa..., Quién realiza esa, esa función de mapeado de riesgos? Es decir, ¿hablamos de una persona que tiene una concreta formación? Va una persona, ejemplo licenciado, que sea licenciado en Derecho, tiene que ser un abogado? Es decir, en su experiencia, eee..., para hacer un mapa de riesgos a que persona o tipos de persona suelen mandar?*» **A1** (min. 6:12): «*Bueno, ...Lo hacen personas especializadas en Compliance. Bueno, nosotros realmente, ...los que hacemos el mapeado de riesgos somos profesionales que podemos venir del área jurídica o del área económica pero que tenemos una formación específica en Compliance. El mapeado de riesgos básicamente se estructura a partir de los grandes estándares, por un lado la ISO 31000 y toda la familia, del grupo ISO con todas sus normas y anexos, y en segundo lugar con COSO, para nosotros COSO también es importante tanto a nivel de análisis y determinación de riesgos de Compliance. Y entonces la metodología se basa en una primera comprensión de las obligaciones, es decir tienes que determinar cuál es el alcance obligacional del sistema de gestión de Compliance, si estás hablando de un sistema de gestión de Compliance penal y te ciñes a la parte especial del artículo 31 bis, pues obviamente son el catálogo de delitos que establece el Código Penal, pero bueno te puede encontrar con que en un momento dado, la petición de la organización pues alcance también aspectos como la seguridad del trabajo, acoso, o incluso aspectos éticos, o de catálogo de compromisos que tenga la organización. Por lo tanto, hay que determinar eso. Ahí normalmente la formación jurídica, la parte jurídica es la más importante. Hay toda la parte de comprensión del contexto de organización de la empresa que hay un análisis con unos componentes económicos muy importantes porque en nuestro caso la metodología se basa en un análisis de los riesgos en.., a partir de la conexión de las áreas funcionales, el organigrama y los procesos principales de la organización. Entonces, a partir de estos dos aspectos determinamos cuales son las obligaciones y las normativas que tenemos que cumplir, los riesgos asociados a toda esta normativa y... los contextualizamos dentro de esa organización en los procesos y operaciones. Una vez hemos hecho eso, siempre, por exigencia sobretodo del componente subjetivo que debe tener cualquier análisis de riesgos, obtenemos la información de la organización pues a través de una de las metodologías clásicas de la ISO 31000, Brainstorming, a veces son pues entrevistas estructuradas, a veces son focus group, depende de la organización de su tamaño, del componente que vemos. Ahí muchas veces contamos con la colaboración de departamento interno de la organización, es decir si hay departamento de*

*Compliance, si hay alguna función de Compliance, si la auditoria interna que es un poco la que está dirigiendo el proceso pues colaboramos más con ellos, sino con la alta administración, nos dan un poco también cual es el feedback de cuál es su cultura, de cuál es su percepción de la organización para que nosotros podamos hacer comenzar nuestro trabajo... después de esa recopilación de información por parte de la organización es cuando realmente entramos en el análisis de todo este material, y entendemos que lo importante es que seas un experto en Compliance. El conocimiento jurídico es muy importante pero te tiene que venir un poquito dado, con esa fase de la empresa, pero también te viene dada un poco por el contexto los componentes más culturales, más de percepción de valoración de la subjetividad del componente interno los percibes a través de toda esta metodología de entrevistas que es una metodología muy propia del Compliance, en la que la persona que lo hace se ha tenido que ir adaptando a una metodología de entrevista de compilación, procesos, de fundamentos del coaching, de...a veces incluso de componentes de mediación, de escucha activa para conseguir que te den la información que necesitas, y con todo eso, a partir de ahí determinas, y luego pues es un proceso de a partir de ahí, con todo eso determinar el impacto y la probabilidad, determinas los controles, siguiendo una metodología muy estándar».*

**E1** (min. 10:00): «*Es decir, esa entrevista que tiene que hacer la persona que tiene que hacer esas entrevista para sacar la información para luego poder hacer el correcto análisis de impacto y probabilidad es una persona que, que, además de una formación académica, parece que tenga unas habilidades para poder ganarse la confianza de que le explique las cosas*». **A1:** R (Min. 10:25): «*Sí, eso es importantísimo. A los abogados depende, los abogados que a veces vienen del campo de la defensa procesal y ya tienen ese cliente que le tienes que sacar la información pues ya tienes una cierta experiencia, y los economistas por ejemplo si vienen del mundo de auditoría pues también a veces tienen un cierto bagaje, pero en el fondo la metodología consiste básicamente en que los entrevistados se den cuenta de que no se les está entrevistando a ellos, sino que lo se pretende es a través de su propia experiencia personal y profesional de la organización que nos aporten la información necesaria para que nosotros podamos objetivar nuestras apreciaciones sobre el riesgo. Es decir, nosotros determinamos el impacto y la probabilidad con base a lo que nosotros creemos como externos que llegamos ahí y aunque el impacto y la probabilidad tiene un componente subjetivo fundamental que se basa en la información contenida en la organización.*

*Luego un aspecto muy importante es que no se sientan examinados, que no se sientan evaluados, que perciban que lo que están haciendo es una aportación, curiosamente neutral sin identificar, bastante objetiva ¿no? No intentamos, nunca buscamos el dar nombre y apellidos, no tiene ninguna relevancia. Objetivamos de donde viene la información, pero no se trata de que el pero no se trata de que el Sr. Martínez nos dice que en su función del área financiera ... sino que de lo que se trata es de que el equipo de financiero conoce la organización mejor que nadie, y el contexto en el que se desenvuelve cada día, y lo que se han encontrado y lo que no, y lo que hace la competencia y lo que hace el sector, y esa información es valiosísima para que cuando yo determine el grado de impacto de probabilidad en la planificación y control, no se base solamente en mi impresión sino que se base en un trabajo de campo que permita documentar eso , y que además, permita el día de mañana aportar luego a un procedimiento penal y acreditar que no nos hemos inventado a ojo si el impacto es alto, medio o bajo, o si la probabilidad es mucha, poca o ninguna. Eso nace no solamente de toda una observación de datos objetivos sino también de una aportación de la información de la organización... Ese “skill”, esa capacidad para relajar, para...para calmar, para transmitir que no estamos allí para examinar a nadie si... eso muy importante, eso es un componente, eso lo puede tener cualquiera, solo hay que trabajarla un poco y conocer cuál es el enfoque y ya esta».*

**C1** (min. 26:50): En relación con el mapeado de riesgos señala que «*el gran tema está en las sociedades repartidas a lo largo de...y ancho de la geografía española, e... lo que estamos haciendo ahora son 3 sistemas, lo que le llamamos el self assessment que es que cada departamento, tienda..., autoanaliza los propios riesgos, y envía un Excel con los riesgos detectados, luego nosotros organizamos, eem..., organizamos lo que le llaman el Compliance Risk assesment, que son reuniones con los departamentos... de la central... que al final tenemos un sistema de sociedades muy desplegadas, digamos, pero desde aquí se centralizan la mayoría de cuestiones*». Al aplicar el Compliance Risk Assessment, por ejemplo, reúnen a todo el departamento y se les plantea, un supuesto en el que el personal tiene que señalar los riesgos que ven. Así por ejemplo, en Marketing se podrían ver problemas medioambientales, por ejemplo si los folletos acabaren en un río, otros podrían ver otros riesgos. Así van tomando notas y desarrollan el mapa de riesgos. Luego los auditores externos realizan el mapa de riesgos, mediante entrevistas con cada uno de los directores de departamento, y

van hablando y viendo las características concretas. Es decir, suman todo el head quarter, las tiendas, la auditoria externa, etc.

**C1** (min.28:37): Las que ha hecho de auditorías externas son con despachos de abogados, que va cambiando cada año. El despacho de abogados les hace un *report*, un informe de lo que ellos han valorado. Para poder hacerlo les facilitan el acceso a cualquier persona y área de la empresa. Nunca se han encontrado con ningún problema. «*En general la gente es bastante abierta con este tema*». **C1** (min. 29:17): «*El problema era como tratarlo al Consejo, es decir, nosotros al final, yo como lo veo, el Consejo de Administración no es el responsable de cada una de las áreas. Sino yo como director jurídico soy el responsable de mi área, el de finanzas, ... Entonces lo que hemos hecho es que ellos no hacen el Self Assessment, no hacen su propia valoración, sino que lo hacemos es coger cinco departamentos más sensibles que nosotros consideramos ... son seguridad, construcción, compras, recursos humanos, y marketing, hacemos el Compliance risk assessment para estos cinco específicos más sensibles, y lo que hacemos es un juego en el Consejo cuando hemos determinado dicendo oye Marketing, cuales son los riesgos que crees que existen en Marketing, pues... este, este y este... pues nuestros equipos han detectado este, y este,... a efectos de ver si ellos conocen realmente...*» Todo ello a efectos de ver si ellos conocen los riesgos, y son conscientes de cuales son. Por ejemplo, en real state, que cuando fueran al centro comercial les digan (min. 315) «*oiga Sr. De Real State si vienes a mi centro comercial te pago tanto dinero*», o si colocas a mi hijo..., Por lo que, él preguntaría al Consejo de Administración: «*a ver, ¿Cuáles creéis que son los riesgos en real state?*», y si por ejemplo contestaren «*pues no tener la licencia cuando empiezan a trabajar*», entonces el Compliance Officer le haría ver al Consejo que desconocen los riesgos reales de ese departamento. Por ejemplo, el riesgo mayor es el soborno.

Acerca del tiempo que se tarda habitualmente en realizar el mapeado de riesgos y la dedicación que supone (**E1** a **A1** min. 12:50) «*¿Cuánto se tarda habitualmente en realizar un mapeado de riesgos? Cada empresa es distinta, cada sector también, pero aproximadamente, una media de horas invertidas para ese mapeado contando las entrevistas...*» **A1** responde (min.13:13) que: «*Es muy difícil determinar eso. Dependiendo del tiempo... puedes estar.... Una semana trabajando el mapeado, o puedes estar meses... depende de la complejidad. A veces no, incluso del tamaño, si*

*una organización no tiene un gran tamaño, pero tiene una multiplicidad de actividades variadas por ejemplo el mapeado de riesgos es muy complejo, si hay una parte de externalización puede plantearte muchas dificultades. Es difícil, pero es una parte importante y le dedicas bastante tiempo. Nosotros más o menos, lo que si que te puedo decir es que calculamos que aproximadamente un 25% del trabajo de diseño e implementación de ... del sistema de... es una ratio... que nos sirve de experiencia, nosotros una cuarta parte del diseño e implementación estará en esta fase. Eso es una medida razonable, un criterio de partida que tenemos. Luego cambia, a veces es un 15% y a veces es un 40%». E1 insiste en que desarrolle un poco más lo de “la categoría de complejidad de la PJ” en el sentido que si ésta es más compleja habrá que dedicarle más tiempo. A1 (min. 14:31) responde: «*Claro, claro, el nivel de... por ejemplo, el nivel de obligaciones en Compliance es muy alto, una empresa no muy grande, mediana, pero que tiene ocho líneas de actividad muy diferenciadas entre si, pues evidentemente las obligaciones de Compliance serán muchas porque puedes tener por ejemplo, dos líneas de fabricación, dos líneas de...de.... de producto de prestación de servicios y consultoría, puedes tener... y además en actividades diferentes dificulta muchísimo el mapeado porque tienes muchas actividades*». (min. 15:07) Señala que si por ejemplo tienes una organización que por ejemplo se dedica a lo que ellos llaman un “monocultivo” es más sencillo. Y pone como ejemplo una planchistería industrial. «*Pues obviamente el mapeado de riesgos es mucho más simple porque hay una actividad, no tiene tanta variedad*». Apunta además a que la distinción no solo se concibe por tamaño sino también por líneas de actividad. Así pone como ejemplo que «*... nosotros somos un ... un sector ... una consultoría que nos dedicamos a fiscal, contable, laboral, además hacemos asesoría financiera, domiciliamos sociedades, hacemos procesal en varios ámbitos y además de todo esto pues tenemos una empresa de formación, y además tenemos pues e... una empresa que se dedica a desarrollo de servicios de seguridad informática, pues obviamente eso lo puedes hacer con una empresa con 30 personas y la variedad de riesgos que puede haber en cada una de la actividades y servicios que prestamos, no solamente por acción directa sino también por cooperación necesaria, ...» el riesgo de delitos pues es muy complejo. «*En cambio una empresa puede tener 500 trabajadores y dedicarse al despiece de carne y la complejidad de su mapeado de riesgos es mucho menor, y en cambio otra... tiene mucha más complejidad a la hora de aplicar la función y el sistema*». Eso es determinante resalta.**

**A1** (min. 16:26) también señala que si en un análisis de riesgos solo te puede informar una sola persona es más complicado. **E1** (min. 16:00) «*O sea, cuantos más puntos de referencia se puedan tomar en ese mapeado para Usted es mejor no?*» **A1** (min. 16:41) «*Claro cuando tú el análisis de riesgos de un proceso o una actividad que tú la puedes hacer depender de la opinión de una sola persona... es menos... tienes que buscar información por otros lados que te permita... componer. Cuando tienes un equipo de 12 personas implicadas pues tu...tu fiabilidad es mayor porque tienes 12 referencias que te dan más. O sea, que estos pequeños detalles hacen que el análisis de riesgos pueda ser más [...] complejo o más sencillo*».

**E1** (min. 17:04): «*Les ha pasado que una persona o alguna de las personas que tenía que darles la información ...eee.. les haya ocultado alguna cosa y lo hayan descubierto, o lo hayan más o menos averiguado?*». **A1** (min. 17:22) “*Grave no, pero si que todo el mundo tiene un... cierto sesgo cognitivo que tiende a ...llevarlo a ...Por ejemplo es muy curioso como muchas veces la... el riesgo está siempre en el departamento de al lado, no? (risas) Parece que.. .Es la percepción de que el problema siempre está en el departamento del al lado, no? No esto es más de... Esto, Eso si... Y bueno, lógicamente siempre hay un mecanismo... cuesta mucho que no se den cuent..., que no se sientan examinados, y bajo ese pliegue pueden haber siempre pequeños detalles, matices, apreciaciones que siempre descuentan un poco lo que hay, ahora nosotros no hemos tenido una experiencia... lo hemos comentado muchas veces en el equipo de trabajo porque pensamos siempre que ... claro si tu llevas una organización en la que hay alguien que está haciendo algo malo pues desde el primer momento te dará la información sesgada para evitar que detectes lo que está haciendo mal, y eso es un factor que también intentamos tener en cuenta. Pero, pero... nuestra experiencia directa no hemos tenido, bueno afortunadamente, al menos hasta ahora..., no hemos detectado... nada. Que no estén mintiendo y estén cometiendo un delito y estén mintiendo. Ahora malas prácticas, malas praxis habituales de empresa, malos hábitos que detectas, es que los detectas y no le das importancia porque luego cuando desarrolles el sistema de ya lo corriges, ¿no? [E1: «vale...».] A1: «*Eso es muy recurrente. Piensa que el Compliance siempre acaba sacando a la organización de su espacio de confort, y al final claro todo el mundo tiene unas rutinas y al final acabas empujándolos a adaptar otras y muchas veces pues eso... pues hay pequeños vicios adquiridos que sí que aparecen*».*

**E1**(18:55): «*Y respecto de alguna documentación, algo que hubieran pedido, y les hayan dicho que esto no que eso es muy confidencial o que tiene que ver con el know how de la empresa, o que...? ¿Se han encontrado con algún límite por ahí?*» **A1** (min. 19:05): «*No. [«no»] «Hay más recelos o menos, pero normalmente cuando llegas al punto de pedir la documentación ellos ya son... o la organización es consciente que eso es importante para nosotros y lo pedimos porque tiene sentido y están comprometidos con ella, y la función de Compliance o es que directamente ya no llegamos allí. Es que ya no nos entendemos, es que en ese sentido nosotros personalmente somos bastante exigentes». «Porque no tiene mucho sentido hacerle el Compliance a alguien que tenga reservas mentales o reservas éticas o reservas operativas. Comprometería incluso a la propia firma como.... consultoría creíble».*

**C1** (min. 30: 55): La colaboración del personal en el mapeado de riesgos siempre ha sido excelente. Puede ser que suceda que alguien esconda algo pero él no lo ha detectado. Pero lo cierto es que los empleados lo ven como una gran oportunidad para trasladar el riesgo a otra esfera. Es decir, el empleado podrá decir «*yo ya dije que esto era riesgo por tanto a mi que no me caiga el problema cuando suceda*». En contra de la creencia de que costaría sacar las cosas, y averiguar los riesgos, señala que cuando empieza a rodar el programa «*sale todo a flote, a efectos de su propia protección*». Es decir: «*Si yo os aporto este riesgo... yo ya lo he dicho*». Por ejemplo, si sin licencia no se abre, y un trabajador expone que su jefe que quiere abrir el centro comercial sin licencia, el trabajador se libera comunicando esta circunstancia. Cuando los trabajadores reportan el riesgo se sienten mucho más tranquilos.

**Conclusión:** Los entrevistados difieren en cuanto a las referencias para elaborar los Compliance Programs, así vemos que A1 se basa tanto en la referencia de la normativa de Prevención de Blanqueo de Capitales como en todas las ISO, e UNE, y todo el bloque de normas de Compliance, entendiendo en líneas generales no acertado desligar lo penal de todo el Compliance, y también destaca la concurrencia de otras leyes como la de Sociedades de Capital. F1 en cambio se orienta más hacia normas Públicas, si bien también toma como referencia la normativa de prevención de blanqueo de capitales se fija también en por ejemplo la Ley del IVA, leyes mercantiles, y los estándares internacionales sobre contabilidad. C1 sigue principalmente lo que viene desde la Holding como guidelines, además de implementar todo lo que deriva de Compliance en todos los ámbitos. Así, más que al Código Penal, que también, acude las normativas específicas para un correcto cumplimiento normativo, por ejemplo, en

materia de defensa de la competencia. Por lo que, debemos concluir que, sin perjuicio de la efectividad que cada una de las posibles remisiones otorgue, lo cierto es que no existe una “reguladora” que otorgue un poco más de seguridad jurídica, como ocurre en materia de prevención de blanqueo de capitales. Desde nuestra perspectiva, los estándares internacionales cuentan con la ventaja de que facilitan las cosas en la operatividad mercantil y en la construcción de un espacio común de derechos y garantías equitativas. Especialmente dentro del marco de la Unión Europea debería contarse con unos estándares lo más homogéneos posibles, salvando claro está los imperativos de las legislaciones de cada Estado miembro. En cualquier caso, todo parece indicar que hay que ir al caso concreto para ver qué fuentes normativas resultaban más apropiadas.

Sobre el mapa de riesgos debemos señalar que todos los entrevistados, de una forma u otra, han venido a destacar su importancia. El mapeado es clave y debe hacerse atendiendo a criterios de proporcionalidad. Si bien F1 destacaba que en la constitución de la sociedad ello ya debería constar, es decir que del mismo modo que se prevén otras cuestiones debe preverse las obligaciones en materia penal de Compliance. A la vista de lo expuesto por los entrevistados debemos concluir que realizar un buen mapeado de riesgos no es fácil, y además no termina con la primera implantación del programa, pues a cada cambio estructural, cambio organizativo, de funcionamiento, normativo, o de circunstancias externas o internas que lo impongan, deberá actualizarse. Conocer la persona jurídica y su ámbito de desarrollo es fundamental. La complejidad del mapeado irá en función de las diferentes actividades que desarrolle una persona jurídica y de la complejidad de la misma. Se destaca también la necesidad de contar con distintos informadores para el mapeado de riesgos, así como la colaboración de todo el personal.

**9.2.2) «2.<sup>º</sup> Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos».**

Explica C1 que, por ejemplo, cuando salió la limitación de pagos en efectivo, crearon un procedimiento a nivel de central. Y luego, tras la creación del procedimiento se comunica a los gerentes de cada una de las tiendas que tienen la obligación de trasladarla a los equipos. Creación de un proceso (min. 22:29) para PBC que se traslada

a las tiendas que luego tienen la obligación de trasladarlo a los equipos. «*Tenemos un sistema muy claro de contratación mediante concurso. Pues la medida que hay que ningún Consejero firma ningún contrato si no tiene mi sello y mi firma. Por lo tanto, cuando a mí me vienen con un contrato les digo traedme la documentación del concurso. No se ha hecho concurso... se rechaza el contrato. Se ha hecho el concurso... lo apruebo y entonces los Consejeros lo firman*» (min. 22:57).

**F1** lo compara con la normativa de prevención de blanqueo, y la obligación de documentar no solo las decisiones sino en base a qué razones se toman. Además (min. 46:00) destaca que una persona jurídica, aunque empezara a funcionar ahora ya debería tener en cuenta la necesidad de prevenir delitos de la misma forma que tiene en cuenta otras cuestiones típicas de la operativa de una empresa.

**Conclusión:** La adopción de protocolos para las tomas de decisiones parece que será cada vez más exigible, pues vemos que para F1 hace falta además una motivación, una memoria, o un informe, en definitiva un documento que sustente el porqué de esa decisión.

#### **9.2.3) «3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos».**

**A1**, entiende que se refiere tanto a la dotación económica suficiente para poder llevar a cabo la función de Compliance con las garantías necesarias, así como controlar el área financiera de la empresa. De la primera se extiende que, si hay que crear nuevos puestos de trabajo para reducir unos concretos riesgos, segregando funciones, habrá que poder contar con medios para ello. (min.3:04 a min. 5:40): “*Sí, hay dos aspectos una cuestión son las obligaciones de Compliance. Las obligaciones de Compliance son aquellas obligaciones que tenemos que cumplir y que a través del análisis de la organización detectamos pues que evaluamos cuales son los riesgos, evaluamos cuales son los controles, obtenemos un riesgo neto, y evidentemente en ese momento la organización tiene que adoptar unas..., unas medidas de tratamiento del riesgo. Claro, eso afecta a todas las áreas de la empresa que se ven afectadas por... por ese tratamiento. Por ejemplo, si en el área financiera hay que segregar funciones y eso exige la generación de puestos de trabajo nuevos para que hay un puesto nuevo de*

*controller por ejemplo, pues obviamente tiene que haber una capacidad para decidir que esto es una necesidad que asegura el cumplimiento de las obligaciones de Compliance de la organización y por tanto se ha de dotar de recursos a la organización, se ha de gestionar y se ha de tener ese controller». Comenta que la organización no ha mostrado reticencias y «normalmente lo ha aceptado normalidad» cuando se le ha explicado dicha necesidad que debe contener el Compliance Program. Pone además un claro ejemplo que es el siguiente: «Si estamos hablando del área medioambiental y supone que por ejemplo una instalación es obsoleta y supone un riesgo de contaminación, pues los recursos, pues para nosotros, la interpretación es dentro del programa de operaciones del Compliance, se tiene que financiar la sustitución o la renovación de esta estructura, y si eso se tiene que hacer en 3, 4 o 5 años pues tiene que haber un plan económico, un plan financiero para hacerlo. Y un plan también de recursos alternativos para mitigar este riesgo mientras se está haciendo, esto, por un lado. Pero por otro lado también es obviamente que la función de Compliance pues esté dotada en el tiempo de los recursos para que el sistema de gestión, ese proceso de mejora continua que tiene que tener un sistema de Compliance pues pueda desarrollarse con normalidad, si el Compliance o el área de Compliance o el responsable decide que hacer unos cursos o unos procesos de comunicación, o tiene que introducir una herramienta informática pues que no tenga que estar mendigando el dinero por la organización, sino que tenga capacidad para gestionar un plan económico suficientemente razonable».*

**F1** (desde el principio hasta min. 5:45) sin negar la posibilidad de la primera interpretación de dotación a la función de Compliance, profundiza en la segunda. Señala que Modelos de Gestión, es una herramienta o instrumento para neutralizar riesgos de una empresa, se interpreta la gestión de los recursos financieros a como se capta la financiación, y como se aplica el dinero, a qué fines. Es decir, existen los flujos monetarios de entrada y salida de dinero. «*Cualquier entrada o salida de dinero debería estar obedeciendo a una causa económica subyacente, desde una mera liberalidad, pero justificada*». Así explica que puede ser una donación a una ONG o el pago para una contraprestación para un determinado servicio. «*El departamento de tesorería se convierte en una suerte de barrera de contención de otros delitos que se pudieran estar cometiendo en otras áreas negociales*». Por ejemplo, se valoran ficticiamente las cuentas, incrementando ficticiamente los recursos de la empresa, de forma falsa, para que inversores inviertan en la empresa, el departamento de tesorería o financiero tiene

deberes de control de lo que le está llegando y puede ver que ese dinero que se recibe es en base a un incumplimiento de la metodología de valoración de estos activos, por ejemplo, a través de una “estafa de inversiones”. Aquí deberían saltar las alarmas.

Por ejemplo, si el Departamento comercial tiene que hacer un pago a proveedor comprobar que no sea una “facturera”. «*Ese mecanismo de control no solo descubriría el delito es que impediría la consumación*». Preconstitución de prueba siguiendo el modelo de Prevención de Blanqueo de Capitales, documentos antedatados digitalmente.

**C1** (min. 11:46), resalta que anualmente se aprueba un presupuesto, más allá de los salarios de la función de Compliance, da a entender también la doble interpretación, destacando que la empresa se lo toma muy en serio y que tiene una dotación de 50.000 euros anuales para contratar servicios de auditoría, mejora, asesoramiento y todo lo que pueda surgir a lo largo del año. Y que existe un mandato expreso del Consejo de Administración para consumir este presupuesto íntegramente.

#### **9.2.4) «4.<sup>º</sup> Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención».**

En relación al Canal Ético, **A1** (min. 34:54) señala que en general la mejor herramienta es la informática, y lo del correo electrónico me parece muy pobre... Ahora la herramienta más habitual es la herramienta informática, con interface que permita acceder a un canal, que puedas diseñar con de acuerdo con el sistema de Compliance de la organización. En base a un análisis previo, o a la aportación del sistema de gestión para que podamos decir que tipo de objetivos prioritarios tiene, que tipo de personal tiene, que tipo de población puede acceder al canal. Las herramientas han de ser flexibles. Lo cual no quita que además puedas tener otros medios alternativos, como un buzón de correo, o como una persona externa contratada que te pueda hacer el servicio, pero el más aceptable es el canal ético a través de un *interface* informático, que permite todo el seguimiento. Apunta que desde la web de la empresa se incrusta, y que no es anónimo, es confidencial.

**C1** (min. 3:40) Implementado después del 2010, por la Holding, que es la que lo gestiona. Se centraliza todo a través de la *Holding* con un sistema de un sistema informático. Se garantiza la confidencialidad pero no el anonimato, si bien en todos los

países de Europa del holding las dos cosas. Dice que han «*luchado mucho para que se mantenga desde luego la confidencialidad, para nosotros es un punto clave, pero no el anonimato porque consideramos que el anonimato (ehh...), primero que desprotege a la persona denunciada, luego hace muy difícil la investigación, además abre la puerta aaaa....vendetas oooo.... venganzas, o quejas que uno deja por debajo de la puerta*» (min. 4:28) y eso le da menos fuerza y menos veracidad. Sí que se investigan las anónimas según la materia, pero se sigue un procedimiento distinto. Si consideraren que tiene una veracidad aceptable hacen una investigación por parte del Comité de Compliance que está constituido por Recursos Humanos, Auditoria Interna y el Compliance Officer , y se investiga el motivo de la denuncia. Si la denuncia no es anónima se trata desde el Holding. Dependerá del caso en las anónimas lo investigaran a nivel nacional. **C1** señala que ante la denuncia puede darse la movilidad del denunciado e incluso el despido del denunciado, porque prima la protección del denunciante. Según la naturaleza de la denuncia se implica al Comité de empresa, no por ejemplo si se trata de un delito de corrupción y si se tratara de acoso sexual.

**C1**(min. 33:00) en relación con **Canal de denuncias** se han encontrado con denuncias que provengan de un proveedor, y tomaron medidas. Tienen la posibilidad de efectuar la denuncia a través de la web. Hubo un caso en el que tuvieron que denunciar a la policía un delito de corrupción entre particulares (min. 33:50). Aportaron toda la documentación a la policía para demostrar que la empresa hizo todo cuanto estaba en su mano. Documentación obtenida a través de su propia investigación, respetando siempre los límites de la investigación. Utilizan todas las herramientas que tiene el sistema de auditoria para acreditar si lo denunciado ha sido posible o no. Con el reporte de auditoria interna valoran la línea a seguir. Por ejemplo, citando a las personas que han cometido la infracción. Tienen capacidad para entrar en, según las condiciones, correos electrónicos. No tienen servicio de inteligencia, ni detectives privados contratados, (min. 35:40). Tienen muchas limitaciones (33:50). Tiene que asistir alguien de RRHH y del Comité de Empresa para poder acceder. Además, existe una carpeta que se llama personal, y lo que esté allí no se puede mirar en ningún caso. Por lo que la investigación tiene límites. Resalta que ha vivido un caso así, (min. 37:00) «*alguien pidió acceso a una cuenta de correo electrónico de un empleado que ya no estaba en la compañía, se lo otorgaron y accedieron a los correos personales y se utilizaron -de alguna manera-*». Al final la empresa no fue solo contra la persona que cometió la infracción, que

también, sino a la persona que dio el acceso, el responsable de IT. Destaca que «*Hay que ir a la fuente, y quien tiene que conocer que no se puede acceder a los correos no es tanto el director del departamento sino la persona que tiene la capacidad de dar este acceso*». En esos casos, apunta **C1**, se crea un procedimiento en el que la persona tiene que autorizar el acceso que tiene que ser limitado y concreto. En este caso se enteraron porque recibieron un burofax de la persona perjudicada, y llegaron a un acuerdo extrajudicial. Y la persona que cometió la infracción sufrió unas consecuencias. Destaca que hace falta una formación muy específica en el control de riesgos.

**C1** destaca que evalúan a los empleados sobre el nivel de conocimiento que tienen. Tienen Tenemos dos sistemas: cualquier persona que entra en la compañía recibe una función específica, en función del cargo. Todos los empleados que entran en la compañía están tres días en el Head quarter en la sede central16:30, la primera medida es una formación general en la que les hablan del sistema de Compliance, «*porque necesitamos que entiendan que esto no es el negocio y Compliance*» sino que van más allá de protegerse del CP, y quieren que entiendan que no es una cuestión accesoria sino que tiene que ser parte de su ADN, y ya no solo un cumplimiento a nivel penal sino también un trato ético con proveedores, clientes, compañeros, etc. «*Nosotros no somos un departamento de Compliance, nosotros somos un departamento ético*» señala. Luego por áreas se les da la formación específica bien en Prevención del Blanqueo de Capitales, o Defensa de la Competencia. Luego se les hace *e-learning*. Ratio constante de cumplimiento de un 95%.

**F1** (min. 40:07) respecto del Canal de denuncias y su posibilidad de externalizar esta función: «*Tiene una parte buena y una mala. La buena es que parece que evites un poco la colisión de intereses e incluso cuando los trabajadores les garantiza esa confidencialidad y la protección, parece que lo puedes estar incrementando, no? Son confidencialidad y protección. Lo que sucede es que, bien se puede externalizar, pero al externalizar claro habría que ver que facultades y competencias finales se le da al canal de denuncias. Me explico: la...e...claro...y aquí nos plantearemos una cuestión de naturaleza mercantil-penal es decir, el canal de denuncias al final... conduce a una serie de datos que podrían ser de infracciones de riesgos no?, podrían dar lugar a la comisión de delitos, que al final tienen que llegar a alguien, y ese alguien ha de tener poderes decisarios y de corrección para precisamente llevar a cabo la prevención, o*

*bien la reacción,...ha de cuadrar. Entonces, claro está muy bien externalizar, pero al final alguien externo o interno, tiene que tener una suerte de competencia y poder, sobretodo poder conferido por el Consejo de Administración similar al de un administrador de hecho con poderes ejecutivos desde una perspectiva correctiva. Correctiva. De tal manera que si lo que se denuncia es una infracción por parte del Consejo de Administración al administrador que lo comete se le pueda aplicar de forma ejecutiva esa facultad correctiva.» (...) «Al final alguien tiene que tener poder sobre todos los seres humanos de la compañía para actuar en consecuencia»* Convirtiendo a esa persona en un garante de la aplicación correcta del modelo, y de prevención.

**F1** (min. 41:00) En relación a la cuestión del anonimato de las denuncias, resalta que no es que la LOPD prohíba las denuncias anónimas, sino que es una interpretación de la ley que hace la Agencia Española de Protección de Datos, y apunta a que ello plantea problemas con otros ordenamientos jurídicos, como el anglosajón en el que es distinto.

**A1**, en relación a las investigaciones internas (min. 48:00) señala que el Compliance ya debe prever la contratación de detectives privados y todo lo relativo a la forma de proceder ante el caso de un delito.

**F1** (min. 56:00) en relación con las investigaciones internas recuerda los límites constitucionales, penales y laborales. Dice que los límites están claros pero que los efectos sobre la vulneración de esos límites se están redefiniendo con la nueva sentencia del supremo (Caso Falciani). Y resalta que si la obtención de la prueba forzando esos límites fue para la obtención de un interés económico no estaría afectada por el artículo 11 de la LOPJ, y en cambio si era para colaborar con las autoridades de persecución penal.

**C1**Todas las cuestiones en relación con las infracciones, la investigación, y la medida adoptar, el Comité de Compliance lo trata y tiene carácter ejecutivo. Si bien es cierto que de una manera no oficial los consejeros intervienen y conocen del caso (min. 38:42).

**Conclusión:** La cuestión de las investigaciones internas debe quedar mejor resuelta pues los límites constitucionales, penales y laborales, aunque son claros, un exceso de la voluntad de cumplir investigando el delito, puede llevar a la comisión de otro delito, del que no solo sea responsable la persona física sino también la jurídica. Debemos concluir que a nuestro modesto parecer debería reglamentarse con claridad el procedimiento operativo de las investigaciones internas, ajustable a la capacidad económica y estructura de la persona jurídica.

**9.2.5) «5.<sup>º</sup> Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo».**

**C1** Sí, que es cierto que se trata distinto el incumplimiento de alguien con mucho peso en la empresa que la de alguien que es un mero empleado. El gran reto es el régimen sancionador (min. 8:50), hay que acabar con la arbitrariedad

**C1** La vulneración de los límites en la investigación también es castigado. Resalta que hace falta un acuerdo con los sindicatos, que el sistema disciplinario no está bien definido y habría que alejarse de la arbitrariedad. Se castiga distinto a un alto directivo, a alguien con un peso relevante en la empresa que a un mero trabajador.

**F1** señala la sanción correctora como un elemento imprescindible de que el Compliance Program esté funcionando. Lo recalca cuando aborda como tiene que ser la reacción, y en especial cuando expone cómo, a su juicio, debe tener que poder desarrollar su función el Compliance Officer.

**9.2.6) «6.<sup>º</sup> 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».**

**A1**, entiende que forma parte del propio sistema de Compliance, pues señala que es un sistema de gestión que no se acaba de pagar nunca, porque siempre hay que estar actualizando, etc. Señala auditorías internas y externas.

**F1** (22:57) Señala que lo relativo a los controles periódicos también aparece en la normativa de prevención del blanqueo de capitales. Utiliza como referente el modelo existente para la prevención del blanqueo de capitales. E insiste en que dentro de la reacción de la persona jurídica se distinguen elementos muy importantes a tomar en consideración, pues además de la sanción, la restauración del orden perturbado y la implementación de mecanismos que hagan que lo ocurrido no pueda volver a suceder o se reduzca el riesgo al mínimo exigible. Si hubiera un cambio normativo con muy poco margen de *vacatio legis* atendería al caso concreto.

**C1** destaca que están en constante evolución puesto que ante cualquier norma que aparezca, cualquier circunstancia, rápidamente la cuelgan en la web, se destaca en novedades, en caso necesario mandan avisos a los empleados, formación e información, etc. Están muy atentos. Se demuestra una gran cultura de Compliance, y una firme voluntad de cumplir. Se le muestra a **E1** a través de un ordenador portátil como en la intranet de la empresa todo está perfectamente accesible, y como se preocupan de estar actualizados.

#### **9.2.7) Sobre Principios esenciales de un buen sistema de Compliance:**

Los llamados 7 pilares esenciales de un programa de Compliance consisten en los siguientes: Liderazgo y cultura de Compliance, Función de Compliance, Evaluación de Riesgos, Políticas y Controles, Comunicación, formación y sensibilización y supervisión y verificación. Como hemos visto, todos ellos se han venido desarrollando bajo el prisma del artículo 31 bis 5 del CP, salvo el primero, que se desglosa en dos conceptos muy importantes: 1) Liderazgo y 2) Cultura de Compliance.

Respecto del Liderazgo, destacamos la conocida expresión “***Tone from the Top***”, que todos los entrevistados reconocen. Así, **A1** expresa (min. 22:52) « (...) *Otra cosa es cuando ya entras a trabajar. Ahí pues, depende mucho, mucho y eso es verdad, depende mucho de cómo se lo tome el órgano de administración, la alta dirección, Si el órgano de Administración y la alta dirección se lo toma en serio y ellos se han preocupado de decir que van a venir unos señores a hacer tal, tal, tal y esto es importante, esto es serio, si la organización percibe que arriba están preocupados y*

*esto les preocupa, trabajas mucho más a gusto, mucho más bien».* Resalta que si la alta dirección se lo toma en serie eso cae en cascada hacia abajo y todo es más fácil. **E1** insiste para que A1 (min. 23:19): «*Sí, el Consejo de Administración y la Alta Dirección es cierto, o sea si... Uno de los famosos 7 pilares del Compliance es el tema del Liderazgo y eso el día a día te demuestra que es una verdad del tamaño de un templo recorvado! O sea, si el alta dirección está comprometida y dice esto se ha de tomar en serio, eso cae en cascada hacia abajo y cuando llegas... mmm... ahí hay una percepción. Si ahí no se lo toman... es bueno que estos es... bueno va otro más que viene aquí a...a hacer papeles, y entonces tienes una percepción de la organización diferente. Luego otra cosa es que lo entiendan. Esto es otro mundo. Porque es un tipo de requerimiento que cuesta muchísimo de entender por parte de la organización. Esto de la responsabilidad penal y ... entonces hay que buscar siempre enfoques alternativos que permitan darle sentido a lo que estamos haciendo para que ellos mismos ...».* Resaltando que no es que no quieran cumplir, sino que entenderlo, es importante. Porque si no entienden lo que están haciendo cuesta muchísimo que se impliquen. Por lo que hay que entender lo que están haciendo a fin de ganarse la implicación del personal de la PJ, sino es muy complicado.

**C1** señala que en el Consejo de Administración se le escucha y se le hace mucho caso, puesto que lo ven como una ayuda para no tener problemas y hacer las cosas bien. Destaca que es muy importante recibir el apoyo del Consejo de Administración.

**Conclusión:** El “*Tone from the Top*” es clave, todos coinciden en su especial importancia, y en su relevancia a nivel práctico. La transmisión en cascada de la preocupación por la necesidad de “cumplir” deviene fundamental tanto en los primeros pasos del diseño del Compliance Program, como en su implementación, su funcionamiento y su actualización.

En relación a la cultura de cumplimiento, **E1** (min. 27:57) sitúa al entrevistado **A1**: «*En la mayoría de personas jurídicas en las que han ido han detectado que ya tenían una cultura de cumplimiento, bien por otras horas, aunque que no sean de Derecho Penal, eh? O bien se han encontrado con que había... pues... bastante laxitud al respecto? Había un perfil, más o menos, de cultura de cumplimiento arraigado?*» **A1** (min. 28:25): «*Depende del ámbito. Depende del ámbito. A ver, hombre..., todas las empresas en general tienen la voluntad de cumplir y de alguna manera pues todas las*

*empresas más o menos tienen un conocimiento de cuáles son los riesgos que pueden afrontar y hay una metodología...siempre hay algo, no? La empresa tiene voluntad de cumplir. Lo que ocurre es que hay para mi, dos aspectos, no? Uno es lo que la organización percibe como obligación que tiene que cumplir, pues que, a veces hablamos, hacemos broma y decimos que son los 10 mandamientos, no? no robar, no matar, etc., no? Pero luego hay otras obligaciones legales que es que muchas veces la empresa, sobretodo aquí en el tejido empresarial español, es que no tienen ni idea de que existen. Entonces claro, la sensación de que tienen que cumplir algo que no saben que existe... pues se da... muchas veces es...oiga que Ud. tiene obligaciones en materia de prevención de blanqueo, oiga que Ud. es sujeto obligado. Y dice cómo? Que yo? Porqué? Es que Ud. hace tal actividad, tal otra y esto está en la Ley. Ah, pues nunca me lo ha dicho nadie. Pues esto es un aspecto importante, no? En los aspectos que ellos tienen claro que..., que pueden incurrir en una responsabilidad y tal, en general, pues hombre, más o menos tienen cosas. Luego hay ciertos aspectos en los que hay una especie como de ... por ejemplo en todo el tema de fiscal. Ahí en fiscal siempre hay un tabú. ... hay como .... miedo aaaa.... Pero a veces es un miedo atávico a reflejar en un documento lo que se hace, no? y a veces .... Porque se hace,... y se declaran impuestos.... Y a veces hay ciertas áreas que si ... En ciertos temas laborales... ocurre que también ves que... las cosas existen pero no se documentan, es incómodo... reflejar en un papel según qué cosas..., parece como, como que da pudor. Hay un cierto tabú, hay una cierta cosa, no? De...Es como si escribes sobre sexo, no? parece que del sexo se puede hablar pero no se puede escribir, porque queda diferente no? Y esta broma la hacemos también a veces, no? De que ... de alguna manera hay ciertos campos en que no es que haya incumplimiento pero si un cierto tabú a documentar...Entonces el tema de Tax Governance, es un tema donde siempre en organizaciones medianas, y pequeñas ahí tienes muchos problemas para documentar, por qué les da como recelo no? Pero hay....Ellos robar y engañar...y todo eso... en general todo el mundo sabe que no se puede ... y hay un cierto control, y ciertas medidas de seguridad... el tema laboral pues también ya cada vez notas más concienciación... en muchas cosas de estas sí, ... y luego en las cosas que no conocen y no cumplen porque no conocen no hay una preparación, una formación y muchas veces no tienen ni idea de obligaciones que tienen que cumplir....y luego pues hay esas otras que son como...» Señala que hay que intuir que hay ciertos aspectos tabú.*

**F1** (min. 45:00) La obligatoriedad de controlar la organización a nivel penal se establece en el año 2010, aunque la clarificación viene en 2015. La empresa debería nacer ya, en los propios estatutos, igual que ya saben cómo van a producir y distribuir, como van a pagar, etc., también deberían saber cómo prevenir. Y que en relación a los estándares (min. 61:01) hay que acudir a la normativa pública, como puede ser la interpretación de la Ley del IVA. Por ejemplo, en la valoración de precios. Señalando la parte de racionalidad económica de la operativa que debería ir incorporado en el corporate y que sorprendentemente muchos no lo llevan. Hace sin duda referencia a metodologías para “cumplir”.

**C1** demuestra a lo largo de la entrevista que su empresa tiene una arraigada cultura de cumplimiento, viva en la persona jurídica en el sentido de que cualquiera de los empleados estará empapado de esa cultura, de esa forma de proceder, y de entender como hay que trabajar.

**Conclusión:** Vemos que parece que pueden haber distintos grados de cultura de cumplimiento en función del conocimiento y la voluntad que tengan los órganos de dirección de la persona jurídica sobre los elementos necesarios y las obligaciones de las que pueden responder. Existen distintas posiciones sobre la exigibilidad que deberían armonizarse de acuerdo con la adecuación social de las actividades que impliquen un cierto riesgo de las personas jurídicas. La cultura de cumplimiento, aunque de por sí parece intangible se muestra a través de cosas tangibles como por ejemplo las preguntas que hacen los empleados por mail al *Chief Compliance Officer* para saber cómo proceder correctamente en casos en los que pudiera haber duda, junto con la respuesta argumentada que éste les da en corto plazo. La observa también A1 cuando en el funcionamiento del Sistema de Compliance implementado las cosas funcionan, se actualizan. Así también detecta un pequeño o mayo grado de ésta en función de obligaciones concretas. Y F1 viene a señalar que en la constitución misma debería ya venir la simiente, y luego desarrollarse de acuerdo con estándares.

#### **9.2.8) Sobre la valoración de los Compliance Programs. Compliance Programs de “maquillaje” y Compliance Programs Penales Efectivos.**

**E1** pregunta a **A1** sobre si se han encontrado con alguien que les pidiera un *Compliance Program* de mínimos, para cubrir lo básico, sin entrar a fondo. **A1**(min. 24:46): «*Bueno nosotros, es una experiencia que arrastramos ya de hace muchos años e incluso porque nosotros como venimos desde la prevención del blanqueo de capitales ya lo hemos vivido hace mucho tiempo. Pero... no te los encuentras en el momento de hacer el presupuesto, pero normalmente estos como van por precio ya no nos entendemos nunca, ... no vamos mucho más allá. Buscan papelitos baratos.* [E1: «*entiendo...*»] *Entonces no, no..., nosotros normalmente nuestras propuestas siempre son muy equilibradas pero son proporcionadas al trabajo hecho con rigor y con seriedad, y allí ya ... O sea, el que busca eso, lo que busca es hacerlo de la forma más bien más económica posible y entonces normalmente ya... en la primera oferta ya desconectas de este tipo de cliente. Y ya se desconecta de ti*». Señala que normalmente cuando les contratan a ellos es porque ya quieren hacerlo bien. **E1** repregunta (min. 25:37): «*Porque... hablando de precios un Compliance bien hecho no puede ser muy barato? Porque que el número de horas que hay que dedicarle...y...?*» **A1** (min. 24:44): «*Un Compliance bien hecho no se acaba de pagar nunca*». **E1** repregunta (min. 25:49): «*¿Por la actualización constante?*». **A1** (min. 25:51): «*Porque es un sistema de gestión.* [E1: «*muy bien...*»] **A1**: «*Ahora...ee.. proporcionalmente no tiene por qué ser caro. La percepción de que un Compliance es caro o barato, estará en relación con la percepción que tienes del sistema de gestión. Si tú lo que entiendes es que el sistema de gestión es una documentación entregable, que se entrega al cliente y allí se termina la labor de Compliance pues evidentemente lo que miras es el coste de ese trabajo de diseño e implementación, pero realmente, un diseño e implementación de sistema de gestión de Compliance en una organización es algo dinámico, no tienes por qué diseñar e implementar un sistema eee.. todo en el mismo ejercicio.... Eso tiene una planificación. A veces hay un diseño estratégico, y ... diversificas el trabajo... con lo cual...arrancas una fase, la pones en marcha, está funcionando la parte del Compliance, mientras tanto vas preparando la que aplicarás dentro de un año o dos cuando haya recursos... Todo eso siempre basado en dos principios fundamentales: el principio de proporcionalidad y el enfoque basado en el riesgo*». No lo ven pues como hacer un concreto servicio al cliente, puntual, y luego marcharse. Sino que lo que ofrecen es un sistema de gestión, y que le den los elementos, los recursos para gestionarlo el día a día, conforme a un modelo, conforme a unos estándares. «*Y, por lo tanto, pues como pensamos que eso es así pues también a veces no le decimos que lo*

*haga todo el primer año, sino que hacemos diferentes capas, y las capas más superficiales las dejamos para luego.... Con lo cual el coste del sistema, si es caro o barato, bueno es... Al final no lo acabas de pagar nunca porque lo estás siempre mejorando, manteniendo (...)» «Porque en el fondo siempre tienes que buscar un equilibrio, porque hay un concepto muy importante que es la proporcionalidad». Resalta que «*un principio básico del Compliance es la proporcionalidad a la hora de buscar ese equilibrio entre los recursos que tenga la organización, la capacidad que tiene y los riesgos realmente importantes que genera y la capacidad para afrontar ese riesgo con criterios razonables, ¿no? Esa es la cuestión.*»*

**F1** (min. 37:33) En su opinión no le puede faltar a un buen Compliance Program: «Las cosas que son buenas, bonitas y baratas, es decir nadie, política de admisión de clientes proveedores e inversores, hay que saber con quién se contrata, investigaciones, toma de decisiones, roles competenciales perfectamente definidos, la metodología de analizar las operaciones de riesgo perfectamente, documentar por qué o no de esa operación de riesgo. Canal de denuncias, política de formación e información a empleados.

**F1** (min. 9:37) «*A ver yo creo que sobre esta cuestión sí que la Circular de la Fiscalía aporta mucha luz, al final cuando acudimos al fundamento de la figura es mucho más fácil la respuesta. Si el fundamento de la figura es minimizar esos riesgos que favorecen la comisión de delitos está claro que la mejor manera de acreditar la eficacia del corporate como instrumento de minoración o neutralización de esos riesgos es ¿qué pruebas tenemos de que se aminoran esos riesgos? Si los principales riesgos son de que a través del anonimato que proporciona la PJ vía fragmentación de decisiones que permiten individualizar en seres humanos concretos quien realmente tiene, por decirlo así, no? en términos coloquiales penales, el dominio del hecho de un determinado delito económico, así como las colaboraciones por la vía de la solidaridad mal entendida no impidiendo el delito por los seres humanos que no tienen colaboración en el mismo, derivación de responsabilidades hacia arriba y similares. La mejor manera de probar que la PJ a través de su organización no contribuyó aportando estos riesgos a que en la fase de ideación criminal el ser humano, mmm..., digamos, decidiera delinquir y delinquiese, es aportar la prueba documental referente a la identificación de ese ser humano y del delito, y así como de los mecanismos de*

*prevención que en la línea de ese concreto delito existían y como los burló. Allí haría principalmente referencia la expresión reducir significativamente el riesgo establecida en el código penal, dentro de la posibilidad de exención. Recordemos que reducir significativamente el riesgo ya debe de otorgar la exención puesto que, si se tuviera que anular en todo caso estaríamos hablando de la responsabilidad objetiva, ... inconstitucional. Es decir, nadie puede garantizar ni económica ni jurídicamente el riesgo cero. Pero sí demostrar en cuanto se reduce. En cuanto se reduce desde una perspectiva preventiva, del delincuente, y sobre todo de prevención especial, parece bastante simple, desde el momento que antes de delinquir, todas las personas físicas integrantes o vinculadas a la empresa sabían cómo iba a proceder la empresa, como preconstituía prueba y cómo controlaba la empresa la actuación, parece que ese sería un elemento muy a tener en consideración para delinquir, y por lo tanto de minoración de la posibilidad de comisión del delito, de disuasión, en vez de favorecer la comisión disuade para cometer. Y posteriormente, en ejecución de (esos, de esa serie de avisos) toda la prueba que se ha preconstituido sobre la misma, en términos parecidos a los del blanqueo que se aporta al proceso penal. Y cuya eficacia e idoneidad objetiva se ve en relación al delito concreto cometido. Luego habría otras partes accesorias, ... Claro, expresión de esto que se ha manifestado y que habla la circular es: número de delitos cometidos, por ejemplo, la continuidad delictiva, desde que escalón competencial, obviamente que la propia persona jurídica haya o no denunciado. Claro, todo estos son mecanismos a ponderar o a tener muy en consideración para ver la eficacia. Claro, recordemos que no es o eficaz o no eficaz. Podemos estar jugando con diversas gradaciones de atenuación hasta lograr la exención, o bien simplemente que es absolutamente ineficaz. El instrumento en sí mismo valorado como documento formal ... entiendo que es un instrumento, tampoco tiene, no debería tener mucho valor... en sí mismo para la eficacia. Lo que importa es el resultado de su aplicación, traducido en toda la prueba que se ha generado, ex ante, y ex post a la comisión del delito, en la concreta rama de actividad dónde se ha desarrollado el delito.*

*Circunstancias tangenciales que no son propias del delito y a tener en cuenta... hombre el histórico, ... claro estamos diciendo que ha sido una excepcionalidad ese delito, y que en condiciones normales tal y como está organizada la empresa es muy difícil delinquir. Esto es lo que nos viene a dar la exención, ¿no? Pues hombre, vamos a analizar el histórico en el ámbito de la protección de la realidad valiosa que quedó lesionada». (min. 13:03) Así, pone por ejemplo si analizamos un caso en el que ha*

existido un delito contra la Hacienda Pública se mirará si han existido antecedentes en la vía administrativa sancionadora o bien si ha habido problemas penales previos. Si de 100.000 actuaciones solo una ha sido delictiva y con una especial maliciosidad de la persona física, en todos los demás supuestos la estructura no favorecía la comisión delictiva. Si la estructura favorecía o no la comisión del delito. Por ejemplo, también señala el supuesto en el que si en una empresa se intentaron tres delitos fiscales que descubrió la propia empresa lo mitigó y denunció a los trabajadores, los despidió, y se generó prueba válida se trataría de un hecho puntual, excepcional. Así, destaca que cuando hablamos de un hecho absolutamente excepcional, puntual (en los cientos de miles de actuaciones de la empresa) **F1** entiende, (min. 13:55) «*que, digamos estaría dentro del riesgo permitido, por decirlo de alguna manera, a nivel de Culpabilidad, de lo que es el defecto de organización socialmente tolerado desde una perspectiva constitucional tanto de eficacia económica como jurídica del mismo. Es decir, de que no es exigible una mayor inversión económica ni puede ser exigible un mejor resultado jurídico, ni de prevención ni de redención habida cuenta de que sino ya nos encontraríamos en un ámbito de inconstitucionalidad de la aplicación de la figura*».

Además, desde el punto de vista de **F1** los Compliance Programs deberían presentarse (min. 20:18) Siguiendo la metodología de la normativa de prevención de blanqueo de capitales. Se guarden documentalmente, en soporte digital, que sea intangible. La propia normativa antiblanqueo nos está diciendo como generar prueba documental, antedatada y válida desde una perspectiva procesal penal para generar prueba contra alguien o de algo. La confidencialidad y la protección a los denunciantes está todo muy bien explicado en la normativa de prevención de blanqueo de capitales. De todo se genera prueba testifical y documental. El mejor protocolo sería a su juicio ese porque existe una regulación concreta y daría seguridad jurídica.

**F1** (min. 47:00) La duda razonable entorno a la eficacia del plan de Compliance debería determinar la exoneración de RPPJ.

**C1** destaca que el daño reputacional puede ser devastador, que van más allá de las exigencias penales.

**Conclusión:** En relación al contenido que debe tener un Compliance Penal Efectivo señalan la importancia de todos los elementos descritos, como por ejemplo el mapeado de riesgos, del canal de denuncias, de las auditorías externas, la necesidad de protocolizar la toma de decisiones y de crear una metodología sobre la razonabilidad y

fundamentación de porque se toman determinadas decisiones, así como la necesaria documentación de todo, con un sistema informático que permita el antedatado y la conservación del documento, que preferiblemente será digital, la necesaria comunicación entre distintas áreas de la empresa tanto en fase preventiva como reactiva resulta fundamental, más allá incluso del canal de denuncias concreto. La formación y el acceso a la información es fundamental, incluyendo en éstas el papel de consultor que hace el Compliance Officer ante las numerosas cuestiones que en su día a día los empleados le formulan. También es de extrema importancia el poder y el peso que se dé al Compliance Officer en la persona jurídica, siendo lo más deseable desde nuestro punto de vista que forme parte del Consejo de Administración, tenga una retribución económica igual que los consejeros, tenga poder para investigarlos e incluso un “blindaje” en caso de tener que reportar una infracción de estos. Además, debe ser visto por el Consejo de Administración y por todo el personal de la empresa, más como un aliado con el que contar siempre que como un enemigo que pone cortapisas a lo que se quiere hacer. Para todo ello es absolutamente crucial el llamado “Tone from the Top”, sin una implicación directa de los líderes no funcionaría. Acorde con todo ello han de tener unos modelos de gestión de los recursos financieros que sean adecuados para impedir la comisión de los delitos que han de ser prevenidos, incluyendo tanto una dotación económica suficiente a tal efecto, como un modelo de control específico de los flujos financieros y de tesorería de la empresa. El sistema disciplinario ha de funcionar, aunque debería concretarse mejor, mediante un acuerdo con los sindicatos a fin de sacar adelante las modificaciones necesarias en los Convenios Colectivos. Debiendo quedar todo bien reflejado con anterioridad a la posible comisión de la infracción, y respetando siempre los límites y garantías que el ordenamiento jurídico impone. Finalmente, la actualización, y la verificación periódica forman parte de propia concepción del sistema de Compliance que se implante en la persona jurídica.

Existe una gradación de niveles de cumplimiento, aunque existen Compliance “de maquillaje”. En nuestra opinión es algo muy pernicioso para las personas jurídicas, y pueden darse casos de fraudes o estafas (al Administrador de la Compañía, a inversores, a socios, e incluso a terceros de buena fe), si se cobra por la instalación y diseño de ese tipo de Compliance “de maquillaje” pretendiendo que son lo que a todas luces no son ni pueden ser. Debiendo distinguir claramente de una mera información general gratuita para quien por primera vez oye del término y quiere saber un poco de que va, que no es más que una breve información sin ningún tipo de consecuencia

jurídica ni ética, de la venta por el diseño e implementación de un Compliance Program con pretensiones de eficacia cuando se hace a sabiendas de que no se va a realizar lo necesario para ese fin. En este sentido, opinamos que el precio, el coste del programa o del sistema de gestión, puede ser en cierta medida un referente. Un buen sistema podría ser el de la necesidad de “acreditar” de alguna forma a los que se quieran dedicar al diseño e implementación de Compliance Programs. Hemos visto que el “boom” y la efervescencia de la aparición de la necesidad de proveerse de Compliance Programs ha sido campo abonado para muchos, algunos sin escrúpulos, con unas finalidades meramente lucrativas (como si se tratara de la “fiebre del oro”), y ahora, que, pasada un poco esa efervescencia, se vislumbra que no es tan sencillo, y que además pueden existir importantes responsabilidades civiles y penales derivadas de un mal diseño e implementación de un Compliance Program, todo apunta a una corrección en la que ya se cuenta con que es necesaria una especialización. Aun y con todo sabemos que existen ya empresas dedicadas a la revisión, precisamente, de Compliance Programs, a fin de auditar su nivel y corregirlo.

En la fase procesal pertinente, una vez entrado a valorar la efectividad, si se planteare la duda sobre la efectividad o no del Compliance Program Penal, pudiendo caber ambas interpretaciones, debe concederse su beneficio a favor de la persona jurídica. Así lo dice F1, y así lo entendemos también nosotros.

En relación al contenido que debe tener un Compliance Penal Efectivo señalan la importancia de todos los elementos descritos, como por ejemplo el mapeado de riesgos, del canal de denuncias, de las auditorías externas, la necesidad de protocolizar la toma de decisiones y de crear una metodología sobre la razonabilidad y fundamentación de porque se toman determinadas decisiones, así como la necesaria documentación de todo, con un sistema informático que permita el antedatado y la conservación del documento, que preferiblemente será digital, la necesaria comunicación entre distintas áreas de la empresa tanto en fase preventiva como reactiva resulta fundamental, más allá incluso del canal de denuncias concreto. La formación y el acceso a la información es fundamental, incluyendo en éstas el papel de consultor que hace el Compliance Officer ante las numerosas cuestiones que en su día a día los empleados le formulan. También es de extrema importancia el poder y el peso que se dé al Compliance Officer en la persona jurídica, siendo lo más deseable desde nuestro punto de vista que forme parte del Consejo de Administración, tenga una retribución económica igual que los consejeros, tenga poder para investigarlos e incluso un

“blindaje” en caso de tener que reportar una infracción de estos. Además, debe ser visto por el Consejo de Administración y por todo el personal de la empresa, más como un aliado con el que contar siempre que como un enemigo que pone cortapisas a lo que se quiere hacer. Para todo ello es absolutamente crucial el llamado “Tone from the Top”, sin una implicación directa de los líderes no funcionaría. Acorde con todo ello han de tener unos modelos de gestión de los recursos financieros que sean adecuados para impedir la comisión de los delitos que han de ser prevenidos, incluyendo tanto una dotación económica suficiente a tal efecto, como un modelo de control específico de los flujos financieros y de tesorería de la empresa. El sistema disciplinario ha de funcionar, aunque debería concretarse mejor, mediante un acuerdo con los sindicatos a fin de sacar adelante las modificaciones necesarias en los Convenios Colectivos. Debiendo quedar todo bien reflejado con anterioridad a la posible comisión de la infracción, y respetando siempre los límites y garantías que el ordenamiento jurídico impone. Finalmente, la actualización, y la verificación periódica forman parte de propia concepción del sistema de Compliance que se implante en la persona jurídica.

### 9.3 Certificaciones.

**A1** destaca que está en el ADN de los Compliance Programs toda la normativa de Compliance.

**C1** (min. 2:40) No utilizan ninguna de las certificaciones. Se están planteando de cara al próximo ejercicio. Puede ser un valor añadido una vez tengan desarrollo bien todo el sistema.

**F1** (min. 23:25) «*Una certificadora lo que hace es una suerte de test de estrés, ¿no? Em.. de análisis de riesgo para un subsector económico, y ver cómo funcionaría ese instrumento en la mitigación del riesgo y sobretodo en la prevención. Y si hubiera reacción como se articularía. Claro, en ese caso, esa empresa externa, aunque a día de hoy por ejemplo AENOR, que es la que conozco, ee...no está operando principalmente así, emite una certificación. Eso como si, ...en si mismo no tiene mucho valor. Lo que tendría valor es como testigo perito todos aquellos que intervienen en el test de estrés que está haciendo la certificadora, y en su caso la pericial que pudiera aportar la certificadora de tipo económico- jurídico sobre el porqué ese Corporate Compliance era bueno, y porque fue un hecho absolutamente excepcional, que se pudiera cometer el*

*delito concreto que se ha constituido en la causa, sobre la base de la previa certificación que se ha efectuado de la sociedad. Si eso es preconstituir prueba pues sí, porque sería por decirlo así, una suerte de auditoría de Corporate Compliance vale? hecho por la certificadora, donde tendríamos que los que intervienen directamente de forma física en el examen y en el test de estrés serían testigos con conocimientos especiales y donde incluso el certificador final que establece su protocolo de certificación sobre el plan de Corporate aportaría una suerte de pericial del porque ellos como certificadora entendían que reunía los caracteres de la exención y que es lo que ha sucedido en el caso concreto en el que a pesar de haberse implantado correctamente el plan de corporate se ha podido llegar a cometer un delito. Es decir, básicamente decir, porque ese delito era imposible o no exigible a la persona jurídica de prevenir desde la perspectiva de para una tentativa y desde la perspectiva de consumación que todo lo que ha generado de prueba la persona jurídica es suficiente para lograr la exención».*

**Conclusión:** En relación con las certificaciones existe una cierta disparidad de criterios, si bien parece que para A1 las referencias en ellas incluidas (normas de estandarización internacionales y nacionales) formarían parte del ADN del Compliance, para F1 las certificadoras podrían tener un destacado papel de cara a acreditar elementos que puedan llevar a la exoneración o atenuación de la RPPJ en un eventual proceso penal. C1 no trabaja todavía con ellas, pero lo están mirando de cara al próximo ejercicio. En nuestra opinión todas las posiciones que hemos visto son acertadas, cada una en su enfoque y ámbito de aplicación.

#### **9.4 Sobre la Función de Compliance.**

**A1** (min 2:40 segunda parte), señala que las personas jurídicas no contratan a externos sino que le otorgan la función a alguien interno de la empresa. Además, hay una serie de conocimientos necesarios: inglés, conocimientos jurídicos, económicos, conocer el sector y la actividad de la empresa es clave, además de tener habilidades para este tipo de trabajo.

**C1** Es *Head of Legal and Chief Compliance Officer*, además es Secretario del Consejo de Administración. Tiene una remuneración económica similar a la de un Consejero, más alta que otros en otras empresas. Se siente bien pagado, apoyado, con

medios, independencia y autonomía. Es muy creativo en su trabajo, se preocupa de que la gente aprenda como hacer bien las cosas (Cultura de Cumplimiento). Implementa diferentes formas de aprendizaje, actualización y revisión de contenidos en los empleados y directivos. Nos parecen muy interesantes las sesiones de Gamming que **C1** realiza, esto es de juegos de competición para ver quién sabe mejor las normas en casos concretos, es decir en ejemplos. No escatima recursos para tal fin: *role playing*, teatrillo, accesibilidad de normas, buzón por e-mail de consultas que él responde, *e-learning*, etc. Le enseña a **E1** como hacen las campañas, noticias de norma que entra en vigor, siempre de una forma interactiva. Por ejemplo, el “árbitro de Compliance”, con un juego en el que el empleado puede ganar un viaje. Se incentiva claramente el aprendizaje de la Cultura de Cumplimiento, se premia, y se castiga su incumplimiento. Están colgadas en la intranet todas las normativas y *guidelines*, actualizadas en vigor, siempre accesibles para todo el mundo en cualquier momento. Es muy extenso, lo tienen por Defensa de Competencia, que para ellos es clave, todo lo de Compliance, con los cuestionarios por ejemplo para saber si es un proveedor con el que pueden trabajar o no. También para las formaciones, están los documentos a firmar. Tienen un proceso de gestión de incidencias. Conviene destacar que **C1** recibe consultas y las responde antes de 24h, siempre de forma motivada y señalando las normas en las que basa la respuesta. Se registran en una base de datos digitalizada al efecto, todas las consultas que ha habido y las respuestas que ha dado el Compliance Officer que se reporta trimestralmente. En su relación con el Consejo de Administración, dice que es muy difícil que el Consejero diga lo contrario de lo que dice el Compliance Officer, pues lo ven como alguien que les está protegiendo. Aunque también señala que si tuviera que abrir una investigación contra algún miembro del Consejo de Administración, sería faltar a la verdad decir que no sería una situación muy incómoda. Sin bien lo cierto es que a él solo le pueden despedir desde la Holding, tiene una cláusula de protección, de blindage, a la que llama algo así como “*solid line report*”. Si el problema viene con la Holding no existe ningún mecanismo “extra”.

**C1** refiere que están trabajando en un software propio para documentar. Y resalta que: «*Somos responsables de la implementación del sistema pero no somos responsables de la efectividad del mismo*». En él se recogen: Actas, firmas, comunicaciones, recordatorios. **E1** observa la facilidad de comunicación para los empleados, tanto a nivel de consultas, como de controles.

**F1**, destaca la necesidad que el Compliance Officer ha de tener poder correctivo sobre todo el personal de la empresa. Debe ser como un Administrador de hecho con poder correctivo sobre incluso los miembros del Consejo de Administración (min. 48:21).

**Conclusión:** La función de Compliance ha devenido un elemento fundamental de una persona jurídica. Más allá de entenderlo como un “censor” que prohíbe conductas y que vigila y persigue a posibles infractores, deviene como un defensor de las conductas éticas, un aliado para hacer bien las cosas, un consultor a quien acudir en caso de duda, un factor creativo en la implementación y desarrollo ya no solo de las normas de obligado cumplimiento, sino también de la cultura de Compliance. Lo aportado por C1 excede con mucho las previsiones que teníamos sobre la función de Compliance, debiendo destacar la innecesidad de ser un ultra especialista en Derecho, ya que es más importante conocer bien la empresa, el sector, y las normas a cumplir. Apoyándose en los especialistas externos cuando lo requiere, y en la delegación de funciones a cada área dónde cada jefe de departamento es un especialista en la materia. De esta manera puede llegar a todo. La creatividad y la flexibilidad son dos factores que hemos visto son importantes en la Función de Compliance, lo cual demuestra un indicador para nosotros importante: se preocupa de que la gente de la empresa sepa cómo hacer bien, en consecuencia se “controlen” indirectamente unos a otros, se implique personalmente a los empleados y directivos en la vía a seguir de lo Ético, demostrando que eso además da beneficios económicos a la persona jurídica. Y todo ello sin perjuicio de la vertiente investigadora y “represiva” con la ha de contar esta función

## **9.5 Acerca de la cuestión de Compliance Program global o solo Compliance Program Penal.**

**C1** señala la necesidad de abrir más allá del puro penal. Apunta que la materia de defensa de la competencia es una cuestión clave, analizan, a través de un cuestionario si pueden o no trabajar con un proveedor desde el punto de vista ético, legal y financiero (min. 24:47) «*No está tan basado en los delitos del CP sino en la estructura que tiene nuestra Holding*».(min. 25:30). Cree que es mejor para los empleados no separar Compliance de lo que sería Corporate Compliance Penal. «*A efectos de empleados del día a día, lo importante es saber que hay unas normativas que*

*cumplir, y hay unas normas éticas y hay unos procedimientos..., porque al final podemos decir que un riesgo penal es muy grave, pero en una empresa como la nuestra que está en Bolsa, las consecuencias financieras de un incumplimiento también son gravísimas. Entonces no quiero que digan... bueno esto es menos grave, esto es más grave...no el incumplimiento de algo que pueda afectar a nuestra reputación es gravísimo» (min. 26: 30). De lo cual se infiere que trataran igual una infracción en materia de protección de datos que un delito contra la intimidad. El daño reputacional es muy peligroso para ellos.*

*F1 (min. 14:37) En principio no entrarían a valorar los, por ejemplo, los 15 tomos de todo el Compliance Program, y se postula en contra por dos motivos: «Una porque en el fondo, hombre uno se podría plantear... igual es operativo en ocho ramas y en 7 no, bien. El análisis concreto se debe hacer con el test de estrés que ha supuesto el delito real. (Jeee), El delito real sí que ha sido un test de estrés de la eficacia del Corporate Compliance, entonces, ...eeee...no...., cuando hablamos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no hablamos de un delito de que a usted le castigo por confeccionar bien o mal un Corporate Compliance, no. No es una obligación formal. Básicamente la idea es, dentro del ámbito de libertad de empresa, usted se organiza como tenga por conven..por conse....cómo quiera, pero me neutraliza los riesgos. A lo que denominamos Corporate Compliance Program, para que quede muy claro es la herramienta que cada empresa en su subsector de economía va a utilizar para mitigar sus propios riesgos que serán diferentes de los de su vecino. Pero que serán similares entre todas aquellas empresas que compiten en un mismo mercado económico, básicamente porque en el ámbito de competencia, y de libre concurrencia, el optimizar resultados hará que todos empleen herramientas similares en medios de pago, de cobros, de selección de clientes, de proveedores, habida cuenta de que serán los óptimos, para optimizar su actividad económica. Es en ese ámbito... dónde eeee.... cada empresa... decidirá ... como mitiga los riesgos... y por tanto ...eeee...cuando invierte como invierte, como se analizan los riesgos que le son asociados y demás. Entonces aquí se plantea el problema de seguridad jurídica, claro en principio ante la ausencia de registros público-privados que establezcan un estándar medio, y sobre todo a nivel de pequeña empresa, esa es por ello que la propia circular y la normativa de blanqueo ya nos van diciendo un poco cómo se pueden mitigar los riesgos en relación a determinadas actividades delictivas. Y ese parece que sea un parámetro regulatorio*

*bastante...mmmm... apreciable a la hora de valorar la eficacia. En principio, el programa entero no. Encima, ... no es ...como lo diríamos... no parece lógico desde una perspectiva ni tan siquiera procesal ni económica, valorar si han hecho bien o mal el documento escrito, porque en el fondo el documento escrito vale lo que vale, la gracia es como se aplica, y como sirve en relaciones de estructura de la empresa, o sea... no se regula directamente desde la administración pública por la imposibilidad cuando no conoces el marco en el que compite la empresa ni la propia empresa. Por tanto, el programa en sí mismo tampoco sería susceptible de una revisión... rigurosa por parte de una autoridad de persecución penal. Lo que sí que es susceptible de análisis riguroso es la consecuencia de aplicación del plan frente a una actividad delictiva concreta, y es lo que realmente se va a examinar. Es decir, si se aportan los 15 millones de folios se le devuelven y se dice que se aporte, dentro de la trama de la actividad, por ejemplo y ya cogiendo el desglose del 31bis 5 del CP: Una, por dónde ha pasado el delito, dos, personas físicas con roles competenciales en la trayectoria del delito, tres, si, por ejemplo, han habido pagos ¿quién tenía competencia para el pago? ¿Y en base a por qué lo activó?, cuatro, si alguien tenía algún otro tipo de competencia relacionado con el delito cómo se activó, cinco, las tomas de decisiones cuando se tenían que hacer quién intervenía, seis, en esas tomas de decisiones sí había una metodología económica a seguir para la razonabilidad económica de la operación, ¿si se apartaron o no de la misma?, ¿qué cortafuegos había?, y si no se apartaron hicieron algún tipo de memoria económica, donde estará la razonabilidad de su operación económica financiera que ha resultado ser por ejemplo simulada. Todo ello, ya nos iría conduciendo en un escenario real a poder a analizar si realmente era eficaz o no. Pone por ejemplo, en un caso de estafa de inversiones, si no hemos incorporado la metodología de auditora de cuentas en relación a la normativa contable mercantil internacional de cómo vamos a valorar una empresa que tenemos un activos, si luego hay una estafa de inversiones cuando hemos aportado capital, el corporate no es correcto porque no limitaba o dificultaba la discrecionalidad. De nuevo acuda a la normativa de blanqueo de capitales.*

**Conclusión:** El “efecto Compliance”, a nuestro juicio, no ha hecho más que comenzar, pues afectará a todos los ámbitos del ordenamiento jurídico. Ya lo estamos viendo en el mercantil, en el financiero, en el laboral, en el administrativo, en el civil, etc. Además, trascenderá lo que son meramente las personas jurídicas imputables que señala el artículo 31 bis en relación con el 31 quinquer del CP. En nuestra opinión, tarde

o temprano el Tribunal Penal Internacional debería acabar juzgado a personas jurídicas, además de las físicas, pues existen ya varios estudios que coadyuvan esa necesidad.

Parece que estamos ante un campo en constante desarrollo, en el que las normas legales van por detrás del otro tipo de “normas”. Por seguridad jurídica, conviene fijar unos estándares, y acabar con la incertidumbre que se puede dar en algunos casos.

## **CONCLUSIONES**

### **1- Sobre el Compliance.**

Compliance es ya una disciplina autónoma que trasciende la RPPJ y cuya vinculación con la RPPJ implica un cada vez mayor y mejor conocimiento de todo lo que afecta a dicha disciplina. Tanto en el diseño de los Compliance Programs como en su ulterior valoración, la remisión a materias y normas de Compliance tiene cada vez más importancia.

### **2- Sobre el Sistema y el modelo de RPPJ.**

El Sistema español de RPPJ es único no existiendo en Derecho comparado ningún sistema igual. Ello implica que el prisma desde el cual debe analizarse la RPPJ está condicionado por los elementos de este sistema, expuestos en este trabajo. Así el modelo de RPPJ acorde con ese sistema y con la configuración del Injusto y de la Culpabilidad es el modelo de Autorresponsabilidad, aunque no puro, o completo. Motivo por el que preferimos utilizar la expresión de Modelo Mixto con gran tendencia a la autorresponsabilidad. Sobre esos cimientos hay que construir una Teoría del Delito para las Personas Jurídicas.

### **3- Sobre el Injusto de la PJ.**

El Injusto de la PJ se construye con el reverso en negativo de los elementos que lo anulan. El núcleo del Injusto es el defecto de organización y la ausencia del debido control. El tipo de la PJ es un tipo compuesto, está compuesto por el Injusto de la persona física y el Tipo de la PJ, en una relación tal que la exigencia de delito cometido por persona física en alguna de las dos vías de imputación supone que el tipo de la PJ requiere de forma innegable la acción típica de una persona física, aunque no se pueda identificar, cuyo injusto forma parte del tipo de la PJ. Así, ello implica que las causas de justificación de la persona física conducirían a la atipicidad de la PJ.

### **4- Sobre la Culpabilidad de la PJ.**

La Culpabilidad de la PJ se construye con el reverso en negativo de los elementos que la eliminan. Así el núcleo de la Culpabilidad lo constituye el reproche por no tener una Cultura de Cumplimiento que al caso en concreto hubiera evitado, prevenido, detectado o bien haber hecho reaccionar a la PJ. Ese juicio de reprochabilidad puede exonerar a

una PJ que no disponga de un *Effective Compliance Program*, por no serle exigible otra forma de haber procedido.

#### 5- Sobre la exoneración de RPPJ en sede de Injusto

La exoneración en sede de Injusto se puede dar por la concurrencia de una causa de justificación de la persona física que suponga la atipicidad en la PJ, y por la concurrencia de la causa de justificación consistente en haber implementado de manera adecuada un *Effective Compliance Program Penal* en la segunda vía de imputación. En la primera vía de imputación, para que se dé la exoneración de RPPJ deben concurrir además otros elementos reveladores tanto de un buen sistema que funciona como de una voluntad de elusión fraudulenta de la persona física a la que se refiere el artículo 31 bis 1 a) del CP.

#### 6- Sobre la exoneración de RPPJ en sede de Culpabilidad

La Cultura de Cumplimiento de la PJ aplicada al caso concreto puede exonerarla de responsabilidad penal aun y no teniendo un *Compliance Program* efectivo. En sede de Culpabilidad será el juicio de reprochabilidad lo que indicará si existió o no esa Cultura de Cumplimiento al caso concreto.

#### 7- Sobre las atenuantes de RPPJ: atenuantes *ex ante*, *ex post* y procesales.

Para las PJ existen atenuantes *ex ante*, *ex post* y procesales. Las atenuantes *ex ante*, establecidas en los artículos 31 bis 2, último párrafo, y 31 bis 4, último párrafo, son aquellas que están vinculadas a las causas de justificación que anulan el Injusto de las PJ, de una forma muy parecida a la establecida por el artículo 21.1<sup>a</sup> del CP para las personas físicas. El criterio de consideración será cualitativo sin perjuicio de tener en cuenta también el cuantitativo a la hora de valorar la atenuante en sede de Injusto. Existen también las atenuantes *ex post*, establecidas en el artículo 31 quater del CP, que son aquellas que estarían vinculadas a la excusación por tener una Cultura de Cumplimiento.

Y existe también una atenuante de naturaleza procesal que son las Dilaciones Indebidas, establecidas en el artículo 21.6<sup>a</sup> del CP, de aplicación tanto para la persona física como para la persona jurídica.

#### 8- Sobre el contenido necesario para un *Effective Compliance Program* Penal

El *Effective Compliance Program* Penal es aquel que contiene todo lo expuesto en el artículo 31 bis 5 del CP, en relación con el artículo 31 bis 2., y 31 bis 3 del CP. Es decir, no tendrá tal consideración aquel *Compliance Program* que no hiciere que el delito cometido por la primera vía de imputación solo pueda ser cometido “eludiendo fraudulentamente los mecanismos de prevención, control y reacción del citado *Compliance Program*. Por lo tanto, no hablamos en realidad de dos cosas distintas para la primera y para la segunda vía de imputación, sino de un concepto igual de *Effective Compliance Program*, que produce dos niveles de exigencia distintos según la vía de imputación.

Para la determinación de cuál es el contenido necesario de un *Effective Compliance Program* si bien partimos de lo establecido en el Código Penal, lo cierto es que ello no es suficiente. A nuestro juicio, hay que ser más exigentes en relación al contenido del *Compliance Program* Penal. Para su desarrollo hay que acudir a las materias de Compliance y al desarrollo dogmático existente, que hemos visto a lo largo de este trabajo, junto con la normativa de aplicación a cada elemento. De lo que resulta que el nivel de exigencia es sustancialmente mayor del que una mera lectura de dichos preceptos del Código Penal pudiera sugerir. Además, existen límites que las PJ no pueden franquear, como por ejemplo en las investigaciones internas, y garantías que deben respetar, o como por ejemplo el anonimato en el Canal de denuncias. Las características de estos *Compliance Programs* hacen que en realidad sea más adecuado hablar de Sistemas de Gestión de Compliance Penal.

#### 9- Sobre la prueba de un *Effective Compliance Program*.

La valoración de un *Compliance Program* efectivo puede ser muy compleja y requerir además de su aportación a la causa, la aportación de otros elementos tales como periciales, documentales, informes de expertos, y testificiales. Los estándares del sector también serán de gran ayuda, actuando como una suerte de Lex Artis. La valoración de la idoneidad del *Compliance Program* se hará trasladándonos al momento concreto en el que se cometió el delito y sus circunstancias concurrentes, valorando también cual era la situación justo antes de su comisión (previsión), y también justo después (reacción).

#### 10- Sobre el doble efecto de los *Compliance Programs*.

Los *Compliance Programs* Penales efectivos tienen un carácter bifronte, puesto que por un lado son, desde un punto objetivo un sistema de gestionar los riesgos y obligaciones de la PJ, delimitado y concreto, capaz de anular el Injusto de la PJ, otorgándole el legislador un carácter eximente de responsabilidad penal. Y, por otro lado, son manifestación de la existencia de Cultura de Cumplimiento en la PJ. Su elaboración y correcta implementación son indicadores de dicha Cultura de Cumplimiento, que además se ve reflejada dentro del contenido del *Compliance Program*.

#### 11- Las Certificaciones.

Las Certificaciones no son ni pueden ser un elemento que garantice la exoneración de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si bien son de gran ayuda, demuestran un grado de Cultura de Cumplimiento en el momento dado en que se obtiene la certificación, y son importantes indicadores a tener en cuenta a la hora de valorar el *Compliance Program* Penal.

#### 12- De *lege ferenda*.

En nuestra opinión debería procederse a una ampliación de delitos en ese catálogo *numerus clausus* para las PJ, puesto que resulta inexplicable que algunos hayan quedado fuera. Debe procederse también a una mejor regulación de las circunstancias atenuantes en sede de Injusto. A nivel procesal, existen todavía importantes cuestiones no resueltas como el posible conflicto de intereses que puede surgir entre la persona física y la persona jurídica, por lo que debería modificarse la LeCrim para resolverlas.

Un factor que puede ayudar a conseguir más seguridad jurídica sería contar con *reguladores* como ocurre para la prevención de los delitos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

## BIBLIOGRAFÍA

- AAVV, “Capítulo II. Problemas de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, AAVV GARCÍA ARÁN, M. (coord.), *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- AAVV, *Diccionario del español jurídico*, AAVV (dir.) MUÑOZ MACHADO, S., Espasa Libros S.L.U., Barcelona, abril 2016.
- AAVV, *Libro Blanco sobre la Función de Cumplimiento* es una iniciativa de la Asociación Española de Cumplimiento (ASCOM) presentada por ALAIN CASANOVA ISLA en el *II Congreso Nacional de Cumplimiento*, celebrado en Madrid el 1 de diciembre de 2016.
- ALARCÓN GARRIDO, A., *Manual teórico-práctico del Compliance Officer*, Sepín, Madrid, 2016.
- ALONSO GALLO, J. “Los Programas de Cumplimiento” en DÍAZ-MAROTO VILLAREJO, J., (dir.) *Estudios sobre las Reformas del Código Penal Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Ed. Civitas. Madrid 2011.
- ANTÓN VIVES, T.S., *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- ARMENTIA MORILLAS, P., “Canal de Denuncias”, AAVV SAIZ PEÑA, C.A., (coord.) *Compliance, cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- ARMENTIA MORILLAS, P., “Plan de acción e implantación del *Compliance Program*. Plan de prevención, detección y reacción”, AAVV (coord.) SÁIZ PEÑA, C.A., *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- ARTAZA VARELA, O., “Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal”, AAVV MIR PUIG, S. – CORCOY BIDASOLO, M. - GÓMEZ MARTÍN, V. (dirs.), HORTAL IBARRA, J.C. – VALIENTE IVAÑEZ, V. (coords.) *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer S.L., Madrid, 2014.

- ARTAZA VARELA, O., *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2013.
- ATKINSON, P. – HAMMERSLEY, M., “Ethnography and participant observation”, AAVV DENZIN, N.K. – LINCOLN, Y. (eds.), *Handbook of qualitative research*, Thousand Oaks, California: Sage.
- BACIGALUPO SAGESSE, S. “El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos” en *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- BACIGALUPO SAGESSE, S., “La responsabilidad de los entes colectivos: societas delinquere non potest!” en (coord.) ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.- COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A.- GÓMEZ PAVÓN, P.- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. – MARTÍNEZ GUERRA, A. *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2013.
- BACIGALUPO SAGESSE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998.
- BACIGALUPO, E., *Cumplimiento y Derecho penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. “Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador español” en BAJO FERNÁNDEZ, M. – FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2<sup>a</sup> Ed. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el código penal, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2015.
- BAUCELLS LLADÓS, J., “Las penas previstas para la persona jurídica en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII (2013). ISSN 1137-7550: 175:218.
- BAUCELLS LLADÓS, J., “Título III. De las Penas”, AAVV CÓRDOBA RODA, J. – GARCÍA ARÁN, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte General (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio)*, Marcial Pons, Barcelona, 2011.
- BLUMENBERG, A.D. – GARCÍA-MORENO, B., “Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo”, AAVV, MIR PUIG, S. – CORCOY BIDASOLO, M. – GÓMEZ MARTÍN, V., (dirs.), HORTAL IBARRA, J.C. – VALIENTE IVAÑEZ, V., (coord.), *Responsabilidad*

*de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014.

- BONATTI BONET, F., *Implementación y certificación de sistemas de Compliance Penal conforme a la norma UNE 19601:2017*, Lefebvre-El Derecho, en formato E-Book.
- CARBONELL MATEU, J.C. – MORALES PRATS, F. – DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. “Personas Jurídicas: art. 31.BIS CP” en ÁLVAREZ GARCIA, F.J. – GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.), *Consideraciones a Propósito del Proyecto de Ley de 2009 de Modificación del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010.
- CARBONELL MATEU, J.C., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su ‘dogmática’ y al sistema de la reforma de 2010”, en *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época* – Núm. 101, septiembre 2010.
- CARDONA TORRES, J. en “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Diario La Ley* nº 7699, Año XXXII, 21 sept. 2011, ref. D-348.
- CARRAU CRIADO, R., *Compliance para Pymes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- CASANOVAS YSLA, A., *Legal Compliance. Principios de Cumplimiento Generalmente Aceptados*, Difusión Jurídica, Madrid, 2013.
- COCA VILA, I., “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, AAVV, SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.)– MONTANER FERNÁNDEZ, R., (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, 2013.
- COCA VILA, I., “La posición jurídica del abogado: entre la confidencialidad y los deberes positivos”, AAVV SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.) – MONTANER FERNÁNDEZ, R. (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, 2013.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe de 26 de febrero de 2009 al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*.
- CORBETTA, P., *Metodología y Técnicas de Investigación Social*, Mc Graw Hill, Madrid, 2003.
- CORDOBA RODA, J. – GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), AAVV *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, Barcelona, 2011.

- CRIADO CARRAU, R., *Compliance para Pymes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- CUGAT MAURI, M., “La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las Compliance”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV (2015).
- CUGAT MAURI, M., “Título VII. De la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos”, AAVV CÓRDOBA RODA, J. – GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte General (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*, Marcial Pons, Barcelona, 2011.
- DANNECKER, G. *Evolución del Derecho penal y sancionador comunitario europeo*, Marcial Pons, Barcelona, 2001.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, AAVV DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.(dir.) –DE LA MATA BARRANCO, N.J. (coord.) *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- DE LA CUESTA, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español” en Revista electrónica de la AIDP (ISSN-1993-2995), 2012, A-01:1.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Vademécum de Derecho Penal*, 4º Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- DEL ROSAL BLASCO, B., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención”, AAVV MORILLAS CUEVA, L. (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015.
- DEL ROSAL BLASCO, B., “Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado”, *Diario La Ley*, Nº 8732, Sección Doctrina, 1 de abril de 2016, Ref. D-135, Editorial La Ley.
- DEMETRIO CRESPO, E., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, Tomo II, Teoría del Delito*, 2º Ed., Iustel, Madrid, 2015.

- DENZIN, N.K. – LINCOLN, Y. (eds.), *Handbook of qualitative research*, Thousand Oaks California: Sage, 1994.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., en “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”, en *InDret* nº 1/2012, Barcelona 2012, publicado en <http://www.indret.com/pdf/875.pdf>.
- ECIJA BERNAL, A., “Métricas, indicadores y cuadro de mandos del Compliance”, AAVV, (SAIZ PEÑA, C.A., (coord.), *Compliance, cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- EIJOO SÁNCHEZ, B.J. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., (dir.) *Estudios sobre las Reformas del Código Penal Operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero*, Civitas, Madrid, 2011.
- ENSENYAT DE CARLOS, SYLVIA, *Manual del Compliance Officer. Guía práctica para los responsables de habla hispana*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- ESCUDERO, M., “Diagnóstico y mapa de riesgos de Compliance”, AAVV, (SAIZ PEÑA, C.A., (coord.), *Compliance, cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- ESTEBAN DE LA ROSA, F., “Competencia internacional de los Tribunales españoles para conocer de los delitos cometidos por personas jurídicas”, AAVV ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. – MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. (coords.), *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- ESTRADA I CUADRAS, A.- LLOBERT ANGLÍ, M., “Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas”, AAVV, SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.) – MONTANER FERNÁNDEZ, R., (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, 2013.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, AAVV, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal. Operadas por las L.O. 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

- FEIJOO SÁNCHEZ, B., *El delito corporativo en el código penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, Aranzadi (Civitas Thomson Reuters), Cizur Menor (Navarra), 2015.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. “Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal”, AAVV, BAJO FERNÁNDEZ, M.-FEIJOO SÁNCHEZ B.J.-GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, 1<sup>a</sup> Ed., Cizur Menor (Navarra), 2012.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. “Presupuestos para la conducta típica de la persona jurídica: los requisitos del art. 31.bis.1”, AAVV, BAJO FERNÁNDEZ, M. – FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Minor (Navarra), 2012.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal”, AAVV BAJO FERNÁNDEZ, M. – FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, 2<sup>a</sup> Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., “*Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español*”, AAVV, BAJO FERNÁNDEZ, M. – FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, 2<sup>a</sup> Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Algunas consideraciones críticas sobre el nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas introducido por la LO 5/2010” en *Revista de Derecho Penal*, Lex Nova, ISSN 156-9763 nº 31.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español (una visión crítica)”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, ISSN 1696-6759, nº 25, 2011.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., “Regulación vigente: exigencias legales que permiten la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica y estructura de imputación (CP art. 31.bis. 1 y 2 inciso 1º y 5º)”, AAVV JUANES PESES, A., (dir.) – DÍEZ RODRÍGUEZ, E. (coord.) *Responsabilidad penal y procesal*

*de las personas jurídicas* (Memento experto), Lefebvre- El Derecho, Madrid, 2015.

- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010*, 1 de 2011.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015*, 22 de enero de 2016.
- FLICK, U., *Introducción a la investigación cualitativa*, 3<sup>a</sup> ed., Morata, Madrid, 2012.
- GALÁN MUÑOZ, A., “La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad”, en *Revista General de Derecho Penal*, nº 16, Iustel, Madrid, 2011.
- GÁLVEZ BRAVO, R., Los modus operandi en las operaciones de blanqueo de capitales, Bosch, Barcelona, 2014.
- GALLEGOS SOLER, J-I., “Criminal Compliance y Proceso penal: reflexiones iniciales”, AAVV MIR PUIG, S. – CORCOY BIDASOLO, M. – GÓMEZ MARTÍN, V., (dirs.) y HORTAL IBARRA, J.C. – VALIENTE IVAÑEZ, V. (coords.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014.
- GARCÍA ARÁN, M. “art.31.bis”, AAVV CÓRDOBA RODA, J. – GARCÍA ARÁN, M. (dirs.) *Comentarios al código penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- GARCÍA ARÁN, M. “Culpabilidad, legitimación y proceso” en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41, 1988.
- GARCÍA ARÁN, M., “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, AAVV *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor Doctor Don Ángel Toribio López*, Comares, Granada, 1999.
- GARCÍA ARÁN, M., (coord.), “Capítulo II. Problemas de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” (Seminario realizado en la Universitat Autònoma de Barcelona el día 8 de junio de 2012, relatora Nelly Salvo, texto definitivo y conclusiones redactado por todo el equipo), AAVV, *La*

*delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, Tirant lo Blanch, Valencia, noviembre de 2014.

- GARCÍA MORENO, B., “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”, AAVV NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso Penal y Persona Jurídica*, Marcial Pons, Madrid 2012.
- GIMENO BEVIA, J., *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas. Adaptada a las reformas del CP y LeCrim, Circular de la FGE 1/2016 y Jurisprudencia del TS*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- GIMENO BEVIÁ, J., *Cumplimiento y Proceso Penal. El Proceso penal de las personas jurídicas. Adaptada a las reformas del CP y LECRI, Circular FGE 1/2016 y Jurisprudencia del TS*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- GIMENO BEVIA, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- GIMENO SENDRA, V. y GIMENO BREVIÁ, J., elaboraron un DICTAMEN, “Código de buena conducta de las personas jurídicas” en <http://www.icava.org/documentación/persjuridica.pdf>
- GOENA VIVES, B., “La atenuante de colaboración”, AAVV, SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.)– MONTANER FERNÁNDEZ, R., (Coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, 2013.
- GOENA VIVES, B., *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, Barcelona, 2017.
- GÓMEZ COLOMER, J.L., “La persona jurídica acusada en el proceso penal español”, AAVV, ARROYO ZAPATERO, L. – NIETO MARTÍN, A. (dirs.), *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GÓMEZ GÓMEZ, J., “Definición del ámbito, materias incluidas y alcance del Compliance Programa”, (en el Bloque III Fases de Implantación de un programa de Compliance), AAVV, SÁIZ PEÑA, C.A., (coord.), *Compliance, cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

- GÓMEZ JARA-DÍEZ C., “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, AAVV BANCOCHE PALAO J., ZARZALEJOS NIETO J., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, marzo de 2011 (1<sup>a</sup> ed.).
- GÓMEZ MARTÍN, V., “Compliance y derechos de los trabajadores”, AAVV, KUHLEN, L. – MONTIEL, J.P. – ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2013.
- GÓMEZ MARTÍN, V., “Compliance y derechos de los trabajadores”, AAVV, (dirs.) MIR PUIG, S. – CORCOY BIDASOLO, M. – GÓMEZ MARTÍN, V., (Coord.) HORTAL IBARRA, J.C. – VALIENTE IVAÑEZ, V., *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014.
- GÓMEZ MARTÍN, V., “Recensión a Manuel Gómez Tomillo, Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2<sup>a</sup> ed., Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, (289 páginas)”, *InDret*, enero de 2016.
- GÓMEZ MARTÍN, V., en CORCOY BIDASOLO, M. – MIR PUIG, S., *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch. Tratados. Valencia 2011.
- GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Actualizado conforme a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en BAJO FERNÁNDEZ, M.-FEIJOO SÁNCHEZ, B.-GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona 2012.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “¿Qué modelo de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas? Una respuesta a las críticas planteadas al modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”, AAVV, ONTIVEROS ALONSO, M. (Coord.) *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia 2014.

- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194, C 08-05 (2006). en <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, AAVV, BANACLOCHE PALAO, J-ZARZALEJOS NIETO, J.- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, 1<sup>a</sup> Ed., Madrid, marzo de 2011.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, AAVV, BAJO FERNÁNDEZ, M.-FEIJOO SÁNCHEZ, B.- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona 2012.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “La atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica”, AAVV, BAJO FERNÁNDEZ, M.-FEIJOO SÁNCHEZ, B.- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona 2012.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “La Culpabilidad de la persona jurídica”, en BAJO FERNÁNDEZ, M. -FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DIEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2<sup>a</sup> Ed., Aranzadi (Civitas- Thomson Reuters), Madrid, 2015.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “Sistemas de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en BANCOCHE PALAO J., ZARZALEJOS NIETO J., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, marzo de 2011 (1<sup>a</sup> ed.).
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. “Sistemas de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en BANCOCHE PALAO J., ZARZALEJOS NIETO J., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, marzo de 2011.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Barcelona, 2005.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “¿Qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas? Una respuesta a las críticas planteadas al modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial” AAVV,

ONTIVEROS ALONSO, M. (coord.) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194, RECPC 08-05 (2006), en <http://criminet.urgr.es/recpc>.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El Injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)”, AAVV BAJO FERNÁNDEZ, M. – FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 20 de marzo por la que se modifica el Código Penal*, 2<sup>a</sup> Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, AAVV, BAJO FERNÁNDEZ, M. – FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarro), 2016.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, AAVV BANACLOCHE PALAO, J. – ZARZALEJOS NIETO, J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, AAVV, BAJO FERNÁNDEZ, M. – FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La Culpabilidad de la persona jurídica”, AAVV BAJO FERNÁNDEZ, M. – FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. – GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarro), 2016.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas” AAVV, ARROYO JIMÉNEZ, L.- NIETO MARTÍN, A. (dirs.) *Autorregulación y sanciones*, 1<sup>a</sup> Ed., Valladolid, noviembre de 2008.

- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cátedra de investigación Financiera y Forense de la Universidad Rey Juan Carlos-KPMG” *Diario La Ley*, núm. 4082/2010.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, núm. 7.534, Año XXXI, 23 de diciembre de 2010.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *El modelo constructivista de Culpabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, BdF, Montevideo-Buenos Aires, 2010.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La Culpabilidad Penal de la Empresa*, Marcial Pons, Madrid 2005.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31bis, ter, quáter y quíñquies”, AAVV GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dir.) – MATALLÍN EVANGELIO, A. (coord.) – GÓRRIZ ROYO, E. (coord.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GONZÁLEZ FRANCO, J.A. – SCHEMMEL, A. – BUMENGERG, A., “La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento”, AAVV, ARROYO ZAPATERO, L. – NIETO MARTÍN, A. (dirs.), *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- GONZÁLEZ SIERRA, P., en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, Granada 2012.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., – JUANES PESES, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor”, *Diario La Ley*, núm. 7501, 3 de noviembre de 2010.
- GONZÁLEZ-CUELLAR, SERRANO, N., y JUANES PESES, A., en “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas antes de su entrada en vigor”, *Diario La Ley*, NÚM. 7501, de 3 de noviembre de 2010.

- GOÑI SEIN, J.L., “Programas de cumplimiento empresarial (*Compliance Programs*): aspectos laborales”, AAVV, (dirs.) MIR PUIG, S. – CORCOY BIDASOLO, M. – GÓMEZ MARTÍN, V., (Coord.) HORTAL IBARRA, J.C. – VALIENTE IVAÑEZ, V., *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, E., “Los Compliance Programs como eximiente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La ‘eficacia e idoneidad’ como principios rectores tras la reforma de 2015”, en *Revista General de Derecho Penal* núm. 24, Iustel, noviembre de 2015.
- HERNÁNDEZ COBO, P., “Plan de acción e implantación del *Compliance Program*. Plan de prevención, detección y reacción”, AAVV SÁIZ PEÑA, C.A. (coord.), *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- HOPF, C., “Die Pseudo-Exploration: Überlegungen zur Technik qualitativer Interviews in der Sozialforschung”, *Zeitschrift für Soziologie*, 7. <http://www.penal.org/sites/default/files/files/DelaCuesta%20Pjuri%CC%81idicasEsp%202012%281%29.pdf>
- JANESICK, V.J., “The dance of qualitative research design”, AAVV DENZIN, N.K. – LINCOLN, Y. (eds.), *Handbook of qualitative research*, Thousand Oaks, California: Sage.
- JUANEZ PECES, A., “Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Consideraciones generales y problemas sustantivos y procesales que dicha responsabilidad suscita”, AAVV JUANES PECES, A. (dir.) – DÍEZ RODRÍGUEZ, E. (coord.), *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Memento Experto, Francis-Lefebvre, Madrid, 2015.
- KUHLEN, L., “Cuestiones fundamentales de Compliance y Derecho penal”, AAVV, (Eds.) KUHLEN, L. – PABLO MONTIEL, J. – ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid 2013.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., “Compliance, debido control y unos refrescos”, AAVV, ARROYO ZAPATERO, L. – NIETO MARTÍN, A. (dirs.), *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., “La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales”, AAVV, NIETO MARTÍN, A.,

- (dir.) *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., “La prevención del delito contra la seguridad de los trabajadores”, AAVV, NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
  - LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., “La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa”, AAVV, (NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
  - LASCURAIN SÁNCHEZ, J.A., “Salvar al Oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)”, AAVV, MIR PUIG, S. – CORCOY BIDASOLO, M. – GÓMEZ MARTÍN, V., (dirs.) HORTAL IBARRA, J.C. – VALIENTE IVAÑEZ, V., (coord.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014.
  - LEGEWIE, H. “Interpretaction und Validierung biographischer Interviews”, AAVV JÜTTEMANN, G. – THOMAE, H., (eds.), *Biographie und Psychologie*. Berlin: Springer, 1987, pp. 1047-1065.
  - LÓPEZ MUÑOZ, M., “El fenómeno del BYOD. El uso de dispositivos personales con fines profesionales”, AAVV, (SAIZ PEÑA, C.A., (coord.), *Compliance, cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
  - MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., “TÍTULO V. De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales”, AAVV CÓRDOBA RODA, J. – GARCÍA ARÁN, M. (dirs.) *Comentarios al Código Penal. Parte General (Incorpora la reforma producida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*, Marcial Pons, Barcelona, 2011.
  - MARSHALL, C., - ROSSMAN, B., *Designing qualitative research*, Newbury Park, California: Sage, 1989, citadas por a VALLÉS, M.S., *Técnicas cualitativas de investigación social. Reflexión metodológica y práctica profesional*, Síntesis, Madrid, 2007.
  - MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General, 5<sup>a</sup> ed.*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016. DEMETRIO CRESPO, E., AAVV “La punibilidad”, DEMETRIO CRESPO, E. (coord.) – VICENTE

- MARTÍNEZ, R. – MATELLANES RODRÍGUEZ, N., *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, 2ª, ed, Iustel, Madrid, 2015.
- MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, C. Derecho penal económico y de la empresa. Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
  - MASCHMANN, F., “Compliance y derechos del trabajador”, en, AAVV, (Eds.) KUHLEN, L. – PABLO MONTIEL, J. – ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid 2013.
  - MATUS ACUÑA, J.P., “La certificación de los programas de cumplimiento” AAVV, ARROYO ZAPATERO, L. – NIETO MARTÍN, A. (dirs.), *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
  - MAYRING, P., *Qualitative Inhaltsanalyse. Grundlagen und Techniken*, 7º Ed., Weinheim: Deutscher Studien Verlag, 1997.
  - MEUSER, M. – NAGEL, U., “ExpertInneinterviews: vielfach erprobt, wenig bedacht. Ein Beitrag zur qualitativen Methodendiskussion”, AAVV GARZ, D. – KRAIMER, K. (eds.), *Qualitative-empirische Sozialforschung*. Opladen: Westdeutscher Verlag.
  - MIR PUIG, S., “Las nuevas penas para personas jurídicas: una clase de penas sin culpabilidad”, AAVV, MIR PUIG, S. – CORCOY BIDASOLO, M. – GÓMEZ MARTÍN, V., (dirs.) HORTAL IBARRA, J.C. – VALIENTE IVAÑEZ, V., (coord.) *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014.
  - MIR PUIG, S., “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, “RECPC”, nº6, 2004.
  - MONTANER FERNÁNDEZ, R., “La estandarización alemana de los sistemas de gestión de cumplimiento: implicaciones jurídico-penales”, AAVV, SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.) – MONTANER FERNÁNDEZ, R., (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, 2013.
  - MONTIEL, J.P., “Autolimpieza empresarial: programa de cumplimientos, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales”, AAVV, KUHLEN, L. – MONTIEL, J.P. – ORTIZ DE URBINA GIEMENO, I., (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2013.
  - MOOSMAYER, K., “Las investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales”, AAVV, ARROYO ZAPATERO, L. – NIETO MARTÍN,

- A. (dirs.), *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- MORALES PRATS, F., “La Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.
  - MORALES PRATS, F., *La utopía garantista del Derecho Penal en la nueva “Edad Media”*, discurso de ingreso en la Real Acadèmia de Doctors, el 5 de noviembre de 2015, Col·lecció Reial Acadèmia de Doctors, nº 30.
  - MORENO GARCÍA, B., “Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”, AAVV (dir.) NIETO MARTÍN, A., *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015.
  - MORSE, J.M., “Designing funded qualitative research”, AAVV DENZIN, N.K. – LINCOLN, Y. (eds.), *Handbook of qualitative research*, Thousand Oaks, California: Sage.
  - MUÑOZ CONDE, F. – GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal Parte General*, 9<sup>a</sup> Ed. Revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
  - MUÑOZ CONDE, F. – GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 8<sup>a</sup> edición, Tirant lo Blanch, p. 205, y en Alemania a ROXIN, C., *Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Civitas, Madrid, 2008.
  - MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., “Programas de cumplimiento ‘efectivos’ en la experiencia comparada”, AAVV ARROYO ZAPATERO, L. – NIETO MARTÍN, A., *El Derecho Penal en la era Cumplimiento*, Tirant lo Blanch, 2013.
  - NAVAS MONDACA, I., “Los códigos de conducta y el Derecho Penal Económico”, AAVV, SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.)– MONTANER FERNÁNDEZ, R., (Coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, 2013.
  - NIETO MARTÍN, A. “Derecho penal europeo y comparado. Cooperación judicial”, AAVV JUANES PESES, A. (dir.) – DÍEZ RODRÍGUEZ, E. (coord.), *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2015.

- NIETO MARTÍN, A. “Introducción”, AAVV, *El Derecho penal económico en la era Compliance*, ARROYO ZAPATERO, L. / NIETO MARTÍN, A. (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- NIETO MARTIN, A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, 1º Ed., Madrid 2008.
- NIETO MARTÍN, A., “Autorregulación, ‘Compliance’ y Justicia Restaurativa”, en ARROYO JIMÉNEZ, L. – NIETO MARTIN, A. (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- NIETO MARTÍN, A., “Autorregulación, *Compliance* y justicia restaurativa”, AAVV, ARROYO JIMÉNEZ, L. – NIETO MARTÍN, A., (dirs.) *Autorregulación y sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008.
- NIETO MARTÍN, A., “Código ético, evaluación de riesgos y formación”, AAVV NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- NIETO MARTIN, A., “Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas”, AAVV NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- NIETO MARTÍN, A., “Derecho penal europeo y comparado. Cooperación judicial”, AAVV JUANES PESES, A. (dir.), - DÍEZ RODRÍGUEZ, E. (coord.), *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2015.
- NIETO MARTÍN, A., “El cumplimiento normativo”, AAVV, NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- NIETO MARTÍN, A., “Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo”, AAVV, NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- NIETO MARTÍN, A., “Introducción”, AAVV, ARROYO ZAPATERO, L. – NIETO MARTÍN, A., (dirs.), *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013.
- NIETO MARTÍN, A., “Investigaciones internas”, AAVV, NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de Cumplimiento Penal en la Empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- NIETO MARTÍN, A., “La institucionalización del sistema de cumplimiento”, AAVV, NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- NIETO MARTIN, A., “La prevención de la corrupción”, AAVV, NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- NIETO MARTÍN, A., “La privatización de la lucha contra la corrupción”, AAVV, ARROYO ZAPATERO, L. – NIETO MARTÍN, A. (dirs.), *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- NIETO MARTÍN, A., “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, AAVV, KUHLEN, L. – MONTIEL, J.P. – ORTÍZ DE URBINA GIMENO, I. (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- NIETO MARTIN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: The American Way”, AAVV, (dirs.) MIR PUIG, S. – CORCOY BIDASOLO, M. – GÓMEZ MARTÍN, V., (Coord.) HORTAL IBARRA, J.C. – VALIENTE IVAÑEZ, V., *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica societas delinquere potest)”, AAVV, (Eds.) KUHLEN, L. – PABLO MONTIEL, J. – ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid 2013.
- OTERO SALGADO, L.D., “Prevención del blanqueo de capitales”, AAVV, (SAIZ PEÑA, C.A., (coord.), *Compliance, cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- PABLO MONTIEL, J. “Autolimpieza empresarial: Compliance Programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales”, AAVV, (Eds.) KUHLEN, L. – PABLO MONTIEL, J. – ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid 2013.
- PABLO MONTIEL, J., “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa”, AAVV, (dirs.) MIR PUIG, S. – CORCOY BIDASOLO, M. – GÓMEZ MARTÍN, V., (Coord.) HORTAL IBARRA, J.C. – VALIENTE

- IVAÑEZ, V., *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014.
- PALMA HERRERA, J.M., *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en volumen colectivo DIKINSON.
  - PASCUAL CADENA, A., *El plan de prevención de riesgos penales y responsabilidad corporativa*, Bosch Wolter Kluwer, L'Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2016.
  - PÉREZ ARIAS, J., *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Tesis doctoral, Universidad de Murcia, 2013.
  - PÉREZ ARIAS, J., *Sistemas de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Dykinson, Madrid, 2014.
  - PÉREZ CEPEDA, A.I., “Modelos tradicionales de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, AAVV, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (dir.) – DE LA MATA BARRANCO, N.J. (coord.) *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Madrid, 2013.
  - PÉREZ FERNÁNDEZ, P., “Programas de cumplimiento en Derecho de la competencia”, AAVV, NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
  - PINILLOS, J., “Propiedad intelectual y protección de activos intangibles”, AAVV, SAIZ PEÑA, C.A., (coord.), *Compliance, cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
  - PORCIÚNCULA, J.C., y su propuesta de tipo intersubjetivo, *Vid. et cfr. Lo “objetivo” y lo “subjetivo” en el tipo penal. Hacia la “exteriorización de lo interno”*, Atelier, Barcelona, 2014.
  - PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal de la persona jurídica”, Diario La Ley, núm. 7769, 4 de enero 2012.
  - POSADO, L., “Controles técnicos en Sistemas: Monitorización, alertas, etc.”, AAVV, SAIZ PEÑA, C.A., (coord.), *Compliance, cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
  - POSADO, L., “Plan de acción e implantación del *Compliance Program*. Plan de prevención, detección y reacción. 2. Controles técnicos en sistemas: monitorización, alertas, etc.”, AAVV, SÁIZ PEÑA, C., (dir.), *Compliance*.

*Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

- PRITTWITZ, C., “La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los Compliance Officers”, AAVV, (Eds.) KUHLEN, L. – PABLO MONTIEL, J. – ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid 2013.
- PUMARINO MENDOZA, A., “La situación del Compliance en Chile. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, AAVV, (SAIZ PEÑA, C.A., (coord.), *Compliance, cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- PUYOL MONTERO, J., “La figura del Compliance officer: características y responsabilidades”, AAVV, (Coord.) SAIZ PEÑA, C.A., *Compliance, cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- PUYOL MONTERO, J., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, AAVV, (Coord.) SAIZ PEÑA, C.A., *Compliance, cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- PUYOL MONTERO, J., *Criterios prácticos para la elaboración de un Código de Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- QUECEDO LECANDA, R. – CASTAÑO GARRIDO, C., 2002. "Introducción a la metodología de investigación cualitativa". *Revista de Psicodidáctica*, núm. 14, Universidad del País Vasco, Vitoria, 2002, pp. 5-39. Vid. en <http://www.realyc.org>
- QUINTERO OLAIRES, G., “La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema adoptado por el código penal”, en *Estudios Jurídicos*, ISSN- e 1888-7740, nº 2011, 2011.
- QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- QUINTERO OLIVARES, G., “Art. 31 bis.”, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) – MORALES PRATS, F., (coord.) *Comentarios al Código penal español. Tomo I*, 6<sup>a</sup>Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- QUINTERO OLIVARES, G., “Art. 31 bis.”, QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) – MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al Código penal español. Tomo I*, 6<sup>a</sup>Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

- QUINTERO OLIVARES, G., “Artículo 31 bis”, AAVV, QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) – MORALES PRATS, F. (coord.), Comentarios al Código Penal español, Tomo I (Artículo 1 a 233), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- QUINTERO OLIVARES, G., “Comentarios al Libro I: Título II (arts. 31.bis a 31 quinqués)”, AAVV, QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) – MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al Código penal español. Tomo I (arts. 1 a 233)*, 7<sup>a</sup> Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- QUINTERO OLIVARES, G., “La influencia de la penalística italiana en la ciencia penal española”, en *Revista de Derecho penal*, ISSN 1576-9763, nº30, 2010, p.11-47
- QUINTERO OLIVARES, G., “La irrupción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: claroscuros de una novedad”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, ISSN 1575-0078, vol. 110, nº4, 2011.
- QUINTERO OLIVARES, G., “La responsabilidad penal de los partidos políticos como personas jurídicas”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, ISSN 1132-0257, nº 859, 2013.
- QUINTERO OLIVARES, G., “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas físicas” en *Estudios de Derecho Judicial*, ISSN 1137-3520, nº 115, 2007.
- QUINTERO OLIVARES, G., “Una nueva edición de “Los comentarios al código penal español” tras el terremoto de la reforma de 2015”, en *Actualidad Jurídica*, Aranzadi, ISSN 1132-0257, nº918, 2016, p.22 y ss.
- QUINTERO OLIVARES, G., (dir.) QUINTERO OLIVARES, G., *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- QUINTERO OLIVARES, G., *A dónde va el Derecho penal. Reflexiones sobre Leyes penales y los penalistas españoles*, Civitas, Madrid, 2004.
- RAGUÉS I VALLÉS, R., “El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal corporativa: Whistleblowing interno vs. Whistleblowing externo”, AAVV, (dirs.) MIR PUIG, S. – CORCOY BIDASOLO, M. – GÓMEZ MARTÍN, V., (Coord.) HORTAL IBARRA, J.C. – VALIENTE IVAÑEZ, V., *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014.

- RAGUÉS I VALLÈS, R., “El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidad corporativa: Whistleblowing interno vs. Whistleblowing externo”, AAVV MIR PUIG, S. – CORCOY BIDASOLO, M. - GÓMEZ MARTÍN, V (dirs.), HORTAL IBARRA, J.C. – VALIENTE IVAÑEZ, V. (coords.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014.
- RAGUÉS I VALLÈS, R., “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”, AAVV SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.) – MONTANER FERNÁNDEZ, R. (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2014.
- RAGUÉS I VALLÉS, R., *Whistleblowing, una aproximación desde el Derecho Penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2013.
- RAMÍREZ ARBUÉS, F.J. – DÍEZ DE REVENGA RUIZ, A., “El Compliance en las organizaciones. Relación entre Compliance y otras áreas de la empresa. Compliance y Gobierno corporativo.”, AAVV, (Coord.) SAIZ PEÑA, C.A., *Compliance, cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- RAWLS, J. *Una teoria de la justicia*, Accent, Girona, 2010.
- ROBLES PLANAS, R. “¿Delitos de las Personas Jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos.” en *InDret 2/2006*, abril de 2006.
- ROBLES PLANAS, R., “El responsable de cumplimiento (“Compliance Officer”) ante el Derecho Penal” COCA VILA, I., ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?, AAVV, SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.)– MONTANER FERNÁNDEZ, R., (Coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, 2013.
- RODRIGUEZ MOURULLO, G., “El fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas según la circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado”, AAVV, (coord.) ALVAREZ- GARCÍA, F.J. –COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A. – GÓMEZ PAVÓN, P. – MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. – MARTÍNEZ GUERRA, A., *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- RODRIGUEZ RAMOS, L., “¿Cómo puede delinuir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (la participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)”, en *Diario La Ley*, nº7651, de 3 de febrero de 2011.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., “El delito de sospecha blindado” y la responsabilidad objetiva “impura” en la Circular 1/2011 de la FGE” en *Diario La Ley*, nº7694, de 14 de septiembre de 2011.
- RODRIGUEZ, G., “Recepción de denuncias, investigación interna y obtención de evidencias”, AAVV, (Coord.) SAIZ PEÑA, C.A., *Compliance, cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- ROJAS GUERRERO, M., “Firma electrónica”, AAVV, (Coord.) SAIZ PEÑA, C.A., *Compliance, cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- ROMA VALDÉS, A. (dir.) AAVV, *Código penal comentado. Comentarios tras las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo*, Bosch, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2015.
- ROMA VALDÉS, A., Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Rasche, 2012.
- ROSADO IGLESIAS, G., *La titularidad de los Derechos fundamentales por la persona jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ROXIN, C., *Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Civitas, Madrid, 2008.
- SAHAN, O., “Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado”, AAVV, KUHLEN, L. – MONTIEL, J.P. – ORTIZ DE URBINA GIEMENO, I., (eds.), *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2013.
- SAIZ PEÑA, C.A. “Introducción, ¿Qué es el Compliance? Claves para la comprensión de esta obra. Grandes confusiones sobre Compliance. Futuro del Compliance. La ISO 19600 de Compliance.”, AAVV, (Coord.) SAIZ PEÑA, C.A., *Compliance, cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- SÁIZ PEÑA, C.A., “El cumplimiento en las organizaciones. Relación entre cumplimiento y otras áreas de la empresa. Cumplimiento y Gobierno

- corporativo”, AAVV SÁIZ PEÑA, C.A. (coord.), *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- SÁIZ PEÑA, C.A., *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
  - SALVO ILABEL, N., en *Modelos de imputación penal a las personas jurídicas: Estudio comparado de los sistemas español y chileno*, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona 2014.
  - SARACÍBAR, E. – GONZÁLEZ, C., “Privacidad y protección de datos”, AAVV, (Coord.) SAIZ PEÑA, C.A., *Compliance, cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
  - SCHÜNEMANN, B., “La responsabilidad penal de las empresas: para una necesaria síntesis entre dogmática y política criminal” en ONTIVEROS ALONSO, M. (Coord.) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
  - SEMINARA, S., “Compliance y Derecho Penal: La experiencia italiana”, AAVV, (dirs.) MIR PUIG, S. – CORCOY BIDASOLO, M. – GÓMEZ MARTÍN, V., (Coord.) HORTAL IBARRA, J.C. – VALIENTE IVAÑEZ, V., *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014.
  - SERRANO ZARAGOZA, O., “Compliance y prueba de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como conseguir la exención de responsabilidad penal de una persona jurídica en el curso de un concreto procedimiento penal”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 6/2016, parte Estudio, Aranzadi (Cizur Menor) 2016, de 7 de junio de 2016.
  - SIEBER, U., “Programas de ‘Compliance’ en el Derecho Penal de Empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en (coord.) URQUIZO OLAECHEA, J.- ABANTO VÁSQUEZ, M.- SALAZAR SÁNCHEZ, N. *Dogmática Penal de Derecho Penal Económico y Política Criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann*. Volumen I. Fondo Editorial Universidad San Martín de Porres. Lima (Perú) 2011.
  - SIEBER, U., “Programas de Compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, AAVV, ARROYO ZAPATERO, L. – NIETO MARTÍN, A. (dirs.), *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- SIEBER, U., “Programas de *cumplimiento* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, AAVV ARROYO ZAPATERO, L., - NIETO MARTÍN, A. (dirs.) –*El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 65.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M - *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Edisofer, Madrid, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. – VARELA, L. “Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo”, en COCA VILA, I., ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?, AAVV, SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.)– MONTANER FERNÁNDEZ, R., (Coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Evolución ideológica de la discusión sobre la ‘responsabilidad penal’ de las personas jurídicas”, en *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 29, nº 86-87, 2008.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. en “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en, Derecho español”, AAVV, SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.) - MONTANER FERNÁNDEZ, R. (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. y VARELA, L., en “Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: la influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo”, AAVV, SILVA SÁNCHEZ, J.M. (dir.) – MONTANER FERNÁNDEZ, R. (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Deberes de vigilancia y Compliance empresarial” en KUHLEN, L. – PABLO MONTIEL, J. – ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Eds.), AAVV, *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas”, en *Derecho penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 29, nº 86-87, 2008.

- SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Convenio del Consejo de Europa sobre cibercriminalidad”, en *Cuadernos de Derecho Judicial* nº 9, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Yates Memorandum”, *InDretPenal*, nº4, 2015.
- TIEDEMANN, K., “El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico”, AAVV, ARROYO ZAPATERO, L. – NIETO MARTÍN, A. (dirs.), *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.-
- VALLÉS, M.S., *Técnicas cualitativas de investigación social. Reflexión metodológica y práctica profesional*, Síntesis, Madrid, 2007.
- VAN WEEZEL, A., “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en ONTIVEROS ALONSO, M. (Coord.) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado. Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo*, Atelier, Barcelona, 2015.
- VELASCO NUÑEZ, E. – SAURA ALBERDI, B., *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y Compliance*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- VELASCO NUÑEZ, E. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales”, *Diario La Ley*, núm. 7883, 19 de junio de 2012.
- VELASQUEZ YÁNEZ, H., “Sociedad de la información: LSSI, cookies, redes sociales, retención de datos”, AAVV, (Coord.) SAIZ PEÑA, C.A., *Compliance, cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- VELÁZQUEZ VIOQUE, D., Responsabilidad penal de las empresas ¿Cómo probar el debido control? Publicado el 22 de febrero de 2013, en su blog [http://www.cuatrecasas.com/media\\_repository/docs/esp/responsabilidad\\_penal\\_de\\_las\\_empresas\\_como\\_probar\\_el\\_debido\\_control\\_392.pdf](http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/responsabilidad_penal_de_las_empresas_como_probar_el_debido_control_392.pdf)
- VERA VÉLEZ, L., en el enlace <http://wwwponce.inter.edu/cai/Comité-investigacion/investigacion-cualitativa.html>.

- VILLEGAS GARCÍA, M.A. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- ZÁRATE CONDE, A. – GONZÁLEZ CAMPO, E., *Derecho penal parte General*, Wolters Kluwer, Madrid, 2015.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. en “España. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. – MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. (dirs.) *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español en la web del Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, 10 de diciembre de 2010, p. 2 y ss. *Vid.* en [http://www.ciidpe.com.ar/area1/Z\\_Espinar.pdf](http://www.ciidpe.com.ar/area1/Z_Espinar.pdf)
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica”, *Cuadernos de Política Criminal*, 81, 2003.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas” en *Cuadernos de Política Criminal*, 1994.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “La ampliación del sujeto del Derecho Penal: entes colectivos susceptibles de ser penados conforme a los artículos 31 bis y 129 del Código Penal”, en, AAVV (Coord.) ALVAREZ GARCÍA, F.J. – COBOS GÓMEZ DE LINARES, M.A. – GÓMEZ PAVÓN, P. – MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. – MARTÍNEZ GUERRA, A. (coords.), AAVV *Libro homenaje al profesor Luís Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “La responsabilidad criminal de los partidos políticos y los sindicatos”, AAVV, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. – MARÍN DE

ESPINOSA CEBALLOS, E.B. (Coord.), Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español”, *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2001.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., “*Societas delinquere potest* (Análisis de la reforma operada en el Código penal español por medio de la LO 5/2010, de 22 de junio”, en *La Ley Penal* nº 76, 2010.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., Et al., Derecho penal. Parte General, Valencia, 2004.
- ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 3<sup>a</sup> Ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.