

# La función del Compliance penal en el modelo español de responsabilidad penal de la persona jurídica.

El reto de probar su eficacia e idoneidad en sede judicial.

---

Autor: Gonzalo de las Heras Zúñiga  
Director: Dr. D. Damián R. Fuentes Cuenda  
Titulación: Máster en Derecho Penal Económico

Pamplona, 18 de septiembre de 2020

# ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN .....	5
II. EL DELITO CORPORATIVO. LA PERSONA JURÍDICA COMO SUJETO PENALMENTE RESPONSABLE .....	7
1. Principales teorías formuladas sobre el modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica .....	8
1.1. El modelo de responsabilidad vicarial o por transferencia.....	8
1.2. El modelo de autorresponsabilidad o por hecho propio .....	9
2. Justificación de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio .....	10
3. La última reforma realizada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Los requisitos determinantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica.....	12
4. Evolución y estado actual de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo .....	16
5. Conclusiones sobre el estado actual de la cuestión .....	19
III. LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE PENAL. ORÍGENES, OBJETO Y CONTENIDO .....	21
1. Antecedentes y orígenes históricos de los programas de Compliance Penal .....	22
2. La exención de responsabilidad penal de la persona jurídica por la implantación de un modelo de organización y gestión eficaz .....	24
3. La eximente incompleta y las atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica .....	28
4. Elementos que debe contener el sistema de gestión de Compliance penal .....	28
4.1. Política de Compliance .....	29
4.2. Órgano de vigilancia y control .....	29
4.3. Mapa de riesgos penales y controles para su prevención y mitigación .....	30
4.4. Protocolos y procedimientos en relación con el proceso de toma de decisiones en la empresa .....	31
4.5. Modelo de gestión de recursos financieros .....	31
4.6. Canales de denuncia o <i>whistleblowing</i> .....	31
4.7. Sistema disciplinario .....	32
4.8. Verificación periódica de la eficacia del modelo .....	32
4.9. Programas de formación a directivos y empleados .....	33

<b>IV. LA PRUEBA SOBRE LA EFICACIA E IDONEIDAD DE LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE PENAL .....</b>	<b>34</b>
<b>1. La carga procesal de probar la idoneidad del programa de Compliance penal .....</b>	<b>35</b>
<b>2. Posibles recursos existentes para valorar la eficacia de un programa de Compliance penal .</b>	<b>38</b>
2.1. Los criterios establecidos por la Fiscalía General del Estado para valorar la idoneidad y eficacia de los programas de Compliance .....	39
2.2. La auditoría del Compliance penal por parte de terceros y los problemas prácticos que plantea en la actualidad .....	43
2.2.1 El posible recurso a la norma UNE-ISO 19601:2017 .....	45
2.2.2 Las dudas que plantea la práctica de una prueba pericial judicial sobre la idoneidad del Compliance penal .....	49
2.3. Las certificaciones emitidas por terceros .....	51
2.4. Conclusiones .....	54
<b>3. Propuestas de reforma para establecer mecanismos procesales destinados a lograr una temprana exoneración de responsabilidad penal de la persona jurídica basada en la efectividad de su Compliance penal .....</b>	<b>55</b>
<b>V. CONCLUSIONES .....</b>	<b>61</b>
<b>VI. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>65</b>
<b>VII. FUENTES JURÍDICAS .....</b>	<b>69</b>

## ABREVIATURAS

CP	<i>Código Penal.</i>
FGE	<i>Fiscalía General del Estado.</i>
LEC	<i>Ley de Enjuiciamiento Civil.</i>
LECrim	<i>Ley de Enjuiciamiento Criminal.</i>

## RESUMEN

El presente estudio tiene por objeto analizar cuáles son los fundamentos del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica en España y el papel que este último atribuye a los programas de *Compliance* penal. Asimismo, se examinará cuál debe ser el contenido mínimo de estos últimos, y los principales problemas que está suscitando en la práctica judicial la compleja tarea de valorar su idoneidad y eficacia, planteando posibles soluciones basadas en el derecho comparado.

## PALABRAS CLAVE

Persona Jurídica, Responsabilidad penal, Compliance Penal.

## ABSTRACT

*The purpose of this study is to analyse the foundations of the criminal liability of legal persons in Spain and the role played by criminal Compliance programs. This study will also address the main problems that the complex task of evaluating the suitability and effectiveness of such programs is raising, proposing possible solutions based on comparative law.*

## KEYWORDS

*Legal person, Criminal liability, Criminal Compliance.*

## I. INTRODUCCIÓN.

Hace ahora una década las personas jurídicas comenzaron a ser consideradas sujetos susceptibles de incurrir en responsabilidad penal. La reforma supuso un verdadero cambio de paradigma en el derecho español, que hasta entonces había sido edificado sobre unos cimientos fuertemente asentados en el principio “*societas delinquere non potest*”. No obstante, la modificación de 2010 pronto se reveló insuficiente para dar cabida a todo un nuevo modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica, que sigue despertando a día de hoy un acalorado -aunque cada vez más templado- debate dogmático.

La reforma de 2015 contribuyó a apuntalar el fundamento del modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica y atribuyó un protagonismo esencial a los programas de Compliance Penal<sup>1</sup>, que desde entonces fueron configurados como un elemento capaz de exonerar a la persona jurídica de una eventual responsabilidad penal<sup>2</sup>.

Con el paso del tiempo y la llegada de los primeros casos a los Tribunales de Justicia, las discrepancias puramente teóricas se han visto eclipsadas por problemas de tipo práctico, que han emergido con motivo de las llamativas lagunas conceptuales y procesales que sigue planteando el ordenamiento penal español en esta materia, muchas de las cuales derivan de la ausencia de un estatuto procesal para la persona jurídica. Una parte importante de estos obstáculos se proyectan, precisamente, sobre los modelos de Compliance penal, respecto de los cuales no existen criterios objetivos para valorar su idoneidad y eficacia, ni mecanismos procesales que permitan analizarlos en una etapa concreta del proceso penal.

---

<sup>1</sup> A los cuales nos iremos refiriendo de distinta manera a lo largo del presente trabajo para evitar continuas reiteraciones. Se utilizan términos como sistema/modelo/programa de Compliance penal (el más utilizado en el ámbito profesional y doctrinal), o Compliance penal a secas, modelo de organización y gestión de riesgos penales (terminología empleada por el artículo 31 Bis del Código Penal), o plan de prevención de delitos (aun siendo esta una nomenclatura que algunos entiende ya desfasada).

<sup>2</sup> Pues la reforma inicial operada por la Ley 5/2010, de 22 de junio, únicamente atribuyó valor atenuante a los modelos de organización y gestión destinados a prevenir la comisión delictiva.

Estas deficiencias están motivando que las empresas que han implantado de forma efectiva una cultura de cumplimiento normativo se vean incomprensiblemente abocadas a recorrer el mismo periplo judicial que aquellas que no han desplegado ninguna conducta con dicho propósito. La injusticia que esta situación genera es manifiesta, y en nada ayuda a incentivar la deseada difusión de una cultura respetuosa con el cumplimiento normativo en las empresas de nuestro país.

A estas alturas, cuando la cuestión sobre el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica parece bascular hacia el lado de quienes la conciben como una responsabilidad por hecho propio, nuestro legislador debe acometer sin más dilación reformas procesales de calado que habiliten cauces específicos para investigar y enjuiciar los ilícitos cometidos por las personas jurídicas, y que permitan librar a la empresa que haya cumplido satisfactoriamente su deber de supervisión, vigilancia y control de la dañina “pena de banquillo”.

Sólo así se logrará despejar el sinuoso camino que debe seguir actualmente una persona jurídica cuando es objeto de una investigación penal. Y sólo así podrá convertirse la ética corporativa en un verdadero incentivo para nuestras empresas, y la delincuencia en un negocio nada rentable.

Así pues, el presente trabajo tendrá por objeto analizar, desde un enfoque cualitativo, cuáles son los aspectos teórico-dogmáticos en los que se inspira nuestro modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica, y el papel que juega en relación con el mismo el Compliance penal. Estudiado lo anterior, se expondrán cuáles son los elementos que integran un sistema de prevención de riesgos penales, y se terminará examinando, desde un enfoque proyectivo, qué problemas plantea en la práctica la tarea de analizar la eficacia e idoneidad de un Compliance penal y qué posibles soluciones podrían articularse para salvar las profundas lagunas normativas que existen actualmente al respecto.

## II. EL DELITO CORPORATIVO. LA PERSONA JURÍDICA COMO SUJETO PENALMENTE RESPONSABLE.

Los sistemas jurídicos de los países del denominado *civil law* se erigieron sobre la idea de que un ente ficticio carecía de capacidad de acción para delinquir y de culpabilidad, en contraposición a lo sucedido en los estados de *common law*, en los cuales arraigó de manera mucho más temprana la posibilidad de imputar penalmente a las personas jurídicas. Este hecho explica, como más adelante se verá, la enorme ventaja que los ordenamientos jurídicos de estos últimos países nos llevan en la materia aquí analizada.

Sin embargo, fenómenos como la globalización, la creciente complejidad de la realidad económica y de las estructuras empresariales, y el surgimiento de sonados escándalos corporativos, empujaron finalmente a los Estados de nuestro entorno a promover desde la década de los ochenta<sup>3</sup> la introducción de un verdadero derecho punitivo contra las sociedades.

La elevada complejidad que supondría tener que regular el funcionamiento interno de las sociedades, llevó a los distintos legisladores a apostar por un sistema basado en la autorregulación en el que el coste de prevenir el delito corre a cuenta de la propia persona jurídica, en descargo del Estado (TORRAS 2018, p. 27). Hay quien ha visto en ello un fenómeno privatizador en el ámbito de la prevención del delito (FERNÁNDEZ 2018, p. 2), por medio del cual se pretende que los propios sujetos obligados sean quienes se ocupen de implantar en su seno medidas tendentes a evitar la comisión de ilícitos penales. Y todo ello con el incentivo de verse exonerados de una

---

<sup>3</sup> Entre las iniciativas más destacables a este respecto cabe reseñar la recomendación núm. 18/88 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 20 de octubre de 1988, por medio de la cual se destacaba la necesidad de que los distintos estados reconocieran la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus representantes legales (no hacía mención sin embargo a los posibles ilícitos cometidos por los subordinados o dependientes).

eventual responsabilidad penal si, acaecido algún delito dentro de su ámbito, se verificara la idoneidad de las medidas adoptadas por el propio sujeto.

El Estado se ocupa por lo tanto de regular el contexto, marcando los límites del entorno de riesgo permitido, y las propias organizaciones se convierten en sujetos autorregulados. De este enfoque autorregulador participa también el ordenamiento jurídico español (con mayor claridad desde el año 2015), cuya esencia y fundamento será objeto de análisis en el presente apartado.

## **1. Principales teorías formuladas sobre el modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica.**

La reforma del Código Penal de 2010 planteó un intenso debate sobre la naturaleza del modelo de responsabilidad penal por el que había optado nuestro legislador. La Fiscalía General del Estado (a la que en adelante nos referiremos con dicha nomenclatura o con las iniciales “FGE”) mantuvo que se trataba de un régimen de tipo vicarial. Opinión que, hasta el año 2015, fue seguida también por un sector mayoritario de la doctrina (DE LA HERRÁN 2020, p. 6). La otra postura sostenía, sin embargo, que se trataba de un sistema basado en la autorresponsabilidad de la organización.

Seguidamente veremos cuáles son los fundamentos esenciales de estas dos posturas, y las implicaciones prácticas que puede tener optar por una u otra.

### **1.1. El modelo de responsabilidad vicarial o por transferencia.**

Este planteamiento, arraigado en la teoría clásica del delito, considera que las personas jurídicas carecen de acción y no pueden cometer por sí mismas ninguna actuación ilícita. Se mantiene que son en realidad los sujetos, las personas físicas -que sí disponen de capacidad de acción y de culpabilidad-, quienes pueden perpetrar el delito y transferírselo, en su caso, a la persona jurídica.

Por lo tanto, bajo este punto de vista, la sociedad no comete el delito, sino que deviene responsable de los cometidos por otros. Por ello, para los defensores

de esta postura, la tarea esencial que debe ponerse en práctica en el procedimiento penal consiste en individualizar una conducta antijurídica en una concreta persona física. Una vez hecho esto, sólo será necesario comprobar si concurren los requisitos establecidos en el tipo penal para que la responsabilidad penal derivada de dicho ilícito se transfiera a la persona jurídica.

La más conocida partidaria de esta teoría es la Fiscalía General del Estado, que en sus Circulares 1/2011, de 1 de junio de 2011, y 1/2016, de 22 de enero de 2016, ha venido manteniendo que el artículo 31 Bis del Código Penal establece un sistema de responsabilidad vicarial o por transferencia. También pueden citarse como seguidores de esta postura a GONZÁLEZ (2015, p. 147) y a QUINTERO (2015, pp. 78 y ss).

### 1.2. El modelo de autorresponsabilidad o por hecho propio.

Este modelo plantea, en sentido opuesto al anterior, que la responsabilidad penal de la persona jurídica deriva de un hecho propio y diferente del delito cometido por la persona física. Este último se erige como un presupuesto de dicha responsabilidad, pero no en su fundamento, que reside en la necesaria concurrencia de los distintos elementos que configuran el tipo de injusto de la persona jurídica.

El reto principal que plantea este modelo es que requiere configurar ese tipo de injusto propio de los entes colectivos, y adaptar también a la naturaleza de las personas jurídicas una teoría del delito y de la culpabilidad de inspiración antropocéntrica, la cual ha sido construida a imagen y semejanza de la persona física.

Más adelante comprobaremos que esta postura es la que apadrinó desde 2015 la mayor parte de la doctrina. Y, aún sin decirlo expresamente, es también la teoría a la que más se ha aproximado el Tribunal Supremo en las Sentencias que ha dictado hasta la fecha a propósito de esta cuestión.

## **2. Justificación y contenido de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.**

Las personas jurídicas son sujetos de responsabilidad penal en España desde el 23 de diciembre de 2010, fecha en la que entró en vigor la reforma del Código Penal acometida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Con anterioridad, las entidades con personalidad jurídica sólo podían ser objeto de ciertas medidas accesorias recogidas en el artículo 129 del Código Penal<sup>4</sup>, las cuales requerían, para poder imponerse, de la existencia de una previa condena a una persona física. Sin embargo, esta regulación fue tachada de insuficiente, al no resultar aplicable cuando no se había podido individualizar a una concreta persona física como autora del delito (SILVA 1996, p. 363), que es precisamente el supuesto en el que mayor efectividad podía desplegar la adopción de este tipo de medidas (DE LA HERRÁN 2020, p. 5).

La reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 mantuvo en vigor el artículo 129 del Código Penal, pero con la nueva finalidad de imponer dichas medidas accesorias a los entes sin personalidad jurídica en los casos en que estos se vieran envueltos en alguno de los delitos contemplados para las personas jurídicas, y en otros adicionales<sup>5</sup>. E introdujo, como novedad principal, el artículo 31 Bis. Un único y escueto precepto que

---

<sup>4</sup> Cuya redacción entre el 1 de enero de 2004 y la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 establecía lo siguiente: "1. El juez o tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 31 del mismo, previa audiencia del ministerio fiscal y de los titulares o de sus representantes legales podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias: a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años. b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación. c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años. e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma".

<sup>5</sup> Entre estos últimos se encuentran los delitos de manipulación genética (art. 161 CP), de alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262 CP), de falsificación de moneda y efectos timbrados (art. 386 CP), contra los derechos de los trabajadores (art. 319 CP), de obstrucción a la actividad inspectora o supervisora (art. 294 CP), criminalidad organizada (art. 570 quáter CP), terrorismo (art. 571 CP) y asociación ilícita (art. 520 CP).

condensaba en cinco apartados las bases que determinaban la responsabilidad penal de la persona jurídica.

La literalidad del precepto sugería que el legislador español había optado por un modelo de atribución de responsabilidad penal de tipo vicarial o por transferencia, en el que el delito cometido por una de las personas físicas enunciadas en el apartado primero del artículo 31 Bis se transfería sin solución de continuidad a la persona jurídica si le reportaba algún tipo de provecho. Este planteamiento fue asumido por amplios sectores de la doctrina científica, de la judicatura y por la propia Fiscalía General del Estado (DE LA HERRÁN 2020, p. 7). Y es el que sigue manteniendo en nuestros días este último organismo, como veremos seguidamente.

Sin perjuicio de lo anterior, el apartado segundo de este primigenio artículo 31 Bis del Código Penal reconoció la autonomía de la responsabilidad penal de la persona jurídica, admitiendo la posibilidad de condenar a esta última aun cuando no se pudiera localizar a la persona física autora del delito. Seguía siendo necesario constatar la existencia de un previo delito cometido por una persona física en el seno de la empresa y en provecho de esta última, pero no resultaba ya preciso condenar de manera efectiva al individuo que lo hubiera perpetrado, superándose de esta forma uno de los principales inconvenientes que se habían atribuido al modelo anterior.

Por otro lado, de la lectura conjunta de los apartados segundo y cuarto del precepto comentado, se desprendía con claridad que los programas de Compliance penal recibían una importancia totalmente residual, ya que sólo podían operar como una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Pero en ningún caso una circunstancia eximente, como afirmó la propia Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2011 de 1 de junio de 2011, en cuya conclusión cuarta se sostenía que dichos programas de Compliance penal *“no constituyen ni el fundamento de la imputación de la persona jurídica ni el sustrato de una pretendida culpabilidad de la empresa”*.

Por consiguiente, el sistema definido por la Ley Orgánica 5/2010 se limitó en un principio a establecer una suerte de traslación directa a la persona jurídica de la

responsabilidad penal derivada de los delitos que hubieran cometido ciertas personas dependientes de la misma, sin establecer ningún tipo de incentivos a la autorregulación empresarial, más allá del destinado a atenuar una -en apariencia- irremediable responsabilidad penal en caso de delito.

La parquedad de algunos de los elementos configuradores del tipo, como el alcance que debía tener el deber de mantener el “debido control” o la posibilidad de atribuir una naturaleza no económica al “provecho” requerido para la persona jurídica, suscitaron intensos debates que no encontraron una respuesta clara hasta la posterior reforma del año 2015. Podemos afirmar, por lo tanto, que esta reforma introductoria de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España despertó más recelos que confianza, y más dudas que certezas.

### **3. La última reforma realizada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Los requisitos determinantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica.**

La Ley Orgánica 1/2015 se vio obligada a aclarar, desde su propia exposición de motivos (vid. apartado III de su preámbulo), que la regulación sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica establecida en 2010 no planteaba un régimen de responsabilidad vicarial, sino un modelo basado en un hecho propio de la persona jurídica, consistente en la infracción por parte de esta última de su deber de “debido control”.

La reforma dibujó con mayor claridad las diferentes vías o títulos de imputación<sup>6</sup> de la persona jurídica que ya recogía la versión de 2010, los cuales determinan que hay dos clases de individuos que pueden generar responsabilidad penal a la sociedad:

---

<sup>6</sup> La literalidad del artículo admite la posibilidad de que una misma conducta ilícita desencadene la imputación de la persona jurídica por las dos vías señaladas. Piénsese en el supuesto de que del delito cometido por una persona del epígrafe b) del art. 31 Bis CP, motive a su vez otro delito en una persona del apartado a) derivado del incumplimiento grave de sus deberes por dolo, imprudencia grave o a título de comisión por omisión (vid. artículo 11 CP). En estos casos, la Fiscalía General del Estado aboga por dirigir la imputación a la persona jurídica por las dos vías establecidas en el artículo 31 Bis.1 CP. No obstante, lo más habitual será que el título de imputación provenga de una sola de las vías descritas.

- Artículo 31 Bis 1.a: De un lado, la persona jurídica será responsable de los delitos que hayan cometido sus representantes legales, las personas que ostenten capacidad de decisión, o quienes gocen de facultades de organización y control dentro de la empresa, cuando dicho delito hubiera sido cometido en nombre o por cuenta de la sociedad, y en su beneficio directo o indirecto.
- Artículo 31 Bis 1.b: De otro lado, la persona jurídica también responderá de los delitos cometidos por quienes se encuentren sometidos al control de las personas indicadas en el epígrafe anterior, cuando el incumplimiento grave por parte de estas últimas de sus deberes de supervisión, vigilancia y control haya permitido la comisión del ilícito penal.

Esta agrupación en dos categorías de los miembros de la sociedad se explica por las distintas responsabilidades y funciones que asumen en la empresa sus respectivos integrantes. De ahí que, mientras el apartado a) requiera que el delito sea cometido “*en nombre y por cuenta de la persona jurídica*”, dado el poder representativo y decisorio que desempeñan los miembros de esta primera categoría, el epígrafe b), relativo a los empleados y subordinados sin poder de decisión ni organización, sólo requiere que el delito haya sido realizado “*en el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta*” de la sociedad.

También cobra importancia la distinta regulación que hace el precepto sobre la entidad que debe revestir el incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control. Mientras que, en el caso de los delitos cometidos por los subordinados, el incumplimiento de dichos deberes debe ser reputado como grave para tener relevancia penal, en el caso de los delitos cometidos por los representantes, directivos y mandos intermedios de la empresa sería suficiente un incumplimiento leve o menos leve para considerar conformado el juicio de tipicidad (DE LA HERRÁN 2020, p. 16).

Por otro lado, del análisis del citado artículo 31 Bis CP también pueden extraerse los presupuestos que fundamentan la responsabilidad penal de la persona jurídica:

- En primer lugar, es preciso que una de las personas físicas indicadas en los epígrafes a) y b) del artículo 31 Bis.1 CP haya cometido un delito. No resulta

necesario, sin embargo, que dicha persona física sea condenada, ni siquiera que haya sido identificada (vid. artículo 31 ter CP).

- El delito en cuestión debe ser uno de los que pueden cometer las personas jurídicas de acuerdo con lo establecido en el Código Penal.
- Debe existir además un hecho de conexión entre el delito cometido por la persona física y el de la persona jurídica<sup>7</sup>.
- También debe concurrir un beneficio directo o indirecto para la persona jurídica<sup>8</sup>.

Pero este listado debe ser completado con un requisito adicional y esencial, que justifica el fundamento último de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y configura el injusto y la culpabilidad propios de esta última. Se trata, en concreto, de la falta de adopción de medidas de organización y control idóneas y eficaces para mitigar o reducir todo lo posible la comisión de delitos en el seno de la empresa.

Este último punto es el que ha hecho correr más ríos de tinta sobre el modelo de responsabilidad penal de las sociedades en España. Como antes se ha indicado, la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2015 afirma que el fundamento de dicha responsabilidad reside en la infracción por parte de la empresa de su deber de “debido control”, que en la terminología usada por el artículo 31 Bis CP de 2015 pasó a denominarse deber de “supervisión, vigilancia y control”.

Este deber que se atribuye a la sociedad de tener que supervisar, vigilar y controlar su propia actividad constituye el núcleo central del modelo configurado por el legislador

---

<sup>7</sup> El cual viene dado por la singular relación existente la persona física autora del delito y la persona física. En el caso de los representantes y responsables de la sociedad, el delito se comete “*en nombre y por cuenta de la persona jurídica*”, y en el de las personas bajo su supervisión, el ilícito se realiza “*en el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta*” de la sociedad.

<sup>8</sup> Nótese que el artículo 31 Bis de 2015 emplea la expresión “*beneficio directo o indirecto*” en contraposición al término “*provecho*” que figuraba en la versión de 2010. Dicha modificación fue interpretada unánimemente como la confirmación de que, como ya habían apuntado algunos, el beneficio para la empresa no debía ser la motivación principal del delito (pues lo habitual será, precisamente, que el delincuente busque su propio lucro), y podría tratarse de una ventaja indirecta o tangencial.

español, y tiene como eje central a los programas de Compliance penal, cuyo contenido será analizado en un siguiente capítulo de este trabajo.

Existen distintas teorías dogmáticas que plantean enfoques muy diferentes sobre la naturaleza jurídica que cabe atribuir a los programas de Compliance penal. Optar por una u otra tiene una innegable trascendencia en la práctica, pues la opción elegida determinará quién tendrá la carga de probar en sede judicial la inexistencia de elementos idóneos de control en la empresa:

- La tesis mayoritaria postula que el injusto propio de la persona jurídica es su organización defectuosa o inexistente, y que su culpabilidad viene dada por el defecto de organización (BACIGALUPO 2011 y DÍAZ 2011). La ausencia de Compliance se convierte pues, para los defensores de este planteamiento, en un elemento objetivo del tipo penal (DE LA HERRAN 2020, p. 13). Y, por lo tanto, en un elemento que debe ser acreditado por la acusación.
- La tesis minoritaria considera, por el contrario, que el injusto propio de la persona jurídica es el hecho de conexión con la persona física, y que su culpabilidad reside en el defecto de organización. Para los seguidores de esta postura, es la propia sociedad quien debe probar la existencia e idoneidad de las medidas de Compliance penal adoptadas en la empresa, pues al situar esta cuestión en el ámbito de la culpabilidad, rige el mismo criterio aplicable a las causas eximentes (cuya acreditación, de acuerdo con reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo, debe estar tan probada como el hecho en sí mismo).
- También ha recibido aceptación en ciertos sectores de la doctrina una tesis alternativa planteada por GÓMEZ-JARA (2016, pp. 121-129). Este autor sostiene, en la misma línea que la tesis mayoritaria, que el injusto propio de la persona jurídica va referido a un defecto de organización doloso o imprudente. Pero en lo relativo a la culpabilidad, identifica esta última con una deficiente cultura empresarial. Por lo tanto, desde el punto de vista de este autor, será también la acusación quien deberá probar la ausencia de medidas eficaces de prevención del delito en la empresa.

En cualquier caso, ya se opte por una u otra teoría<sup>9</sup>, es evidente que nuestro modelo ha otorgado a los programas de Compliance penal eficacia para exonerar a la persona jurídica de responsabilidad penal.

#### **4. Evolución y estado actual de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.**

El Tribunal Supremo tardó más de cinco años en pronunciarse por vez primera sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>10</sup>. Lo hizo mediante la Sentencia núm. 154/2016 de 29 de febrero de 2016 (ponente Excmo. Sr. José Manuel Maza), dictada varias semanas después de que la Ley Orgánica 1/2015 hubiera dado al Código Penal su redacción actual, y de que la Fiscalía General del Estado hubiera hecho pública su Circular 1/2016.

En esta primera resolución el Pleno de nuestro Alto Tribunal evita posicionarse sobre la naturaleza del modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica adoptado por el Código Penal (si es de tipo vicarial o si está basado en un hecho propio). Sin embargo, sus argumentos basculan, sin duda alguna, a favor de un sistema basado en la responsabilidad por el hecho propio y en la reivindicación de un injusto propio, como presupuestos *sine qua non* para proclamar la autoría penal de la persona jurídica<sup>11</sup>.

La Sentencia marca así importantes distancias con el criterio fijado por la Fiscalía General del Estado, rechazando tajantemente que el fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica resida en el previo delito cometido por una persona física. Se afirma que dicho fundamento debe residir en un elemento propio y diferenciado, que identifica con la existencia de un defecto organizativo en el seno de la empresa como

---

<sup>9</sup> Mención aparte merece la posición mantenida por la Fiscalía General del Estado, que sostiene que la existencia de un modelo eficaz de Compliance penal operaría como una suerte de excusa absolutoria. No obstante, debe tenerse en cuenta que este último organismo, al contrario que los seguidores de las teorías antes comentadas, concibe una responsabilidad penal de la persona jurídica de tipo vicarial.

<sup>10</sup> Cabe aclarar que la Sentencia núm. 514/2015 del Tribunal Supremo de 2 de septiembre de 2015 (sí hizo una breve referencia sobre el tema, aunque de carácter muy tangencial, limitándose a indicar que, independientemente del modelo de atribución de responsabilidad penal por el cual se opte (vicarial o por hecho propio), cualquier pronunciamiento de condena a la persona jurídica “*habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal*” (vid. fundamento de derecho tercero).

<sup>11</sup> Planteamiento que ha sido constatado en posteriores resoluciones del propio Tribunal Supremo. Vid., entre otras, la Sentencia núm. 668/2017 del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2017, en su Fundamento de Derecho primero, apartado 1.2.3.

elemento habilitante del delito perpetrado en su seno. De ahí que se rechace sin paliativos que la existencia de un plan de Compliance penal eficaz opere como una excusa absolutoria. Asumir este enfoque, supondría partir de la previa existencia de un delito. Y en opinión del Tribunal Supremo, la presencia de medidas adecuadas de prevención delictiva en la empresa, supone directamente la inexistencia de responsabilidad penal.

De esta forma, la existencia de una cultura empresarial de cumplimiento normativo se erige como un elemento del tipo delictivo propio de la persona jurídica.

La Sentencia de 29 de febrero de 2016 cuenta con un voto particular discrepante, apoyado por 7 de los 15 magistrados que componen la Sala, en el cual estos últimos exponen una visión opuesta sobre este último extremo. Aunque no se discrepa en cuanto a la necesidad de acreditar un injusto propio de la persona jurídica, los Magistrados discordantes conciben la cultura empresarial como un aspecto relacionado con la culpabilidad de la persona jurídica, y no como un elemento del tipo. El Excmo. Sr. D. Antonio del Moral, Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, afirma que este voto particular cuestiona el razonamiento de la Sentencia, pero no el fallo de la misma. Y entiende que, a pesar de que ambas posturas, mayoritaria y discordante, parten *“desde posiciones dogmáticas muy diferentes las soluciones prácticas van a ser iguales”* (NAVARRO y DEL MORAL, 2017).

Esta diferencia de criterio tiene una relevancia esencial en la práctica. Pues si asumimos que la inexistencia de una cultura de cumplimiento empresarial opera como un elemento del tipo penal de la persona jurídica, será la acusación quien vendrá obligada a acreditar su concurrencia. Mientras que, si se concibe como un elemento de la culpabilidad, será la sociedad quien deberá asumir la carga de probar que al acontecer el ilícito penal tenía implantado un sistema de prevención de delitos eficaz.

Transcurridas apenas dos semanas desde la publicación de dicha resolución el Tribunal Supremo dictó su Sentencia núm. 221/2016 de 16 de marzo de 2016 (ponente Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez), por medio de la cual se fraguó el concepto de *“delito corporativo”* y se apuntaló la tesis mayoritaria de la Sentencia de 29 de febrero

de 2016. Esta resolución, sin llegar a decantarse tampoco por un concreto modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica, constató que desde el plano del respeto a las garantías procesales y fundamentales de las que son deudores todos los justiciables (ya sean personas físicas o jurídicas), no resultaría aceptable admitir un sistema que diferencie dos categorías de sujetos imputables, con distintos niveles de exigencia a la hora de acreditar la concurrencia de sus correspondientes delitos.

En opinión de esta importante resolución, la persona jurídica debe quedar sujeta a las mismas prerrogativas y exigencias legales que la persona física. Especialmente al derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española. En su desarrollo argumental la Sentencia desgana los requisitos procesales y materiales que deben concurrir para poder condenar penalmente a una persona jurídica, y que podríamos resumir de la siguiente manera:

- En el plano procesal, es necesario que la persona jurídica haya sido objeto de una imputación y acusación formales, en las que se hayan hecho constar los concretos hechos que se atribuyen específicamente a la persona jurídica y que justifiquen su intervención como parte pasiva del proceso.
- Siguiendo en el plano procesal, y como consecuencia de lo indicado en el anterior epígrafe, se exige que la persona jurídica intervenga en el proceso por medio de un representante especialmente designado por ella misma, y asistida de Letrado. Habrán de valorarse los posibles conflictos de interés que pudieran existir entre la persona física acusada y el representante especialmente designado por la persona jurídica, así como entre los letrados defensores de la sociedad y de la persona física investigada.
- Entrando ya en el ámbito material, se afirma que la responsabilidad penal de la persona jurídica tiene como presupuesto la existencia de un delito cometido por alguna de las personas físicas a las que se refiere el artículo 31 Bis del Código Penal. Pero este delito no constituye sin embargo el fundamento de aquella. Será preciso acreditar, además, que dicho delito ha sido cometido por “la concurrencia de un

delito corporativo” y como consecuencia de un “defecto estructural” en los mecanismos de supervisión legalmente establecidos.

- En lo concerniente a la carga de la prueba, la Sentencia comentada sostiene, siguiendo la línea marcada por la Sentencia de 29 de febrero de 2016, que será la acusación quien deberá acreditar que el delito imputado a la persona jurídica fue perpetrado por la ausencia o el incumplimiento grave de concretas medidas de control y supervisión.

En cualquier caso, la Sentencia también deja en manos de la persona jurídica la posibilidad de probar, si le conviene, la existencia de medidas genéricas de supervisión en el seno de la empresa y la implantación, en definitiva, de una cultura del cumplimiento.

La Sentencia núm. 668/2017 del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2017 confirmó, ya de manera expresa, que la línea jurisprudencial marcada hasta entonces por el Alto Tribunal resultaba favorable al modelo de autorresponsabilidad de la persona jurídica, señalando en concreto que *“en el diseño de esta de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema de autorresponsabilidad (cfr. auto de aclaración), siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 ter CP), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad”*. Y este ha seguido siendo, hasta nuestros días, el criterio en el cual se han basado las restantes Sentencias del Tribunal Supremo dictadas hasta la fecha.

## **5. Conclusiones sobre el estado actual de la cuestión.**

A la vista de lo expuesto podemos concluir que las personas jurídicas responden en España de sus propios delitos, los cuales son diferentes y autónomos de los cometidos por las personas físicas. Para poder condenar penalmente a un ente colectivo será necesario constatar algo más que la existencia de un hecho de conexión y de un delito cometido por un individuo. Hará falta verificar la concurrencia de un ilícito

corporativo, fundado en un hecho y en un injusto singulares de la sociedad, y propiciado por una organización defectuosa o inexistente de la misma.

No hay duda de que la empresa que no haya hecho esfuerzo alguno por implantar una cultura de cumplimiento de la legalidad, se verá claramente expuesta a una condena penal cuando concurren todos los presupuestos antes comentados. Pero este mismo escenario será el que afrontarán todas aquellas sociedades que, a pesar de haberse esforzado en asumir una conducta respetuosa con la legalidad, no hayan logrado satisfacer los estándares de rigor y eficacia que requiere la Ley para obtener tan ansiada recompensa.

Llegados a este punto, es posible que el lector se haya preguntado qué componentes configuran un programa de Compliance penal y qué parámetros debe cumplir para ser considerado eficaz. En el próximos dos capítulos del presente trabajo trataremos de dar respuesta a ambas cuestiones.

### III. LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE PENAL. ORÍGENES, OBJETO Y CONTENIDO.

Como ya hemos visto, el artículo 31 Bis del Código Penal establece que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal cuando haya adoptado modelos de organización y gestión eficaces para prevenir delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. No obstante, la regulación que contiene al respecto dicho texto legal se antoja, en opinión de la Fiscalía General del Estado (vid. apartado 5.1 de la Ciruela 1/2016), “necesariamente insuficiente” al definir cuál debe ser el contenido mínimo de estos programas, quedándose en una escueta enumeración.

Cierto es que un Código Penal tampoco parece el lugar más idóneo para regular la enjundia de un todo un sistema de gestión de riesgos empresariales, cuyo alcance va mucho más allá de la redacción de un simple manual de prevención de delitos. Por ello, parece obvio que, como acierta a indicar la Fiscalía General del Estado, el legislador debería haber optado por desarrollar más profusamente el contenido de estos planes en otros ámbitos legislativos más próximos a su naturaleza, como podrían ser el administrativo o el mercantil.

En todo caso, no puede perderse de vista que la consecución de una cultura de cumplimiento normativo en la empresa nunca debe quedar restringida a la simple prevención delictiva. Muy al contrario, debe proyectarse sobre todos los ámbitos de actuación societaria, y en relación con todos los frentes a los que pueda verse expuesta la sociedad, y que puedan desembocar en un riesgo meramente administrativo o reputacional, el cual, a veces, puede resultar mucho más dañino que la propia sanción penal. Sirva como prueba de lo anterior el impactante ejemplo que expone ORTIZ (2019, p. 6) sobre las consecuencias que tuvo para la empresa OHL que el Juzgado Central de Instrucción decretara el registro de sus dependencias en el marco de la Operación Lezo (relacionada con una trama de presunta financiación irregular de un partido político). El mismo día en que fue acordado dicha orden de registro, la cotización bursátil de OHL se desplomó un 8,94%, equivalente a un valor de más de 120 millones de euros.

Es por ello que la función de prevenir delitos constituye una parte, pero no el conjunto, del objeto que debe tener un sistema de gestión de riesgos eficaz. Esta función de gestionar el conjunto de riesgos empresariales es la que ha recibido en nuestros días el nombre de Compliance<sup>12</sup>.

Por eso se ha dicho, con acierto, que ningún sistema de gestión de riesgos debe diseñarse con la vista puesta en evitar una sanción penal. El objetivo del Compliance debe ser, siempre, diseñar e implantar una cultura corporativa enfocada al cumplimiento de la legalidad en general, y no sólo al de la penal.

No obstante, considerando que el objeto de este trabajo se ciñe a analizar el papel que juega el Compliance en el ámbito de la responsabilidad penal de la persona jurídica, las siguientes líneas se centrarán en analizar el origen, objeto y contenido de los programas de Compliance *penal*.

## **1. Antecedentes y orígenes históricos de los programas de Compliance Penal.**

El surgimiento del Compliance penal está muy ligado a la aparición de las grandes corporaciones empresariales que comenzaron a aflorar, primero en los Estados Unidos de América, y posteriormente, en el continente europeo. El rápido y descontrolado crecimiento que experimentaron estas grandes empresas desde el siglo XVIII, unido a una ausencia total de regulación sobre las mismas, crearon el caldo de cultivo idóneo para el florecimiento de prácticas corruptas y fraudes.

A principios del siglo XX comenzaron a darse los primeros pasos para combatir la delincuencia empresarial por medio de la sanción penal. Un ejemplo paradigmático es la Sentencia dictada por la Corte Suprema de los Estados Unidos el 23 de febrero de 1909, que admitió la posibilidad de imputar responsabilidad penal a una empresa por un delito que había cometido uno de sus empleados. Pero el verdadero revulsivo de los

---

<sup>12</sup> Término que puede ser traducido al castellano como “conformidad”, y que tiene por significado “el acto de obedecer una orden, norma o petición”

programas de Compliance penal tardó unos años más en llegar, y lo hizo de la mano de los grandes escándalos surgidos en la década de los años 70.

El más sonado fue el caso *Watergate*, cuyo episodio más mediático fue el célebre intento de robo en la sede del Partido Demócrata norteamericano, pero que en realidad derivó en una investigación mucho más profunda, que sacó a la luz una enorme trama de pagos ilícitos y sobornos a funcionarios públicos en la que se vieron envueltas casi medio millar de empresas (FERNÁNDEZ, 2019, p. 12), de las que más de un centenar estaban reconocidas en la lista Forbes de las principales entidades estadounidenses.

Al caso Watergate le siguieron otros escándalos de enorme calado, como el caso *Lockhead* (año 1976) o el de la energética Enron (año 2001), el cual terminó llevándose por delante a Arthur Andersen, una de las mayores empresas de auditoría mundial, que años después resultó finalmente absuelta por la Corte Suprema de los Estados Unidos (Sentencia de 31 de mayo de 2005, caso Arthur Andersen LLP vs. United States, 544 U.S. 696).

Todos estos procesos llevaron al Ministerio de Justicia norteamericano a promulgar distintas normas. Las más destacables fueron la *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977, que es considerada por muchos como el germen del Compliance penal. Esta norma positivizó la posibilidad de imputar penalmente a una persona jurídica por los sobornos realizados por sus miembros a funcionarios públicos nacionales y extranjeros, e impuso a las empresas la obligación de desarrollar programas corporativos de Compliance para detectar y mitigar estas conductas ilícitas. También utilizó por vez primera el término "*Corporate Compliance program*" para identificar a estos modelos de prevención (ASCOM 2019, pp. 374-376).

Otras normas destacables fueron las *U.S. Federal Sentencing Guidelines for Organizations* de 1991 (revisadas en 2004, 2010 y 2016) y la *Sarbanes-Oxley Act* de 2002. Ambas regulaciones impusieron a las empresas la obligación de establecer sistemas de cumplimiento normativo con la finalidad de prevenir y detectar posibles conductas criminales. Y marcaron también las directrices para atenuar la responsabilidad penal de

la persona jurídica cuando ésta demuestre haber implantado un sistema eficaz de cumplimiento normativo.

Todo este bagaje legal abrió paso al desarrollo del Compliance y de los primeros sistemas de gestión de riesgos penales, que fueron llegando e implantándose progresivamente en los países de nuestro entorno. En el año 2010, el legislador español emprendió la tarea de definir su propio sistema de responsabilidad penal para la persona jurídica, ya estudiado en el punto anterior de este trabajo, y en 2015 decidió incorporar al mismo un sistema de exoneración de dicha responsabilidad penal elaborado a imagen y semejanza del modelo italiano, del que el actual artículo 31 Bis de nuestro Código Penal es prácticamente un calco.

La norma italiana a la que nos estamos refiriendo es el Decreto legislativo núm. 231/2001 de 8 de junio de 2001, por el que se regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, empresas y asociaciones sin personalidad jurídica. Aunque se trata formalmente un texto de carácter administrativo, lo cierto es que también es extensible a la responsabilidad derivada de los delitos cometidos en interés o beneficio de las personas jurídicas, la cual puede ser depurada a través de un proceso penal con todas las garantías (BOLDOVA 2013, p. 224).

## **2. La exención de responsabilidad penal de la persona jurídica por la implantación de un modelo de organización y gestión eficaz.**

En la primera parte de este trabajo hemos visto que el artículo 31 Bis del Código Penal define dos vías de imputación a la persona jurídica, en función de quién sea el individuo que haya cometido el delito:

- Por un lado, el epígrafe a) del apartado primero de dicho precepto establece que las personas jurídicas serán responsables 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 misma u ostentan facultades de organización y

control. En adelante nos referiremos a esta categoría de personas como los “representantes, directivos y mandos intermedios”.

- Por otro lado, en el epígrafe b) del artículo 31 Bis 1 CP, se dice que la empresa responderá 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 antes mencionadas, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso. En adelante nos referiremos a esta categoría de personas como los “subordinados”.

Pues bien, el valor eximente que el Código Penal otorga a los modelos de Compliance penal se extiende a ambos títulos de imputación. Sin embargo, los requisitos que deben concurrir en uno y otro caso no son idénticos.

En lo que se refiere a los representantes, directivos y mandos intermedios, el artículo 31 Bis 2 CP establece cuatro condiciones para motivar la referida exención, que son las siguientes:

- En primer lugar, se exige que antes de la comisión del delito, el órgano de administración de la sociedad haya adoptado y ejecutado con eficacia modelos de organización y gestión (léase, sistemas de Compliance penal) que incluyan 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.
- En segundo lugar, se requiere que la tarea de supervisar y velar por el cumplimiento de dicho modelo de Compliance penal haya sido encomendada a un órgano de vigilancia autónomo. En las personas jurídicas de reducido tamaño<sup>13</sup> esta labor podrá ser asumida por el propio órgano de administración (art. 31 Bis 3 CP).

---

<sup>13</sup> Debiendo reputarse como tales a las que, de acuerdo con la normativa contable, estén autorizadas para presentar estados financieros abreviados.

- En tercer lugar, será preciso que el autor individual del delito lo haya cometido eludiendo fraudulentamente el sistema de Compliance.
- Y finalmente, deberá acreditarse que el órgano de vigilancia antes mencionado no haya omitido o ejercido de manera insuficiente sus funciones de supervisión, vigilancia y control.

En el caso de los delitos cometidos por subordinados, el artículo 31 Bis 4 CP sólo requiere que la persona jurídica haya adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de Compliance penal adecuado para prevenir ilícitos penales de la misma naturaleza del que fue cometido o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.

La diferente regulación advertida para cada categoría de personas ha dado lugar a interpretaciones discrepantes. Así, algunos autores han entendido que el Código Penal ha querido establecer un régimen de exención más limitado en el caso de los delitos cometidos por representantes, directivos y mandos intermedios de la empresa, que en lo relativo a los delitos de los subordinados. Y abogan por una interpretación estricta de la literalidad de la norma.

Entre estos últimos podemos destacar a DOPICO (2019, pp. 150 y ss.), quien sostiene que el órgano de vigilancia al que se refiere el punto segundo del artículo 31 Bis 2 CP sólo sería exigible respecto de los delitos cometidos por los representantes, directivos y mandos intermedios. Este autor considera que la exigencia legal de establecer un órgano de vigilancia responde a la necesidad de habilitar un mecanismo de supervisión independiente del órgano de administración, que pueda escrutar la actividad de este último sin interferencias de ningún tipo.

Mantiene que no es necesario crear ningún órgano *ad hoc* para controlar a los subordinados, en el entendimiento de que para llevar a cabo la supervisión de estos últimos resultan suficientes los propios resortes del poder de organización de los administradores.

En sentido contrario encontramos la opinión de la Fiscalía General del Estado, que en el apartado 5.2 de su circular 1/2016 considera que la exigencia de establecer un

órgano de vigilancia también es aplicable a los subordinados a pesar del silencio que guarda al respecto el artículo 31 Bis 4 CP. Y parece que esta interpretación es la más acertada y conforme con la literalidad y el espíritu de la norma. Pues como acierta a indicar el Ministerio público, el apartado quinto del artículo 31 Bis CP señala en su ordinal cuarto que los modelos de Compliance establecidos respecto de ambas categorías de personas tendrán que prever ciertas obligaciones de información al órgano de vigilancia.

En efecto, no parecería apropiado dejar en manos del órgano de administración la supervisión de los subordinados, tal y como propone DOPICO (2019, pp. 150 y ss.). Pues esta situación podría motivar que un directivo corrupto, con el fin de eludir el control del órgano de supervisión, se sirviera de uno de sus subordinados para actuar de forma ilícita, dada la inexistencia de un órgano específico de control sobre estos últimos.

Por consiguiente, podemos concluir que, aunque el artículo 31 Bis 4 CP no exija establecer un órgano de control respecto de los subordinados, éste último también resultará necesario para lograr la exoneración de responsabilidad penal respecto del segundo título de imputación. Y por extensión, también será aplicable el requisito establecido en el ordinal cuarto del artículo 31 Bis 2 CP, que requiere que el órgano de vigilancia no haya hecho dejación de sus funciones en relación con el delito cometido.

Sí parece correcto afirmar que el requisito que establece el ordinal tercero del artículo 31 Bis 2 CP no es predicable de los delitos cometidos por los subordinados (Vid. Fiscalía General del Estado. Circular 1/2016 de 22 de enero de 2016, apartado 5.2.). La empresa no tendrá en estos casos que acreditar que su dependiente actuó fraudulentamente. No obstante, la persona jurídica sí deberá demostrar que adoptó y ejecutó eficazmente un modelo de Compliance penal adecuado para prevenir ilícitos penales. Y difícilmente podrá probarse esto último si el subordinado pudo llevar a cabo su conducta sin necesidad de oponer cierta resistencia a las medidas de prevención implantadas por la empresa.

### **3. La eximente incompleta y las atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica.**

Si un Juez determinara que el modelo de Compliance penal implantado por la organización no reúne todos los requisitos exigidos en el artículo 31 Bis 2 CP (en lo que se refiere a los delitos cometidos por los representantes legales y altos directivos de la compañía) ni en el artículo 31 Bis 4 CP (relativo a los delitos cometidos por los empleados y subordinados de aquellos), cabría apreciar una eximente incompleta a efectos de la pena. Así lo contemplan los incisos finales de los dos apartados comentados de dicho precepto.

Es preciso aclarar que dicha atenuación no será automática, ni mucho menos. Para merecer una atenuación de la pena el modelo de Compliance penal tendrá que reunir todas las características exigidas por la norma y acreditar una relativa solvencia. Lo contrario supondría, en opinión de la FGE rebajar injustificadamente las exigencias impuestas a la persona jurídica.

Adicionalmente, el artículo 31 quater CP recoge un catálogo cerrado de cuatro causas atenuantes, dentro de las cuales figura una relacionada con el Compliance penal. En concreto, la mencionada en el apartado d) contempla la posibilidad de atenuar la pena cuando la persona jurídica haya establecido, antes del inicio del Juicio oral, un modelo de prevención de delitos eficaz para prevenir posibles conductas delictivas en el futuro.

### **4. Elementos que debe contener el sistema de gestión de Compliance penal.**

El artículo 31 Bis 5 CP enumera los requisitos que debe reunir un programa de Compliance penal. Se trata de una regulación “*necesariamente insuficiente*” que no detalla cuál debe ser el alcance y contenido de cada exigencia. No obstante, en los últimos años los intérpretes de la norma han convenido en fijar una serie de aspectos mínimos que debe reunir todo programa de Compliance.

#### 4.1. Política de Compliance.

Aunque el código penal no menciona expresamente este elemento, no cabe duda de que una empresa que quiera incentivar una verdadera cultura ética y de cumplimiento deberá plasmar dicho compromiso por escrito en la política de Compliance, fijando las directrices generales de actuación del órgano de administración y de la alta dirección de la compañía.

No en vano, son estos últimos quienes intervienen en el proceso de toma de decisiones de la persona jurídica y conforman su voluntad. Por lo que su implicación en el diseño y promoción del programa de Compliance resulta determinante para su éxito.

Las políticas de Compliance suelen venir acompañadas en muchos casos de códigos éticos y de conducta, y deben resultar accesibles a todos los miembros de la persona jurídica, e incluso a terceros. Estos documentos servirán también para marcar los comportamientos prohibidos e imponer, en su caso, las sanciones que puedan resultar oportunas. Cuestión a la que nos referiremos más adelante.

#### 4.2. Órgano de vigilancia y control.

Aunque la existencia de este órgano tampoco figura en la enumeración del artículo 31 Bis.5 CP, sí consta en sus apartados segundo y cuarto. En la actualidad recibe nombres muy distintos (comité de Compliance, *Compliance officer* si es un órgano unipersonal, etc.). Y constituye uno de los pilares fundamentales del programa de Compliance. Este órgano tiene la triple función de intervenir en el diseño del sistema de gestión de riesgos penales, de vigilar su correcto funcionamiento y de gestionar el proceso de formación<sup>14</sup> a los directivos y empleados de la persona jurídica.

Para que pueda desempeñar correctamente su cometido, es necesario que sus miembros gocen de autonomía e independencia, y cuenten con suficientes recursos financieros y técnicos. Para lograr estos objetivos, la persona o grupo de personas que

---

<sup>14</sup> Aunque esta función no se menciona en el artículo 31 Bis 5 CP sí consta en la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado de 22 de enero de 2016 (apartado 5.4), y en distintos estándares en materia de compliance penal, alguno de los cuales será analizado en punto posterior de este trabajo.

integren el órgano de vigilancia deben formar parte de la alta dirección de la compañía, gozar de una partida presupuestaria suficiente y tener contacto directo con el órgano de administración de la compañía.

#### 4.3. Mapa de penales y controles para su prevención o mitigación.

El artículo 31 Bis 5.1º CP señala que los modelos de Compliance penal deberán identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado desarrolla esta exigencia señalando que los programas deberán ser claros y precisos, y estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos.

Para cumplir este requisito los sistemas de organización y gestión tendrán que hacer un estudio exhaustivo de los riesgos de comisión delictiva que podrían aflorar en el ejercicio de su actividad, incluyendo o descartando de su mapa de riesgos los distintos delitos que podrían conllevar la responsabilidad penal de la persona jurídica o la imposición de alguna medida accesoria (a las cuales se refiere el artículo 129 CP). Y establecer, aplicar, y mantener procedimientos eficaces para identificar, gestionar, controlar y comunicar los riesgos reales y potenciales de sus actividades, de acuerdo con el nivel de riesgo global (riesgo permitido) aprobado por la alta dirección de la sociedad.

El mapa de riesgos deberá identificar las áreas en las cuales pueda aflorar alguna conducta potencialmente ilícita, describir detalladamente estas últimas, realizar un análisis de los controles implantados en la empresa para mitigar el riesgo de su comisión y cuantificar el riesgo remanente al que se encuentra expuesta la sociedad. Si se considerase que los controles establecidos resultan insuficientes para alcanzar un nivel de riesgo aceptable (el cual deberá ser fijado de acuerdo al apetito de riesgo que tenga la sociedad), la persona jurídica tendrá que implantar nuevos controles, más apropiados y eficaces para evitar o mitigar todo lo posible la comisión de un ilícito penal.

#### 4.4. Protocolos y procedimientos en relación con el proceso de toma de decisiones en la empresa.

Este requisito tiene como finalidad que la empresa siga estándares y criterios éticos en los procesos de contratación y selección del personal, así como a la hora de designar a los miembros del órgano de administración y promocionar a sus directivos. También pretende que se eviten los posibles conflictos de intereses que puedan aflorar durante el ejercicio de la actividad, estableciendo de antemano protocolos y mecanismos para solventar los mismos.

#### 4.5. Modelo de gestión de recursos financieros.

No cabe duda de que el dinero es el objeto máspreciado de la delincuencia empresarial. Por ello resulta absolutamente esencial que la persona jurídica prevea mecanismos para gestionar sus recursos financieros. Piénsese, por ejemplo, en los estrictos controles que deben establecerse para dar cumplimiento a la normativa sobre prevención del blanqueo de capitales, cuya infracción puede generar, más allá de una pena meramente administrativa, también una responsabilidad de tipo penal.

Este tipo de controles financieros se gestionan en la práctica por medio de aplicaciones informáticas, aunque también a través del establecimiento de distintos niveles de autorización o del otorgamiento de poderes mancomunados para disponer de los fondos de la empresa.

Asimismo, la organización deberá destinar recursos económicos suficientes para sufragar los gastos derivados de la implementación del programa de Compliance.

#### 4.6. Canales de denuncia o whistleblowing.

El cuarto requisito enunciado en el artículo 31 Bis 5 CP se refiere a los canales de denuncia o *whistleblowing*, los cuales tienen por objeto permitir que cualquier miembro de la organización pueda delatar ante el órgano de vigilancia a quienes hayan cometido alguna conducta ilícita, negligente o contraria a la ética.

El programa de Compliance penal debe elaborar un reglamento de funcionamiento para estos canales de denuncia, por medio del cual se regule y controle el proceso que debe seguirse para recibir las denuncias, analizarlas, adoptar las medidas de investigación que puedan resultar oportunas y tomar la decisión que corresponda, archivando el asunto, trasladando una propuesta de sanción al órgano competente para imponerla y/o poniendo los hechos en conocimiento de las autoridades judicial, si procediera.

Este canal de denuncia se erige pues como un elemento esencial de los programas de Compliance penal, que sirve como primera línea defensiva de la organización ante conductas ilícitas y actúa como un importante elemento disuasorio. En la práctica es habitual que la gestión de estos canales se encomiende a una empresa externa, para dotarlos así de mayor independencia e imparcialidad y minimizar los posibles recelos de los miembros de la empresa a la hora de utilizarlos.

#### 4.7. Sistema disciplinario.

Nuestro legislador considera que un sistema de Compliance penal eficaz debe establecer sanciones a quienes lo incumplan. Los programas de compliance tendrán que contemplar las concretas medidas sancionadoras a imponer en caso de detectarse algún incumplimiento. Evidentemente, dichas sanciones tendrán que ser respetuosas con los convenios colectivos y, en general, con la normativa de ámbito laboral.

Las medidas a adoptar podrán consistir sanciones disciplinarias adaptadas a la gravedad de cada hecho, y en comunicar a las autoridades la conducta sancionada, si ésta pudiera ser constitutiva adicionalmente de delito o de una infracción administrativa.

#### 4.8. Verificación periódica de la eficacia del modelo.

El sistema de gestión de Compliance tendrá que ser revisado de forma recurrente para adaptarlo a las circunstancias cambiantes de la organización, y para subsanar los posibles defectos que se detecten en la práctica. Existen diversas circunstancias que podrían hacer aflorar nuevos riesgos o desaparecer otros. Piénsese, por ejemplo, en

una modificación legislativa que amplíe el catálogo de los posibles delitos que puede cometer una persona jurídica, o en un cambio jurisprudencial que afecte a un ámbito en el que la organización desarrolla su actividad.

Esta necesidad de actualizar y revisar el modelo también puede venir motivada por un cambio en las actividades de la empresa (apertura de una nueva línea de negocio) o por la comisión de un delito que obligue a reforzar las medidas de prevención que resultaron burladas.

El programa de Compliance deberá contemplar la realización periódica de auditorías internas y externas, las cuales podrán certificar la eficacia del sistema y la suficiencia de las medidas de prevención adoptadas. Como veremos en el siguiente capítulo de este trabajo, estas certificaciones podrán jugar un papel relevante a la hora de acreditar la idoneidad del modelo implantado en sede judicial.

#### 4.9. Programas de formación a directivos y empleados.

Finalmente, aunque la enumeración de mínimos que hace el artículo 31 Bis.5 del Código Penal no se refiera a ellos, los programas de Compliance penal tendrán que promover una formación adecuada a sus directivos y empleados con la finalidad de instruirles adecuadamente sobre los riesgos penales que puede generar su actuación, sobre las medidas de prevención implantadas en la empresa con la finalidad de evitarlos, sobre las posibles sanciones disciplinarias que se les podrían imponer y sobre los medios de los cuales se podrían servir para mitigar dichas conductas o desvelar aquellas que hayan podido cometer terceros.

El plan de formación será por lo tanto un elemento esencial para poder divulgar entre los miembros de la organización la política de Compliance y transmitir la importancia de cumplir con la misma, así como de las consecuencias que acarrea no hacerlo.

## **IV. LA PRUEBA SOBRE LA EFICACIA DEL PROGRAMA DE COMPLIANCE PENAL.**

Un análisis que aspire a transmitir cuál es el papel que juega el Compliance en el modelo español de responsabilidad penal de la persona jurídica, como es el que nos hemos propuesto realizar en el presente trabajo, no estaría completo sin abordar la cuestión desde un enfoque práctico. Pues, no en vano, es precisamente este ámbito el que está suscitando actualmente los mayores interrogantes.

Uno de ellos es el relativo a la prueba sobre la eficacia del Compliance penal. A lo largo de este estudio hemos podido comprobar que el Código Penal se limita a enumerar de manera genérica y poco precisa ciertos elementos que deben contener los programas de Compliance. Por eso se ha convenido en afirmar que dicha norma no puede servir como marco de referencia para implementar un sistema de cumplimiento.

Esta omisión resulta perfectamente comprensible, pues no parece que el Código Penal sea el texto normativo más apropiado para regular el contenido de un documento que, por mucho que pueda referirse a conductas delictivas, tiene en realidad una naturaleza más próxima al ámbito administrativo o mercantil, que al penal.

Sin embargo, lo cierto es que la mencionada laguna regulatoria sigue sin ser suplida por el legislador y por la jurisprudencia. Desde luego, ninguna de las aproximadamente veinte Sentencias que ha dictado el Tribunal Supremo en relación con la responsabilidad penal de la persona jurídica ha abordado esta polémica cuestión.

La ausencia de criterios y pautas claras para elaborar un sistema de gestión de riesgos penales y para evaluar su eficacia genera una indeseable inseguridad jurídica en los sujetos obligados, quienes no tienen la menor certeza de si, en el supuesto de que se cometa un delito en la organización, el Compliance penal implantado será considerado suficientemente eficaz e idóneo para librarles de una posible condena penal.

Asimismo, la ausencia de un estatuto procesal específico para la persona jurídica, que habilite trámites o mecanismos para evaluar la idoneidad de su programa de cumplimiento en etapas tempranas del proceso, está ocasionando cierta tendencia a diferir dicha decisión hasta la fase de Juicio Oral, abocando así a la persona jurídica a transitar por el calvario de un largo procedimiento judicial, con el coste reputacional que ello supone.

La situación descrita resulta inaceptable y absolutamente contraproducente para mitigar el loable propósito que persiguió el legislador de 2015, que no fue otro que erradicar la criminalidad del mundo empresarial. La posibilidad de evitar una condena penal cuando la organización acredite tener una cultura corporativa ejemplar debe servir como un verdadero acicate a las empresas para lograr dicho propósito. Pero el desconcierto generado por una insuficiente regulación y un ordenamiento procesal desfasado motiva que muchas empresas que han invertido considerables recursos en la elaboración de programas de Compliance sigan sintiéndose vulnerables ante el inicio de un procedimiento penal en su contra.

Las voces más autorizadas reclaman cambios y proponen soluciones, que seguidamente analizaremos en detalle.

### **1. La carga procesal de probar la idoneidad del programa de Compliance.**

La primera incertidumbre que suscita la cuestión aquí analizada es determinar quién tiene la carga procesal de probar la eficacia del sistema de gestión de riesgos penales. Sólo hay dos respuestas posibles: o la propia persona jurídica, o la acusación (el Ministerio Fiscal y, en su caso, las restantes acusaciones personadas en las actuaciones).

Sobre esta cuestión se han vertido auténticos ríos de tinta que han terminado desembocando en dos vertientes doctrinales opuestas. Por un lado, están quienes consideran que es la empresa quien debe articular prueba sobre la idoneidad de su modelo de prevención de delitos. Los partidarios de esta postura son, mayoritariamente, quienes conciben el modelo español de responsabilidad penal de la

persona jurídica como un sistema de naturaleza vicarial, en el que la existencia de un Compliance penal eficaz incide tan sólo en el grado de culpabilidad de la persona jurídica, sin constituir el fundamento último de su responsabilidad penal ni un elemento de su tipo de injusto. Por lo tanto, en el entendimiento de que el Compliance eficaz opera como una causa eximente de responsabilidad penal, consideran que esta última circunstancia debe quedar tan acreditada como el propio hecho ilícito.

Misma conclusión mantiene, con un ligero matiz, la Fiscalía General del Estado, que en su Circular 1/2016 afirma que la exoneración prevista en el artículo 31 Bis del Código Penal tendría en realidad la naturaleza de una excusa absolutoria cuya concurrencia debe ser acreditada por la organización.

En el lado contrario están quienes sostienen que el defecto organizativo de la empresa constituye uno de los elementos que integran el tipo penal de la persona jurídica, de forma que sería la acusación quien debe asumir la carga de probarlo. Los partidarios de este planteamiento son mayoría y han recibido el respaldo del Tribunal Supremo, por lo que cabe afirmar que defienden el criterio más aceptado en la actualidad, aunque no parece que el debate puramente dogmático pueda darse todavía por concluido.

Ahora bien, no parece que una empresa que *“haya hecho los deberes”*, implantando un sistema de gestión de riesgos penales adecuado y eficaz, tenga incentivo alguno en adoptar una postura pasiva y agazapada ante la apertura de un procedimiento penal frente a la misma, dado que ello le abocará a tener que soportar la condición de investigada y/o acusada durante un prolongado período de tiempo. Esperar a que la acusación fracase en su intento por acreditar la ineficacia del sistema de Compliance no parece una estrategia acertada en el contexto de un procedimiento penal como el español, en el que los Jueces de instrucción están demostrando una acusada inercia a diferir a la fase de enjuiciamiento la práctica de la prueba relativa a la eficacia del modelo de prevención de delitos. Pues el coste reputacional que puede acarrear un largo periplo judicial puede ser incluso superior al de una hipotética condena.

Por lo tanto, la aparente comodidad que puede ofrecer la postura doctrinal mayoritaria sobre la carga de probar la eficacia del sistema de Compliance penal, puede convertirse sin duda alguna en una trampa. Por mucho que la teoría diga una cosa, en la práctica se pintan bastos. Y los Jueces, al igual que el resto de mortales, e incluso en mayor medida, saben leer muy bien entre líneas y pueden interpretar la falta de colaboración de la persona jurídica como un indicio de la ineficacia (o ausencia) de su Compliance penal.

Sobre esta cuestión son muy ilustrativos los comentarios que realizaron los Excmos. Sres. D. José Ramón Navarro Miranda y D. Antonio del Moral García, Presidente de la Audiencia Nacional y Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, respectivamente, en unas jornadas formativas organizadas por la editorial Lefebvre y el Centro de Estudios Financieros (NAVARRO et al., 2017).

No obstante, que la empresa tome la iniciativa a la hora de acreditar la existencia de su programa de cumplimiento no está ni mucho menos exento de riesgos. Por mucho que la empresa pueda pensar que los controles que tenía implantados resultaban idóneos para evitar o mitigar en la medida de lo posible la conducta delictiva, siempre puede haber quien opine lo contrario. Y ante la inexistencia de unos criterios claros, objetivos y comúnmente aceptados para valorar dicha cuestión, puede darse el caso de que la empresa que desvele desde un inicio sus cartas pueda estar poniendo prematuramente a disposición del Juez y de las acusaciones cierto material probatorio que podría llegar a incriminarle definitivamente, o a complicar al menos su estrategia procesal.

El escenario deseable para toda organización pasaría por poder evaluar de antemano, y de manera objetiva y fiable, cuál es la efectividad de su sistema de Compliance. Y hacerlo periódicamente y de acuerdo con un marco de referencia normativo ampliamente aceptado y consensuado, similar al que podría tomarse como referencia para valorar la cuestión en sede penal.

Pero para poder llegar a esa situación, previamente es preciso resolver dos interrogantes:

- ¿Cómo puede saber la persona jurídica que dispone de un Compliance penal realmente eficaz?
- ¿Y en qué momento, y mediante qué cauce procesal debe la organización articular prueba sobre la idoneidad de dicho modelo?

## **2. Posibles recursos existentes para valorar la eficacia de un programa de Compliance penal.**

Uno de los mantras más repetidos por quienes se dedican al mundo del Compliance es que estos programas nunca deben ser elaborados con la vista puesta en evitar una hipotética condena en un proceso penal. Afirmación que, sin duda, tiene mucho de cierto. Sin embargo, sería erróneo olvidarse completamente de dicha cuestión. Una vez que el modelo ha sido diseñado e implantado, es obvio que la empresa debe preocuparse por estar en disposición de acreditar ante un Juez que su Compliance penal funciona correctamente. En caso contrario, de poco habrán servido todos los considerables recursos que requiere la adopción de este tipo de programas si, llegado el caso, un Juez dictaminara que no cumplía los requisitos necesarios para exonerar o atenuar la responsabilidad penal de la compañía.

La ausencia de unos criterios claros y precisos para diseñar y evaluar la eficacia de un programa de Compliance penal ha motivado que los distintos agentes que prestan sus servicios en esta materia se hayan servido de diversos criterios y metodologías para realizar dicha función. No ha existido un consenso en la materia, ni para elaborar el propio contenido de los planes, ni para revisar posteriormente su correcto desempeño.

La inseguridad jurídica que genera esta diversidad de criterios se ve acrecentada por una total falta de regulación sobre el ejercicio de las funciones del *Compliance Officer*. A diferencia de lo que sucedió, por ejemplo, en el ámbito de la mediación con la aprobación del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre (por medio del cual se fijaron los requisitos mínimos de formación para el ejercicio de dicha profesión y se creó un Registro de mediadores al que pueden acudir ciudadanos y operadores jurídicos), no existe ninguna norma que regule los requisitos habilitantes para ejercer como

*Compliance officer*. Ni hay tampoco ningún registro público<sup>15</sup> de profesionales acreditados al cual puedan acceder los Tribunales de Justicia para encomendar, por ejemplo, la realización de informes periciales destinados a valorar la eficacia del Compliance penal. Tarea que puede resultar crucial y determinante para el devenir de la persona jurídica en el procedimiento penal.

Nuestro legislador, a pesar de haber transcurrido casi una década desde que se instauró la responsabilidad penal de la persona jurídica en España, no ha querido acometer por el momento ninguna actuación para corregir la situación descrita. Y tampoco parece que vaya a hacerlo en el corto plazo. Esta pasividad ha motivado que ciertos organismos y entidades hayan ido elaborando, especialmente desde el año 2015, ciertas propuestas para paliar las enormes incertidumbres que genera la cuestión.

En este apartado nos detendremos a analizar algunas de las propuestas que se han planteado para acometer en sede judicial la compleja tarea de determinar si la persona jurídica investigada o acusada disponía de un Compliance penal suficientemente adecuado e idóneo cuando se cometió el delito.

### 2.1. Los criterios establecidos por la Fiscalía General del Estado para valorar la idoneidad y eficacia de los programas de Compliance.

Una de las primeras propuestas que surgieron fue de la FGE, que definió una serie de criterios interpretativos en su Circular 1/2016 (vid. apartado 5.6) para que los Sres. y Sras. Fiscales puedan opinar sobre la idoneidad del programa de prevención de delitos de la empresa. Pero se trata de una propuesta que, lo adelantamos desde este mismo momento, resulta claramente insuficiente.

Las pautas interpretativas que establece la mencionada Circular no son suficientes ni exhaustivas. En lugar de dar respuestas, llegan incluso a generar nuevas dudas, pues lejos de ofrecer criterios objetivos o requisitos medibles, motivan nuevas cuestiones de

---

<sup>15</sup> Algunas instituciones de naturaleza privada, como la Asociación Española de Compliance (ASCOM) o World Compliance Association (WCA), sí han promovido certificaciones profesionales en esta materia y disponen en sus respectivas páginas web de directorios en los cuales constan los profesionales que han superado las pruebas de evaluación que realizan de manera periódica.

apreciación subjetiva. Plantean, por poner un ejemplo, que deberá constar acreditado el pleno compromiso de la empresa a la hora de implementar una cultura de cumplimiento normativo. Pero no se concreta ni qué determina la existencia de algo tan intangible como un compromiso, ni qué entidad debe tener este último, ni cómo puede llevar a medirse. Se trata pues de una pauta abierta a todo tipo de interpretaciones y valoraciones subjetivas.

Otra de las pautas que se establecen se fija en el lucro que se haya obtenido con la conducta delictiva. Se indica a este respecto que la valoración que deberá hacerse del plan dependerá de si el beneficio generado ha sido directo para la empresa o simplemente tangencial. En nuestra humilde opinión, el beneficio que la conducta ilícita haya podido generar a su autor no se sitúa, necesariamente, en una relación de dependencia directa con la mayor o menor eficacia de las medidas de prevención implantadas. Por lo que no se trata de un criterio concluyente. Ni se aprecia que guarde relación directa con una prueba destinada a determinar la adecuación y funcionamiento de las medidas de control implantadas, que debería ser el verdadero punto a analizar. En cualquier caso, la FGE tampoco ofrece pautas para valorar cuándo nos encontramos ante un beneficio directo o puramente tangencial.

De la misma forma, la Circular sienta ciertas presunciones que se antojan excesivamente rígidas y tajantes en su formulación:

- Por ejemplo, se establece que los Sres. y Sras. fiscales deberán defender la ineficacia del plan de prevención cuando un alto responsable de la compañía haya participado, consentido o tolerado el delito. Este principio podría tener cierto sentido en aquellas sociedades de reducido tamaño, en las que sus responsables asumen un papel relevante en la toma de decisiones. Pero podría ser cuestionada en el caso de sociedades más grandes, en las que el papel del responsable en cuestión pueda ser mucho más discreto o irrelevante en el proceso de toma de decisiones.
- Asimismo, los criterios de la Fiscalía apuntan a que la detección del delito por parte de la persona jurídica y su puesta temprana en conocimiento de

las autoridades deberá motivar que se solicite su absolución. Sin embargo, parece obvio que el descubrimiento del delito puede ser casual, y no venir necesariamente motivado por la existencia de unos controles realmente idóneos ni por una cultura eficaz de cumplimiento normativo en la empresa. En tal caso, no parece que un descubrimiento casual en una empresa que no ha implementado adecuadamente un sistema de prevención de delitos merezca semejante recompensa. Téngase en cuenta que la finalidad de nuestro legislador al establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue la de incentivar la difusión de una cultura efectiva de cumplimiento normativo en las mismas. No tanto la identificación de los delitos, como asumir un compromiso real por evitar la delincuencia y establecer los medios idóneos para que esta última no acontezca.

- Tampoco compartimos que la simple existencia del delito pueda poner en entredicho la eficacia del sistema de prevención, tal y como afirma la Circular comentada. Tal aseveración ha sido tajantemente rechazada por el Tribunal Supremo, con total acierto a nuestro juicio. Se trata de una generalización carente de cualquier fundamento o justificación técnica, que debe ser rechazada en un ámbito especialmente garantista, como es el penal.

Por otro lado, dice la FGE que un modelo que haya detectado con anterioridad ciertas conductas delictivas, y las haya sancionado, acreditará una mayor solvencia. Se refiere aquí la Fiscalía no sólo a incumplimientos de índole penal, sino también de naturaleza administrativa o meramente reputacional (las establecidas en el Código Ético, por ejemplo). No obstante, no puede perderse de vista que lo verdaderamente relevante de acuerdo con el artículo 31 Bis CP es determinar si, en el momento de haberse cometido el delito enjuiciado (y no con anterioridad), la persona jurídica disponía de controles idóneos para evitar o mitigar todo lo posible la comisión del delito en cuestión. Lo que haya podido acontecer en el pasado puede coadyuvar en la tarea de enjuiciar la eficacia del sistema, o el compromiso de la empresa, pero no erigirse como un elemento de referencia primario. Máxime cuando la eficacia de los modelos de Compliance penal requiere que estos se revisen y actualicen continuamente en el

tiempo. Por lo tanto, lo que pudo haber sido eficaz en un momento anterior, no tendría necesariamente que serlo tiempo después.

Finalmente, la FGE sostiene que las certificaciones emitidas por terceros sobre la idoneidad del modelo de Compliance penal son insuficientes para acreditar por sí mismas su eficacia. La rotundidad con la que se formula esta afirmación podía ser entendible en el momento en que se elaboró la Circular 1/2016, pero en nuestra opinión debe ser relativizada en la actualidad.

En efecto, es cierto que tras la reforma del CP de 2015 afloraron numerosos negocios dedicados al asesoramiento y evaluación de los modelos de prevención de delitos, algunos de los cuales llegaron a elaborar estos planes de acuerdo con sus propios criterios técnicos. Y es igualmente cierto que muchas de estas consultoras no se limitaron a elaborar planes de prevención de delitos para sus clientes, sino que les ofrecieron al mismo tiempo los servicios relativos a la posterior revisión y certificación de su eficacia. A nadie se le escapa que en estos casos pueden aflorar evidentes conflictos de interés, que podrían hacer dudar de la objetividad con la que se emitían dichas certificaciones.

No obstante, a día de hoy la prestación de estos “*paquetes de servicios*” no está bien vista, y han salido a escena estándares normativos sobre la materia comentada que, aun careciendo de rango y reconocimiento legal, configuran un exquisito elenco de criterios claros, precisos y estructurados para elaborar y poner en marcha un Compliance penal, que no solo colman, sino que incluso desbordan, las pretensiones del artículo 31 Bis 5 CP. Nos referimos en particular a las normas ISO y UNE, y en concreto a la reciente norma UNE-ISO 19601:2017, de la que hablaremos con más detenimiento en el siguiente apartado de este trabajo.

En definitiva, como puede observarse, los criterios interpretativos que enumera la Circular de la Fiscalía, aun siendo más detallados que el artículo 31 Bis 5 del Código Penal, siguen siendo excesivamente genéricos y vagos a la hora de servir como pauta objetiva de valoración de un programa de Compliance penal. Y en ciertos aspectos, se revelan incluso alejados de lo que constituye un análisis del propio modelo como tal,

huyendo a aspectos meramente circunstanciales. Se echa en falta un enfoque más técnico en su formulación. Parece incluso que la Fiscalía ha asumido que la tarea de valorar si un programa de Compliance penal es efectivo es una cuestión de naturaleza jurídica, que puede llevarse a cabo sin recurrir a pruebas técnicas, como una pericial. Llama la atención que no se haga referencia alguna a la práctica de este tipo de pruebas. Aunque es posible que esta omisión responda al posicionamiento que adopta la FGE en cuanto a la carga de la prueba sobre la acreditación de la idoneidad del modelo, que como antes se ha visto, dicho organismo considera que recae en la defensa.

Ciertos operadores jurídicos han planteado propuestas alternativas para valorar la eficacia de los programas de Compliance penal, partiendo de las directrices dibujadas por la FGE en la Circular aquí comentada. Uno de las que más reconocimiento recibió fue la planteado por el Instituto Español de Ética y Compliance, el cual elaboró una “*check list*” ciertamente interesante, pero que en nuestra humilde opinión presenta las mismas deficiencias señaladas respecto de las pautas marcadas por la FGE, haciendo que tampoco sea recomendable como referencia válida para testar la eficacia del plan de prevención de delitos.

## 2.2. La auditoría del Compliance penal por parte de terceros y los problemas prácticos que plantea en la actualidad.

Una de las opciones más tentadoras para valorar la eficacia de un programa de Compliance penal podría ser la realización de un informe pericial. Sin embargo, esta opción tampoco está exenta de riesgos e incertidumbres.

El primer escollo que plantea es su propia admisibilidad como prueba pericial. Algunos Tribunales han considerado que un informe destinado a verificar si concurren los requisitos del artículo 31 Bis CP es un documento de naturaleza estrictamente jurídica, y no técnica (GOMEZ 2019). Como es sabido, sólo pueden tener la consideración de pruebas periciales aquellas que resulten necesarias para valorar aspectos que requieran “*conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos*” (vid. artículo 335 LEC y artículo 456 LECrim).

Parece, no obstante, que con el paso del tiempo la opinión mayoritaria es favorable a admitir este tipo de pruebas como dictámenes periciales. MAGRO (2019a, pp. 5-6), Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, señala en un artículo cuya lectura recomendamos que la labor de determinar si el programa de Compliance de la empresa fue correctamente implantado y funcionó correctamente es una cuestión técnica para la que se requieren conocimientos especializados. Afirma dicho Magistrado que con la mera aportación a los autos del texto del programa de cumplimiento normativo el Juez no puede concluir si este último fue debidamente implantado en la empresa, ni si resultó idóneo para prevenir la conducta delictiva cuando se produjo.

Misma opinión tiene PASCUAL (2016, p. 25), quien justifica la necesidad de llevar a cabo una prueba pericial en la compleja estructura y contenido de los programas de cumplimiento normativo, a los que califica de *“galimatías de normas, la mayoría de veces administrativas, que hacen que más que para un jurista estén dirigidas a ingenieros”*.

Parece pues que, al tiempo que los operadores jurídicos van conociendo más a fondo la realidad del Compliance en general, y del Compliance penal en particular, se va generalizando la admisión de este tipo de pruebas periciales. En el denominado “caso Bankia” podemos encontrar un ejemplo interesante (para mayor ilustración sobre el objeto de dicho procedimiento penal nos remitimos a la explicación que hace del mismo GÓMEZ-JARA, 2017). El Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de Madrid sobreseyó la investigación frente a la Auditora Deloitte, alegando que esta última había presentado un plan de prevención de delitos, cuya mera existencia se consideró suficiente para tener por cumplido lo establecido en el artículo 31 Bis CP. Sin embargo, dicha resolución fue revocada posteriormente por la Audiencia Provincial de Madrid, la cual criticó duramente la sentencia inicial por haber eludido el necesario análisis sobre la efectiva implantación e idoneidad del plan aportado por la citada consultora.

La causa sigue abierta actualmente, figurando Deloitte como acusada. Y dicha entidad ha anunciado con su escrito de defensa que aportará un informe pericial cuyo objeto será *“emitir un juicio experto del Sistema de Cumplimiento Normativo (compliance) {SCN} que se encontraba vigente en la organización DELOITTE en el año*

2011. No se abordan, por tanto, ni cuestiones jurídicas, ni cuestiones de auditoría. Se centra, única y exclusivamente, en la efectiva existencia de dicho Sistema durante dicho periodo temporal y en su grado de implementación” (GÓMEZ, 2019). Será interesante comprobar cómo valora y resuelve la Sentencia definitiva el contenido y conclusiones de dicho informe.

La elaboración de un informe pericial plantea sin embargo más interrogantes que el comentado hasta este momento, los cuales pueden inferirse de la lectura de la formulación de la prueba pericial propuesta por Deloitte. ¿Con qué criterios debe valorarse el contenido de los programas de Compliance penal, y cómo puede ponderarse o concluirse sobre su eficacia y correcto funcionamiento? ¿Conviene practicar una prueba pericial judicial, o es preferible aportar una pericial de parte? ¿Qué personas o instituciones se encuentran capacitadas para realizar dichas periciales? La respuesta a estas cuestiones no es sencilla.

#### 2.2.1.- El posible recurso a la norma UNE-ISO 19601:2017.

En lo que atañe a la primera pregunta, muchos autores y juristas han visto en la “norma UNE-ISO 19601:2017 sobre sistemas de gestión de Compliance penal” un posible punto de encuentro. Esta norma es un estándar publicado en mayo de 2017 por la Asociación Española de Normalización (UNE)<sup>16</sup> que tiene por objeto “establecer los requisitos y facilitar las directrices para adoptar, implementar, mantener y mejorar continuamente políticas de Compliance penal y el resto de los elementos de un sistema de gestión de Compliance penal en las organizaciones” (vid. punto 1 de dicha norma, denominado “Objeto y campo de aplicación”). En su elaboración participó un importante elenco de expertos del Compliance y del derecho penal nacional que estuvo presidido por el Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín, entonces Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Supremo.

---

<sup>16</sup> Desde el año 2017 las funciones de normalización que antes tenía legalmente encomendadas la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR) fueron asumidas por la Asociación Española de Normalización (cuyas siglas son “UNE”, como acrónimo de “una norma española”).

La norma aspira a establecer un marco de referencia completo para que cualquier organización, independientemente de su actividad, estructura o dimensión, pueda implantar con éxito un modelo eficaz de gestión de Compliance penal. Los requisitos que establece la norma UNE-ISO 19601:2017 para alcanzar tal propósito no sólo tienen en consideración las exigencias del Código Penal español, sino también las establecidas en otros estándares de ámbito internacional en materia de Compliance, como son la norma ISO 19600:2014 Compliance management systems – Guidelines<sup>17</sup>, la norma ISO 37001:2016 Anti-bribery management systems – Requirements with guidance for use<sup>18</sup> y la norma ISO 31000:2010 Risk management - Guidelines<sup>19</sup>.

Ahora bien, a diferencia de los estándares internacionales que se acaban de citar, la norma española UNE-ISO 19601:2017 presenta la importante ventaja de establecer, no sólo meras directrices, sino verdaderos requisitos. De esta forma, la norma nacional permite que un Compliance penal que haya sido elaborado de acuerdo con sus disposiciones pueda ser sometido a un proceso de verificación y auditoría por parte de un tercero independiente. Y esto, como ya habrá advertido el lector, puede ser algo de capital importancia en un proceso penal.

En efecto, como hemos visto a lo largo del presente trabajo, la ausencia de criterios claros para enjuiciar la validez y suficiencia del modelo de gestión de riesgos penales de una organización es uno de los principales problemas prácticos con el que se están topando nuestros operadores jurídicos. Por ello, disponer de un marco normativo de referencia como el que ofrece la norma UNE-ISO 19601:2017, que además de resultar exigente y objetivo ha sido elaborado de acuerdo con nuestra norma penal, y puede ser auditado y certificado, supone un indudable avance y marca el futuro camino a seguir.

Evidentemente, a día de hoy la norma UNE-ISO 19601:2017 es de estricto carácter voluntario, aunque no habría impedimento alguno para adoptarla como criterio de obligado cumplimiento. No es infrecuente encontrar en nuestra legislación normas que

---

<sup>17</sup> La cual fue traducida al español en abril de 2015 e identificada como norma UNE-ISO 16900:2015.

<sup>18</sup> La cual fue traducida al español en abril de 2017 e identificada como norma UNE-ISO 37001:2017.

<sup>19</sup> La cual fue traducida al español en julio de 2010 e identificada como norma UNE-ISO 31000:2010. Dicha norma ha sido sustituida por la norma UNE-ISO 31000:2018 en marzo de 2018, la cual es traducción literal del estándar internacional ISO 31000:2018.

imponen el cumplimiento de estándares UNE (por poner un ejemplo, la Orden INT/317/2011, de 1 de febrero, sobre medidas de seguridad privada (vid. BOE núm. 42 de 18 de febrero de 2011)). Por lo tanto, no sería descartable que una futura reforma legislativa adopte la norma UNE-ISO 19601:2017 como marco referencial para la elaboración y revisión de la eficacia de los programas de Compliance penal.

De hecho, son muchas las voces que así lo reclaman. Una de las más autorizadas es la de MAGRO (2019a y 2019b), Magistrado de la Sala penal del Tribunal Supremo que ha firmado como ponente muchas de las Sentencias que ha dictado nuestro más alto Tribunal sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica. MAGRO es uno de los más firmes defensores de la creación de un registro de expertos en materia de Compliance (cuestión a la que seguidamente nos referiremos) con la finalidad de que puedan aportarse en sede judicial pruebas periciales, ya sean judiciales o de parte, para acreditar la idoneidad del Compliance penal implantado en la empresa. En las obras ahora comentadas, el referido Magistrado se refiere a la norma UNE-ISO 19601:2017 como parámetro para realizar dicha pericial.

Más directo es todavía el presidente de la Audiencia Nacional, D. José Ramón Navarro Miranda, quien considera que la norma UNE-ISO 19601:2017 es un estándar reconocido y de prestigio que, en su opinión, opera como un “sello pre-pericial” de que la empresa investigada ha cumplido lo establecido en el artículo 31 Bis CP (NAVARRO et al., 2017). Es cierto que al emitir esta opinión dicho Magistrado se estaba refiriendo a las certificaciones, y no propiamente a informes periciales destinados a valorar el cumplimiento del referido estándar. Como es sabido, los certificados se expiden generalmente a solicitud de la propia empresa interesada, y fuera del contexto de un procedimiento penal. Son documentos emitidos por sujetos privados que acreditan que en un momento determinado el Compliance penal resulta eficaz a juicio de la entidad certificante. Esta valoración puede realizarse bajo los propios criterios de quien certifica, o conforme a estándares como la norma UNE-ISO 19601:2017.

En el ámbito doctrinal resultan también interesantes los comentarios realizados por FORTUNY y MONTANER (2018) en un artículo conjunto, y también por GONZÁLEZ (2020). Todos ellos ven en la mencionada norma una posible solución a la actual

inseguridad jurídica que genera la tarea de valorar en el ámbito jurisdiccional la idoneidad de los programas de Compliance. En particular, FORTUNY y MONTANER (2018, p. 8) señalan que una Certificación de conformidad a la UNE 19601 *“podría servir como elemento de prueba preconstituido de la existencia de una cultura de cumplimiento previa al delito cometido”*.

El principal inconveniente que plantea esta norma es su carácter relativamente reciente. Como se ha dicho, no fue publicada por la Asociación Española de Normalización (UNE) hasta mayo de 2017, por lo que su posible aplicación para valorar los programas de Compliance penal implantados antes de dicha fecha podría ser discutible. Recuérdese que, para poder exonerar de responsabilidad penal a una persona jurídica, el artículo 31 Bis CP exige en sus apartados 2 y 4 que el sistema de gestión de riesgos fuera idóneo y eficaz en el momento de suceder el delito.

Ahora bien, que un programa de Compliance penal implantado entre el 23 de diciembre de 2010 (fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio) y mayo de 2017 no satisfaga todos los requisitos de la norma UNE-ISO 19601:2017, no quiere decir que no pueda cumplir los establecidos en el artículo 31 Bis CP. Es evidente que la norma UNE-ISO 19601:2017 no puede sustituir al Código Penal. Pero tampoco impide que un experto conocedor de la referida norma y de los requisitos que establece el Código Penal pueda emitir un informe pericial adaptado al caso. Este último podría tener también por objeto determinar si el Compliance penal implantado en el momento de cometerse el delito satisfacía los requisitos posteriormente fijados en la norma UNE-ISO 19601:2017. Y si se detectara alguna no conformidad o un incumplimiento, el perito podría aclarar si se trata de una cuestión esencial que pueda comprometer el cumplimiento de lo establecido en el artículo 31 Bis CP, o si se refiere a alguno de los puntos que el estándar mencionado requiere más allá de lo establecido en dicho precepto.

Sin duda alguna, una prueba pericial elaborada en dichos términos podrá aportar una valiosa orientación al Juez o Tribunal, que serán quienes tendrán la última palabra.

### 2.2.2.- Las dudas que plantea la práctica de una prueba pericial judicial sobre la idoneidad del Compliance penal.

Al margen de cuál sea el criterio que se adopte para elaborar una pericial sobre la idoneidad del Compliance penal de la persona jurídica, se plantea la duda de si un informe de este tipo podría ser elaborado por un perito de designación judicial, o tan sólo como una pericial de parte.

El artículo 457 LECrim se refiere a las personas que podrán emitir un informe pericial, diferenciándolas entre peritos titulares y no titulares. Pertenecen a la primera categoría quienes cuentan con un *“título oficial de una ciencia o arte cuyo ejercicio esté reglamentado por la Administración”*, cosa que no sucede en el ámbito del Compliance. Un ejemplo de perito titular es el contemplado en el artículo 356 LECrim, el cual exige que los análisis químicos sean realizados por Doctores en medicina, farmacia o ciencias químicas. La administración de Justicia tiene adscritos profesionales dedicados a estas ciencias (por ejemplo, los conocidos como médicos forenses), por lo que su designación no entraña ningún problema.

Por su parte, los peritos no titulares son aquellos que, *“careciendo de título oficial, tienen, sin embargo, conocimiento o prácticas especiales en alguna ciencia o arte”*. En la práctica, cuando un Juzgado carece de profesionales adscritos con la titulación que requiere la materia implicada, suele acudir al personal dependiente de otras administraciones públicas (como pueden ser, por ejemplo, los inspectores de Hacienda de la Agencia Tributaria -cuya intervención es muy frecuente en procesos por delitos fiscales- o a las brigadas especializadas del Cuerpo Nacional de Policía). Fuera de estos casos, es muy infrecuente que los Juzgados acudan a profesionales del ámbito privado para requerir la elaboración de una prueba policial.

Aunque tal posibilidad existe, el régimen de remuneración de estos peritos se rige por lo establecido en un Real Decreto de 15 de octubre de 1900, el cual dispone que sus honorarios se abonarán *“teniendo en consideración los gastos del viaje que haya tenido necesidad de hacer”* y *“el importe de los jornales que haya podido perder por su*

*comparencia*<sup>20</sup>. Por lo tanto, los honorarios que podría percibir un profesional del ámbito privado por elaborar una pericial judicial pueden quedar muy lejos del valor real de sus servicios.

Trasladando lo expuesto al ámbito que nos ocupa, queda claro que un “experto” en Compliance penal sólo podría recibir la categoría de perito no titular. Y es evidente que a día de hoy no existen, salvo contadas excepciones, profesionales de este ámbito al servicio de las administraciones públicas. Por lo tanto, la posibilidad de encomendar una pericial judicial a un profesional del ámbito privado plantearía un doble problema en la práctica:

- El primero, determinar cuándo estamos ante una persona que dispone de los “conocimientos o prácticas especiales” que requiere el artículo 457 LECrim. Como se ha tenido ocasión de comentar a lo largo de este trabajo, son innumerables los cursos de formación y los títulos no oficiales que han proliferado en los últimos años en el ámbito del Compliance. Y muchos los profesionales, de dentro y fuera del mundo del derecho, que se publicitan a sí mismos como “*Compliance officer*”.

Diferenciar quiénes ostentan una formación suficiente para emitir un dictamen pericial como el aquí considerado no parece pues una tarea sencilla, ni algo en lo que los jueces vayan a querer entrar. Por eso, como sugiere acertadamente MAGRO (2019b), es esencial que nuestro legislador regule el ejercicio de la profesión de oficial de cumplimiento normativo o *Compliance officer* (la cual se ha consolidado en los últimos años como una de las más demandadas en el mercado). Y que se habilite un registro oficial de personas cualificadas para el desempeño de dicha labor, al cual puedan acudir jueces y otros operadores jurídicos, tanto públicos como privados, para solicitar con ciertas garantías un servicio profesional en la materia.

---

<sup>20</sup> Disposición que resulta muy similar a la que establece el artículo 722 LECrim respecto de la indemnización de los testigos.

Lo que propone en definitiva MAGRO (2019b) es que la profesión de *Compliance officer* sea objeto de un proceso regulador similar al que recibió el ámbito de la mediación en el año 2012.

- El segundo problema lo podría plantear la reducida remuneración del profesional o profesionales designados<sup>21</sup> para realizar estos informes. Esto podría disuadir su no aceptación o la realización de pruebas periciales poco elaboradas, que poco puedan contribuir a ilustrar al Juez de la verdadera eficacia e idoneidad que tenía el Compliance penal de la empresa cuando sucedió el delito.

Por consiguiente, hasta que nuestro legislador no emprenda medidas como las propuestas por MAGRO (2019b), la opción de practicar una prueba pericial judicial sobre el Compliance penal podría plantear importantes dudas e inconvenientes. Parece pues que, en la situación descrita, la opción más adecuada pase por elaborar una prueba pericial de parte. Quien podría estar más interesado en su realización podría ser, paradójicamente, la propia empresa investigada/acusada para lograr un temprano archivo del procedimiento o su absolución. Y a la vista de lo comentado en este punto, lo más recomendado sería que el dictamen resulte lo más completo y preciso posible, y sea elaborado por verdaderos y reconocidos expertos del sector.

### 2.3. Las certificaciones emitidas por terceros.

Las certificaciones sobre la idoneidad del modelo de Compliance penal son documentos expedidos por entidades y asociaciones de ámbito privado que tienen por finalidad acreditar que el modelo implantado por la organización cumple ciertos requerimientos que lo hacen adecuado para satisfacer las exigencias del artículo 31 Bis CP. Estos documentos suelen emitirse de manera periódica, y en el contexto de las auditorías externas a las que las organizaciones que disponen de un plan de Compliance penal someten a este último. No obstante, también pueden llevarse a cabo para

---

<sup>21</sup> En el ámbito del procedimiento abreviado, que es en el que se desarrollarán la mayor parte de las causas penales abiertas frente a personas jurídicas, será suficiente que el informe pericial lo elabore un único perito (vid. artículo 778.1 LECrim). Sin embargo, en el sumario las pruebas periciales tendrán que ser elaboradas por dos peritos (vid. artículo 459 LECrim).

formalizar algún tipo de contrato (cada vez son más las empresas que exigen a sus proveedores acreditar el cumplimiento de ciertos estándares de cumplimiento normativo para contratar con los mismos<sup>22</sup>) o en procesos de *due diligence*.

Son muchos quienes han cuestionado la suficiencia de estos certificados para tener por acreditada la concurrencia de la eximente (o excusa absolutoria, según la interpretación dogmática que quiera dársele) recogida en el artículo 31 Bis CP. Hay que tener en cuenta que, dada su naturaleza, este tipo de certificaciones reciben la consideración de prueba documental, y no pericial.

La FGE señala en su Circular 1/2016 (vid. punto 5.6, pauta exegética Tercera) que estas certificaciones no acreditan por sí mismas la suficiencia del modelo, ni sustituyen la valoración que debe hacer del mismo el órgano judicial. Misma opinión expresa MAGRO (2019<sup>a</sup>, pp. 7-8), quien considera sin embargo que estas certificaciones sí pueden servir como un importante refuerzo y complemento de una prueba pericial realizada sobre el Compliance penal. En términos más optimistas cabe recordar las declaraciones del Excmo. Sr. D. José Ramón Navarro Medina que recoge la noticia comentada en otros puntos de este trabajo (NAVARRO et al., 2017), y en la que dicho Magistrado señala que las certificaciones emitidas conforme al estándar UNE-ISO 19601:2017 pueden operar como un “sello pre-pericial” acreditativo de que la empresa ha venido cumpliendo en el tiempo la tarea de implementar una cultura efectiva de cumplimiento normativo en su seno.

Otro importante problema práctico que las certificaciones comentadas plantean es la propia *auctoritas* del certificador. Nos topamos aquí con un inconveniente similar al comentado en el apartado anterior respecto de la designación de un profesional capacitado para elaborar una pericial en Compliance penal.

Como explica de manera sobresaliente GONZÁLEZ (2020, p. 5), en el ámbito de la certificación debe distinguirse entre las certificaciones acreditadas, que son aquellas

---

<sup>22</sup> Exigencia que deriva, asimismo, de la propia aplicación de las medidas de Compliance que tendrá implantadas la empresa que exige dicha certificación. Pues una de las medidas más comunes que debe abordar todo programa de cumplimiento normativo es limitar los riesgos que puedan aflorar en el entorno de la empresa, siendo los derivados de la contratación con terceros uno de ellos.

que se expiden siguiendo un proceso de auditoría previamente reglado, y las certificaciones no acreditadas, que son las que se emiten sin seguir unas pautas preestablecidas. El distinto valor que unas y otras pueden tener frente a terceros es evidente.

Pues bien, según indica dicho autor en un artículo publicado a principios de este año 2020, en España no existe todavía ninguna entidad autorizada para emitir certificados acreditativos en materia de Compliance penal. Por lo que todos los certificados que han sido expedidos hasta la fecha son de naturaleza no acreditada. GONZÁLEZ (2020, p. 6) explica esta circunstancia en el poco tiempo que ha transcurrido desde que se ha publicado en España el estándar UNE 165019:2018<sup>23</sup>, de octubre de 2018, por medio del cual se establecen los requisitos que deben cumplir las entidades certificadoras para poder emitir certificaciones acreditativas en materia de Compliance penal.

El mencionado estándar normativo, construido sobre la base de las exigencias recogidas en la norma UNE-ISO 19601:2017 (hasta el punto de que el primer paso para poder superar el referido estándar es tener implantado un sistema de Compliance penal que cumpla con esta última norma), busca dotar de total independencia a las empresas certificadoras respecto de aquellas dedicadas a asesorar en la implantación de los modelos de organización y gestión de riesgos penales. Con la lógica finalidad, ya apuntada al comienzo de este capítulo tercero del trabajo, de erradicar cualquier posible conflicto de interés o falta de independencia. Asimismo, define de manera exhaustiva los pasos y procesos que deben guiar la auditoría de los programas de cumplimiento normativo.

Puede afirmarse por lo tanto que las certificaciones que emitan en el futuro las entidades que obtengan la autorización para acreditar los modelos de Compliance penal conforme a la norma UNE-ISO 19601:2017 marcarán un punto de inflexión en la consideración que hasta el día de hoy han recibido este tipo de documentos. Pues la

---

<sup>23</sup> Cuya denominación completa es Norma UNE 165019:2018 - Sistemas de gestión de Compliance penal. Requisitos para los organismos que realizan la auditoría y la certificación de sistemas de gestión de Compliance penal conforme a la Norma UNE 19601.

fuerza probatoria que desplegarán estas futuras certificaciones sobre la eficacia del modelo de Compliance penal será mucho más objetiva, evaluable y fiable que el de las actuales. Hasta entonces, parece claro que la mera tenencia de una certificación sólo operará como un elemento de prueba adicional para demostrar la eficacia del sistema de prevención de delitos, pero no resultará suficiente para acreditar tal circunstancia.

#### 2.4. Conclusiones.

Aunque todavía queda mucho camino por recorrer, van surgiendo ciertos marcos normativos de referencia que pueden facilitar la tarea de acreditar en sede judicial la idoneidad y eficacia del Compliance penal de la persona jurídica. El más adecuado en opinión de quienes escriben estas líneas es la norma UNE-ISO 19601:2017, dada la posibilidad que otorga de certificar su cumplimiento, y su alto estándar de exigencia, totalmente alineado con los presupuestos del artículo 31 Bis CP.

Para hacer valer ante el Juez el correcto cumplimiento de dicho marco normativo las partes pueden servirse de una prueba pericial, que podría complementarse con el resultado de las auditorías externas que hayan podido realizarse del sistema de Compliance penal establecido en la empresa, y de las certificaciones emitidas respecto del mismo. No obstante, será esencial que la persona o personas que se ocupen de elaborar esta última cuenten con una acreditada experiencia en el ámbito del Compliance penal. Aspecto que se conseguirá más fácilmente por medio de una prueba pericial de parte, dadas las dudas que plantea su ejecución por medio de una prueba pericial judicial.

En cualquier caso, resulta absolutamente necesario que nuestro legislador regule el ejercicio profesional del oficial de cumplimiento normativo o *Compliance officer*, y habilite un registro oficial de personal acreditado para desempeñar dicha función del que puedan servirse Jueces y Fiscales, e incluso empresas interesadas en contratar los servicios de un profesional acreditado en la materia.

### **3. Propuestas de reforma para establecer mecanismos procesales destinados a lograr una temprana exoneración de responsabilidad penal de la persona jurídica basada en la efectividad de su Compliance penal.**

La reforma del Código Penal que introdujo la responsabilidad penal de la persona jurídica en España en el año 2010 trajo consigo modificaciones muy menores en el ámbito procesal. Más allá de prever alguna cuestión ineludible (como establecer la obligatoriedad de que la persona jurídica designe a un especial representante), el legislador omitió la necesaria tarea de adaptar nuestro centenario ordenamiento procesal a las particularidades del ente colectivo. Así, aún hoy, pasados casi diez años desde la entrada en vigor de la señalada reforma, el enjuiciamiento de las personas jurídicas en España sigue rigiéndose por lo dispuesto en una norma de marcado carácter antropocéntrico y elaborada bajo el imperio del principio “*societas delinquere non potest*”.

Como se ha apuntado a lo largo del presente trabajo, esta ausencia de mecanismos destinados a analizar la eficacia del Compliance penal de la persona jurídica hace muy difícil evitar su imputación en un momento inicial del procedimiento. E incluso motiva que, en la práctica, las personas jurídicas que disponen de un Compliance penal idóneo se van abocadas, a pesar de ello, a cargar con el “sambenito” de una larga imputación, la cual se prolonga por lo general hasta el dictado de la resolución definitiva.

Esta indeseable situación ha motivado que hayan surgido diversas propuestas que, bien inspiradas en la regulación procesal actual, bien basadas en planteamientos totalmente novedosos, esbozan interesantes y posibles soluciones.

En primer lugar, el Magistrado MAGRO SERVET (2019b, p. 6) considera que, a pesar de no existir un trámite específico para ello, nada impide que la efectividad de los programas de Compliance penal pueda ser evaluada por el Juez instructor al comienzo de la investigación, y por medio de una prueba pericial (la cual podría complementarse de otros elementos, como una certificación sobre la conformidad a una estándar normativo, por ejemplo). Dicho Magistrado sostiene que la LECrim no impide al Juez instructor adoptar tal pronunciamiento absolutorio en caso de apreciarse desde un

inicio la suficiencia del Compliance implantado, y que la prueba pericial (incluso la de parte) resulta perfectamente factible y adecuada para valorar la eficacia de dichos programas, al tratarse esta de una cuestión de naturaleza técnica, y no jurídica.

No obstante, el citado Magistrado también ha reconocido en otro estudio (MAGRO SERVET 2019a) los numerosos problemas prácticos que plantea actualmente llevar a cabo dichas periciales, algunos de los cuales han sido minuciosamente analizados en el punto 2 del presente capítulo, al cual nos remitimos.

Otra propuesta ciertamente interesante es la formulada por TORRAS, GIMENO y FORTUNY (2019, pp. 2-7), quienes tras constatar que *“nuestro modelo procesal penal está diseñado para la persona física, con una clara preponderancia del juicio oral”*, señalan que, a diferencia de lo que sucede en otros sistemas jurídicos en los que la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene más arraigo (en especial, el norteamericano), en España no existen vías específicas para imputar a una organización.

En opinión de estos autores, una posible salida al inicio de un proceso penal contra la persona jurídica podrían ser las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal, reguladas en el artículo 773.2 LECrim y en el art. 5.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Como es sabido, este mecanismo permite al Fiscal acordar, sin control jurisdiccional, diligencias destinadas a determinar la posible ilicitud de unos hechos de los cuales ha tenido conocimiento. Al desarrollarse sin la intervención de un Juez, las facultades del Fiscal se encuentran limitadas, no pudiendo adoptar diligencias que puedan afectar a derechos fundamentales de los implicados ni medidas cautelares. La tramitación de esta investigación está limitada en el tiempo, y condicionada a que no exista ni se inicie una investigación judicial sobre los mismos hechos (lo que motivaría la necesaria terminación de la investigación instada por el Ministerio público).

Pues bien, TORRAS *et al.* (2019, pp. 2-7) consideran que el mecanismo descrito podría constituir un cauce procesal idóneo para que las empresas sometieran a revisión del Ministerio Fiscal la valoración de su Compliance penal. De manera que, si el Fiscal considerase idóneas las medidas adoptadas, decreta el archivo de la investigación sin dar paso a un proceso ulterior. Por lo tanto, este mecanismo estaría pensado

exclusivamente para aquellas organizaciones que dispusieran de un sistema de prevención eficaz, pues en otro caso el recurso a este instrumento no tendría gran lógica (más allá de la búsqueda de una atenuante), pues supondría poner en manos del Fiscal un elemento de prueba esencial para acreditar la insuficiencia del Compliance y apuntalar la acusación frente a la empresa.

En efecto, como los propios proponentes de esta alternativa reconocen, seguir este planteamiento conlleva el nada desdeñable riesgo de que el Ministerio público interponga denuncia o querrela si no llega a la plena convicción de que el programa de Compliance colma los requerimientos del artículo 31 Bis CP. Escenario éste que, dada la actual ausencia de criterios objetivos para valorar dichos programas, no es ni mucho menos improbable. Máxime a la vista de la elevada subjetividad que las pautas exegéticas de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado marcan a los Sres. y Sras. Fiscales en este ámbito.

Por otro lado, se da la circunstancia de que un eventual pronunciamiento favorable del Fiscal tampoco impediría el inicio de un posterior proceso penal frente a la persona jurídica. Este último podría abrirse si el perjudicado por el delito, la persona o personas físicas investigadas, o cualquier otra persona con conocimiento de los hechos, deciden interponer una denuncia o querrela contra la empresa. Y es muy probable que esto pueda llegar a darse, habida cuenta del interés que podrían tener unos y otros en mantener la presión sobre la persona jurídica para lograr la reparación del daño civil padecido (en el caso de la víctima) o por puro interés procesal (en el caso de los restantes investigados).

En el mismo trabajo comentado, TORRAS *et al.* (2019, pp. 7-16) ven en la mediación penal otra posible alternativa procesal para eludir el enjuiciamiento de la persona jurídica. Con un enfoque basado en el principio de oportunidad y en la búsqueda de una justicia restaurativa, defienden que víctima e infractor puedan acudir a este mecanismo para lograr una eficaz reparación del daño civil y depurar de manera más ágil las eventuales responsabilidades penales. Se trataría de un mecanismo cumulativo al proceso penal, que en ningún caso podría sustituirlo ni reemplazarlo. Y en el que podrían acordarse cuestiones que afectarían a todas o sólo algunas de las

partes implicadas, y en relación con todos o alguno de los aspectos objeto del proceso (solo el civil, y no el penal, por ejemplo).

Es decir, por medio de la mediación penal, podría plantearse un acuerdo de mediación entre la víctima y la persona jurídica investigada, en virtud del cual esta última asumiera los hechos que se le imputan y se fijaran las consecuencias penales y civiles de tal delación. O en el que la empresa quedara exenta de responsabilidad penal al retirarse la acusación por parte del perjudicado, previa reparación del daño civil que se le hubiera ocasionado. En el marco de la mediación la persona jurídica podría hacer valer la idoneidad de su programa de prevención de delitos para lograr una mejor posición en las negociaciones.

Se trata sin duda de una propuesta interesante, que podría cobrar especial interés en el ámbito de la delincuencia económica. Pues uno de las críticas que más recibe nuestro ordenamiento penal en este ámbito es la escasa atención que presta a salvaguardar la reparación civil del daño ocasionado a las víctimas del delito. Sobre todo, en aquellos casos en los que los perjudicados no han comparecido en el proceso y es el Ministerio Fiscal quien ejercita en su nombre la acción civil. La práctica forense evidencia una mayor preocupación del Ministerio público por los aspectos puramente penales que por las cuestiones civiles, las cuales quedan muchas veces relegadas a un papel secundario.

Sin embargo, la propuesta de reforma legislativa que mayor interés y comentarios favorables despierta entre nuestra Doctrina plantea incorporar al ordenamiento jurídico español los acuerdos de enjuiciamiento diferido y de no procesamiento propios del sistema de justicia estadounidense.

Resumidamente, los acuerdos de enjuiciamiento aplazado (*“Deferred prosecution agreements”*, en su denominación inglesa) suponen en la práctica acordar un sobreseimiento condicionado a que la persona jurídica cumpla los términos del mismo. El Fiscal ya ha interpuesto la querrela, pero paraliza su tramitación a la espera de verificar que la empresa querrelada cumple con las obligaciones que ha asumido, que suelen pasar por admitir los hechos que se le imputan, abonar una multa, reparar el daño civil

causado y adoptar o modificar modelos de Compliance penal. Si se verifica el cumplimiento de dichas obligaciones, el Fiscal retira los cargos y el proceso penal se archiva. En caso contrario, la causa penal se reanuda.

Por otro lado, se suelen alcanzar acuerdos de no procesamiento (*“Non-prosecution agreements”*) cuando las responsabilidades penales que se imputan a la empresa no están tan claras, y que tienen como efecto evitar el inicio de un ulterior procedimiento penal, aun y cuando se incumplan posteriormente sus términos.

Se muestra partidario de adoptar este modelo el Magistrado TORRAS (2018, pp. 27-28), que en un estudio realizado en solitario propone que el Fiscal asuma un mayor protagonismo en el proceso penal y se le reconozca la posibilidad de *“ofrecer un acuerdo de sobreseimiento definitivo o temporal, sometido a condición, en el que la empresa involucrada para evitar ser finalmente enjuiciada se comprometa, dentro de un plazo fijado, a cumplir con la pena de multa, reparar el daño e indemnizar a los perjudicados”*. Este mismo planteamiento es el que defiende dicho Magistrado en otra obra colectiva ya comentada (TORRAS *et al.* 2019, pp. 16-22), en la que se realiza un análisis mucho más detenido del tratamiento que reciben este tipo de acuerdos en el sistema norteamericano.

ORTIZ PRADILLO (2019, p. 7) se muestra también partidario de introducir *“supuestos de transacción procesal”* basados en el principio de oportunidad, que tengan por finalidad premiar con la retirada de la acusación la colaboración eficaz de la persona jurídica en el procedimiento penal y en la reparación del daño. Este autor se refiere al beneficio de dicha exoneración como una *“clemencia por colaboración eficaz”* de la persona jurídica, defendiendo en definitiva un modelo muy próximo, si no idéntico, al de los acuerdos de no procesamiento o enjuiciamiento diferido de EE.UU.

Queda fuera de toda duda que estos acuerdos de enjuiciamiento aplazado y de no procesamiento han dado muy buenos resultados en los EE.UU., donde cerca de un 90% de los procesos penales instados frente a personas jurídicas han quedado resueltos por medio de estos instrumentos (TORRAS *et al.* 2019, p. 16), sin necesidad de celebrar Juicio. Idéntico resultado está obteniendo dicho mecanismo en otras jurisdicciones que

lo han importado -aunque con ciertas modificaciones- como son Reino Unido y Francia. Sin embargo, como explican VILLEGAS y ENCINAR (2020, pp. 4 y 14), estos últimos países han adaptado el modelo para admitir la intervención del Juez, quien se ocupa de supervisar la actuación desplegada por la fiscalía y por las partes en la consecución y desarrollo de los distintos acuerdos. Por lo tanto, en estos países no se llega a paralizar del todo la judicialización de las causas penales abiertas frente a las empresas.

En definitiva, como puede apreciarse, no son pocas las propuestas de reforma que están sobre la mesa del legislador y que vienen avaladas incluso por los buenos resultados que han logrado cosechar en otras jurisdicciones. Pero la adopción del modelo estadounidense, que es el que parece haber cosechado más éxitos, no parece que pueda ser importado en el corto plazo a un ordenamiento como el nuestro, en el que el Juez asume un papel fundamental, muy distante del que tiene el Ministerio Fiscal.

## V. CONCLUSIONES.

A la luz de todo lo expuesto se formulan las siguientes conclusiones:

**PRIMERA.-** En España la persona jurídica responde penalmente de sus propios delitos, los cuales se configuran de forma autónoma a los cometidos por las personas físicas. Para poder condenar penalmente a la persona jurídica será necesario constatar algo más que la existencia de un hecho de conexión y de un delito cometido por un individuo. En concreto, hará falta verificar la concurrencia de un ilícito corporativo, fundado en un hecho y en un injusto singulares de la sociedad, y propiciado por una organización defectuosa o inexistente de la misma.

**SEGUNDA.-** El acalorado debate doctrinal suscitado a propósito del fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, aún pendiente de resolver de manera definitiva, se ha visto eclipsado por problemas de tipo práctico que han aflorado al compás de la *praxis* judicial, y que han puesto de manifiesto las notables carencias -sobre todo procesales- de las que adolece nuestro ordenamiento jurídico-penal, cuyos mimbres han sido trenzados durante más de un siglo de acuerdo con unos postulados marcadamente antropocéntricos, que ahora se evidencian incompatibles con las particularidades consustanciales a la persona jurídica.

**TERCERA.-** Aunque es la acusación quien tiene la carga de probar la inexistencia de un programa de Compliance penal en la persona jurídica investigada/acusada, o su insuficiencia, no parece adecuado que la organización deba adoptar una actitud pasiva en el proceso judicial, dados los elevados costes reputacionales y económicos que un largo periplo judicial le pueden llegar a ocasionar. Por lo tanto, aquellas empresas que dispongan de un modelo de prevención de riesgos penales adecuado, deberán tomar la iniciativa procesal y tratar de acreditar la idoneidad de su programa, con la finalidad de lograr un archivo temprano de la instrucción o, en su caso, su absolución.

**CUARTA.-** El Código Penal no parece el texto legal más idóneo para definir los requisitos que debe cumplir un programa de Compliance penal, al tratarse este último de un conjunto de documentos, medidas y protocolos de naturaleza técnica, y no

jurídica. Además, el escueto contenido del artículo 31 Bis 5 del Código Penal resulta claramente insuficiente como modelo de referencia normativo para elaborar e implantar un programa de Compliance penal.

**QUINTA.-** A día de hoy no existen criterios de referencia comúnmente aceptados para valorar la eficacia e idoneidad de los programas de Compliance penal. No obstante, la norma UNE-ISO 19601:2017, sobre sistemas de gestión de Compliance penal, constituye un estándar normativo alineado con el artículo 31 Bis del Código Penal que ya ha recibido la validación y el reconocimiento de prestigiosos juristas. Se trata, además, de una norma certificable, circunstancia esta última que permite someter a procesos de auditoría los programas de Compliance penal, con la indudable ventaja que ello tiene a la hora de poder articular prueba en sede judicial. Por consiguiente, cualquier organización que desee implantar un modelo de cumplimiento normativo y quiera estar en disposición de verificar de forma objetiva la eficacia del mismo, debería elaborarlo de acuerdo con las directrices y requisitos de la norma UNE-ISO 19601:2017.

**SEXTA.-** Los Tribunales de Justicia no están capacitados para valorar por si mismos la eficacia de un programa de Compliance penal. Los documentos y elementos que integran estos modelos de gestión tienen un carácter eminentemente técnico, que hacen necesario que su análisis lo lleve a cabo un especialista en la materia. La falta de una regulación sobre el ejercicio de la profesión de oficial de cumplimiento normativo (*Compliance officer*), y por extensión, de un cuerpo de facultativos especializados en la materia al servicio del Estado, hace muy complicado que pueda practicarse una prueba pericial de tipo judicial sobre la idoneidad y eficacia del programa de Compliance de la persona jurídica investigada.

Por lo tanto, parece que la vía de prueba más idónea actualmente para hacer valer la referida idoneidad del modelo será aportar una prueba pericial de parte, siendo recomendable que su autoría se encomiende a personas con una acreditada experiencia y solvencia en el ámbito del Compliance penal y/o de la auditoría. Asimismo, parece recomendable que dicho análisis se lleve a cabo de acuerdo con lo establecido en la norma UNE-ISO 19601:2017, aun y cuando el programa objeto de análisis no haya sido elaborado de acuerdo con dicho marco de referencia normativo.

**SÉPTIMA.-** Las certificaciones de idoneidad de los modelos de Compliance penal, emitidas por entidades privadas, podrán servir como prueba documental tendente a reforzar las conclusiones de una prueba pericial, pero no serán suficientes para acreditar por sí mismas en sede judicial la eficacia del modelo de prevención de delitos. Además, habrá de tenerse en cuenta el distinto rigor de la certificación considerada, debiendo atribuirse mayor fuerza probatoria a las emitidas por entidades expresamente habilitadas para certificar de acuerdo a la norma UNE-ISO 19601:2017. Dichas entidades son aquellas que han obtenido un certificado conforme a la norma UNE 165019:2018. En el momento de redactarse el presente trabajo no existe en España ninguna entidad habilitada para emitir certificados acreditados de conformidad con la norma UNE-ISO 19601:2017.

**OCTAVA.-** El ordenamiento procesal penal español no ha sido debidamente adaptado al cambio de paradigma que supuso reconocer a las personas jurídicas como sujetos de responsabilidad penal. El proceso penal español sigue confeccionado con la forma de la persona física. Se echan en falta trámites procesales específicamente diseñados para que las personas jurídicas puedan hacer valer la idoneidad de su Compliance penal desde un momento incipiente de la instrucción o del sumario. O mecanismos que permitan paralizar el ejercicio de la acción penal, o incluso enervarlo, similares al modelo que representan los “*Deferred prosecution agreements*” y los “*Non-prosecution agreements*” estadounidenses. No obstante, no parece que esta última vía pueda resultar factible en España, salvo que el legislador decida acometer una profunda reforma del sistema que atribuya al Ministerio Fiscal la iniciativa en la instrucción de las causas. Planteamiento que se atisba todavía muy lejano.

**NOVENA.-** Nuestro legislador acertó al reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero no estuvo tan atinado al definir las normas sustantivas y procesales sobre las que se asienta dicha institución.

Es indudable que el modelo anterior no ofrecía una propuesta adecuada a los ilícitos penales que se cometían por medio, o con la intervención, de las personas jurídicas. Y es más claro todavía que hasta la reforma del Código Penal del año 2015, las organizaciones tampoco tenían grandes incentivos a adoptar programas de

cumplimiento normativo. Ante la posibilidad de ser objeto de una condena penal, con todos los daños reputacionales y económicos que ello puede llegar a acarrear, es justo y proporcionado que el legislador decidiera premiar con la exención de responsabilidad a aquellas organizaciones que demuestren haber adoptado un clima respetuoso con la legalidad y con la ética. Pues son evidentes los beneficios que la difusión generalizada de esta postura puede acarrear en términos de reducción de la criminalidad empresarial.

Es inaplazable que el legislador culmine el modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica que emprendió en 2010 y 2015, adoptando unos criterios objetivos y razonables para que las propias organizaciones y los Tribunales de Justicia puedan valorar la idoneidad de los modelos de Compliance penal, y habilitando mecanismos y cauces procesales que permitan premiar realmente a aquellas sociedades que “hayan hecho los deberes”.

En un país tradicionalmente vinculado a la picaresca, es necesario que cale el mensaje de que sólo el verdadero respeto a la legalidad merece recompensa. Y de que el crimen nunca puede ser un negocio rentable.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

ASOCIACIÓN ESPAPOLA DE COMPLIANCE (ASCOM), Materiales para la preparación de la certificación CESCO. ASCOM, Madrid: 2019.

BACIGALUPO SAGGESE, SILVINA, *“Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)”*, Diario La Ley núm. 7541, sección doctrina. Madrid: Ed. La Ley, 2011. La Ley 15141/2010.

BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL, *“La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española”*. Estudios penales y criminológicos, vol. XXXIII. Zaragoza: Universidad de Santiago de Compostela, 2013.

DE LA HERRÁN RUIZ-MAYEOS, SERGIO, *“El compliance penal como deber específico de contención de riesgos delictivos para las personas jurídicas: criterios de atribución de responsabilidad penal a los administradores de sociedades mercantiles por infracción del deber de control”*. Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal núm. 57/2020. Pamplona: Ed. Aranzadi, 2020. BIB 2020/7975.

DÍAZ GÓMEZ, ANDRÉS, *“El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la Ley 5/2013”*, Revista electrónica de ciencia penal y criminología núm. 13-08. 2011. Logroño: Universidad de La Rioja, 2013.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, JACOBO, *“Derecho penal económico y de la empresa”*. Madrid: Ed. Dykinson, 2019.

FERNÁNDEZ CASTEJÓN, ELENA B., *“Individualización de la responsabilidad penal por la actividad empresarial en Estados Unidos ¿Un modelo para el derecho español?”*. Barcelona: Ed. Bosch Penal, 2017.

FORTUNY CENDRA, MIQUEL y otra, *“La exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Regulación jurídico-penal vs. UNE 19601”*. La Ley Penal núm. 132. Madrid: Ed. Wolters Kluwer, 2018. La Ley 5700/2018.

GÓMEZ BERRUEZO, ÍÑIGO, *“Las periciales de compliance en procedimientos penales”*. Artículo publicado el 16 de enero de 2019 en la página web Legal Today. Visto por última vez el 4 de septiembre de 2020. Disponible en <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/penal/las-periciales-de-emcomplianceem-en-procedimientos-penales-2019-01-16/>

GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS, *“Compliance y delito corporativo: a propósito del auto de 11 de mayo de 2017 del juzgado central de instrucción número cuatro (Caso Bankia)”*. Diario La Ley núm. 9018, sección Doctrina. Madrid: Ed. Woltes Kluwer, 2017. La Ley 8366/2017.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS, *“Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas”*. Madrid: Ed. Civitas, 2016.

GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, *“Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Comentario a la reforma del Código Penal de 2015”*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2015.

GONZÁLEZ HURTADO, JORGE ALEXANDRE, *“La evaluación de la conformidad en los modelos de organización y gestión para prevenir el delito corporativo”*. La Ley Penal núm. 142, sección Estudios. Madrid: Ed. Wolters Kluwer, 2020. La Ley 2364/2020.

MAGRO SERVET, VICENTE, *“Contenido necesario del plan de prevención jurídica de las empresas para evitar responsabilidades penales”*. La Ley Penal núm. 87, sección estudios. Madrid: Ed. Wolters Kluwer, 2011. La Ley 19156/2011.

MAGRO SERVET, VICENTE, *“Viabilidad de la pericial de compliance para validar la suficiencia del programa de cumplimiento normativo por las personas jurídicas”*. Diario La Ley núm. 9337, sección Doctrina. Madrid: Ed. Wolters Kluwer, 2019a. La Ley 15041/2018.

MAGRO SERVET, VICENTE, *“Hacia la creación del registro de expertos en programas de compliance”*. Diario La Ley núm. 9362, sección Doctrina. Madrid: Ed. Wolters Kluwer, 2019b. La Ley 1854/2019.

NAVARRO MIRANDA, JOSÉ RAMÓN y DEL MORAL GARCÍA, ANTONIO. “*Navarro apuesta por examinar el plan para prevenir delitos en la instrucción*”. El Economista. 19 de junio de 2017. Disponible en: <https://www.economista.es/legislacion/noticias/8438881/06/17/Navarro-apuesta-por-examinar-el-plan-para-prevenir-delitos-en-la-instruccion.html>

ORTIZ PRADILLO, JUAN CARLOS, “*Compliance y clemencia en el proceso penal de la persona jurídica*”. Diario La Ley núm. 9504, sección tribuna. Madrid: Ed. Wolters Kluwer, 2019. La Ley 12252/2019.

PASCUAL CADENA, ANTONIO, “*El Plan de Prevención de riesgos penales y responsabilidad corporativa*”, 1ª Edición. Barcelona: Ed. Bosch, 2016.

PUIG FUSTÉ, EULALIA, “*¿Son eficaces los modelos de prevención de delitos? Perspectivas a partir de la práctica española y comparada*”. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 1/2017. Pamplona: Ed. Aranzadi, 2017. BIB 2017/10541.

QUINTERO OLIVARES, GONZALO, “*La reforma del régimen de responsabilidad de las personas jurídicas. Comentario a la reforma penal de 2015*”. Pamplona: Ed. Aranzadi, 2015.

SERRANO ZARAGOZA, ÓSCAR, “*Compliance y prueba de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; cómo conseguir la exención de responsabilidad penal de una persona jurídica en el curso de un concreto procedimiento penal*”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 6/2016, parte estudios. Pamplona: Ed. Aranzadi, 2016. BIB 2016/3068.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, “*Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español*” en “*Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*”. Barcelona: Ed. Bosch, 1996.

TORRAS COLL, JOSÉ MARÍA “*Aspectos procesales de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Valoración del programa compliance*”. La Ley Penal núm. 130, sección Jurisprudencia aplicada a la práctica. Madrid: Ed. Wolters Kluwer, 2018. La Ley 1785/2018.

TORRAS COLL, JOSÉ MARÍA, GIMENO BEVÍA, JORDI y FORTUNY CENDRA, MIQUEL  
*“Instrumentos alternativos al proceso penal de la persona jurídica: desde las diligencias  
de investigación del Ministerio Fiscal y la mediación penal hacia los DPA  
norteamericanos”*. Diario La Ley núm. 9443, sección Tribuna. Madrid: Ed. Wolters  
Kluwer, 2019. La Ley 7536/2019.

VILLEGAS GARCÍA, MARÍA DE LOS ÁNGELES y otro, *“Hacia una guía de valoración de los  
programas de compliance para el proceso penal”*. La Ley penal núm. 142, sección  
estudios. Madrid: Ed. Wolters Kluwer, 2020. La Ley 2365/2020.

## VII.FUENTES JURÍDICAS

### CÓDIGO PENAL:

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículos 31 Bis, 31 Ter y 31 Quater.
- 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.
- Ley Orgánica núm. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Exposición de Motivos, Preámbulo, Apartado III.

CONSEJO DE EUROPA. Recomendación núm. 18/88 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 20 de octubre de 1988.

ESTATUTO ORGÁNICO DEL MINISTERIO FISCAL. Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Artículo 5.2.

FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.

FISCALIA 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.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Artículo 335.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Artículos 456, 457, 459, 722, 773 y 778.

REAL DECRETO DE 15 DE OCTUBRE DE 1900. Publicado en la Gazeta de Madrid núm. 289 de fecha 16 de octubre 1900, la cual puede consultarse en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1900/289/A00205-00206.pdf>.

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO:

- Sentencia núm. 514/2015 de 2 de septiembre de 2015, ES:TS:2015:3813.
- Sentencia núm. 154/2016 de 29 de febrero de 2016, ES:TS:2016:613.
- Sentencia núm. 221/2016 de 16 de maro de 2016, ES:TS:2016:966.
- Sentencia núm. 668/2017 de 11 de octubre de 2017, ES:TS:2017:3544.

SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA:

- Sentencia United States vs. New York Central & Hudson River R. Co., 212 U.S. 509. Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/212/481/>.
- Sentencia de 31 de mayo de 2005, caso Arthur Andersen LLP vs. United States, 544 U.S. 696. Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/544/696/>.