



Universidad Internacional de La Rioja
Facultad de Derecho

Máster Universitario en Derecho Penal Económico

Análisis de riesgos, enfoque práctico de un programa de *compliance*.

Trabajo fin de estudio presentado por: Sergi de la Rúa Castilla.

Tipo de trabajo: Trabajo de Final de Máster.

Categoría del Tesouro: 3.1.3. Derecho Penal Económico.

Director/a: Rocío Leal Ruíz.

Fecha: 07/06/2021.

Resumen.

Este Trabajo de Final de Máster tiene por objeto el estudio de la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica y el fenómeno derivado de la misma denominado *compliance*. La composición está formada por tres grandes bloques, 2 teóricos y un 1 práctico. En el primero se estudia a fondo la responsabilidad criminal de los entes corporativos introducida en el año 2010 por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Posteriormente se analiza qué es el *compliance* y qué funciones realiza y, por último, se diseña un programa de cumplimiento de una empresa farmacéutica.

Palabras clave: *compliance*, riesgo, responsabilidad penal de las personas jurídicas, responsabilidad, delito.

Abstract.

This final research project aims at exposing the criminal liability and compliance framework. It is composed by three main parts, 2 theoretical and 1 practical approach. First and foremost, corporate criminal liability, introduced by the Organic Law 5/2010, is studied, and analysed. Later, the compliance framework follows the first part. To sum up, a compliance program is design taking into consideration data from professional compliance officers.

Key words: *compliance, risk, criminal corporate liability, liability, felony.*

Índice

Introducción	1
1. Responsabilidad penal de la persona jurídica.....	2
1.1. Introducción a la responsabilidad penal de la persona jurídica.....	2
1.1.1. Paradigma y evolución.	3
1.1.2. Derecho comparado.....	4
1.2. Regulación legislativa.	6
1.2.1. Autorresponsabilidad vs. Heterorresponsabilidad.	6
1.2.2. Eximentes, atenuantes y penas.....	10
1.2.3. El art.129 CP.	13
1.3. Listado de delitos.	15
1.4. La expansión del Derecho Penal en contraste con el garantismo penal.....	19
2. <i>Compliance</i>	21
2.1. Cultura de cumplimiento.	21
2.2. Normativa UNE/ISO aplicable.	23
2.3. El órgano de cumplimiento.	29
2.4. El canal de denuncias y código ético.....	32
2.5. Deberes del órgano de gobierno y alta dirección.	36
3. Programa de cumplimiento.....	37
3.1. Identificación de riesgos y evaluación.....	37
3.2. Monitorización de riesgos.....	44
4. Conclusiones.....	53
Bibliografía.	55
Legislación.	57
Jurisprudencia.	60

Listado de abreviaturas, acrónimos y siglas.

ARCO	Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición.
Art.	Artículo.
Arts.	Artículos.
CE.	Constitución Española.
CP.	Código Penal.
FCPA.	<i>Foreign Corrupt Practices Act.</i>
LO.	Ley Orgánica.
LOPD.	Ley Orgánica de Protección de Datos.
OJ.	Ordenamiento Jurídico.
PJ.	Persona Jurídica.
PYMES.	Pequeña Y Mediana Empresa.
RPPJ.	Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica.
UE.	Unión Europea.
UNE.	Una Norma Española.

Introducción.

Es importante tener en consideración el cambio de paradigma en el Derecho Penal español debido a la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante RPPJ) en virtud de la Ley Orgánica (en adelante LO) 5/2010, de 22 de junio y 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal (en adelante CP) un fenómeno que marcó un antes y un después en la dogmática penal. No solo debe tenerse en cuenta esas dos leyes orgánicas también otras disposiciones normativas complementaron este cambio de paradigma. Por un lado, la LO 37/2011 trató de agilizar el tratamiento procesal de las personas jurídicas (en adelante PJ). Posteriormente en el 2012, en virtud de múltiples tramas de corrupción asociadas a partidos políticos se aprobó la LO 7/2012 en las que los partidos políticos fueron sujetos atribuibles de responsabilidad criminal.

Este fenómeno ha fomentado la construcción de una nueva rama multidisciplinar, pero muy arraigada al Derecho Penal como es el cumplimiento normativo o *compliance*. Por un lado, el enfoque jurídico de esta rama se engloba en la posible aplicación de eximentes o atenuantes si se acredita que la empresa ostenta una cultura de cumplimiento y ha tratado de impedir la comisión de un delito en el seno de la empresa.

Por otro lado, el cumplimiento normativo es una parte esencial para garantizar las buenas prácticas en el ejercicio empresarial y las empresas empiezan a exigirlos para formalizar contratos por lo que no solo obtiene un enfoque jurídico sino también económico y ético.

Por esas mismas razones este Trabajo de Final de Máster se centrará en el estudio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, posteriormente se escogerá una tipología de empresa para introducir un marco teórico sobre *compliance* y finalmente se aportará un enfoque práctico en análisis, evaluación y posterior tratamiento de riesgos.

1. Responsabilidad penal de la persona jurídica.

El primer bloque de este proyecto consiste en el estudio de la construcción dogmática de la RRPJ. Desde la introducción de la misma por el acervo comunitario, dogmática clásica, la RPPJ respecto el Derecho Comparado, su configuración legal actual en el Ordenamiento Jurídico (en adelante OJ), la tipología en la que puede concurrir y finalmente se estudiará el fenómeno de la expansión del Derecho Penal Económico. De esta forma habiendo expuesto el marco teórico general del proyecto se podrá proceder a la introducción del segundo bloque sobre *compliance* para finalmente poder introducir el enfoque práctico.

1.1. Introducción a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Teniendo en cuenta la legislación europea y su continuo ritmo desde inicios de los años 2000, se establece la necesidad de imposición de la RRPJ no tanto entendida como responsabilidad penal sino como la necesidad de control e instauración de sanciones por posibles infracciones cometidas por las mismas. Por eso mismo, la Decisión Marco y las Directiva son un instrumento acertado para la implantación de esta construcción dogmática revolucionaria (DE LA CUESTA y PÉREZ, 2013).

Dentro de este cuerpo legislativo internacional tenemos disposiciones relativamente importantes tales como: la Decisión Marco 2000/383/JAI, de 29 de mayo, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro; el Convenio sobre Ciberdelincuencia, de 23 de noviembre de 2011; la Decisión Marco 2002/475/JAI, de 13 de junio, sobre la lucha contra el terrorismo; la Decisión Marco 2003/80/JAI, de 27 de enero, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal; la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado; la Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada (DE LA CUESTA y PÉREZ 2013).

Existe más legislación europea al respecto, pero los elementos en común que se extraen es la obligación por parte de los Estados de implantar un sistema de infracciones y sanciones que puede ser, o no, competente el Derecho Penal. El motivo por el cual se ha seguido esa hoja de

ruta respecto esta tipología de delitos viene derivada por la política criminal de la Unión Europea (en adelante UE) (CUELLO, 2013; DE LA CUESTA y PÉREZ, 2013).

1.1.1. Paradigma y evolución.

Es preciso establecer el origen histórico de la RPPJ, cabe establecer una evolución y cambios de paradigma desde la época romana hasta la actualidad (MIR, 2016; FOUREY, 2016). Como veremos posteriormente en el derecho anglosajón tienen una evolución y configuración alternativa a la propia del Derecho de origen romano.

Mucha doctrina penalista a la hora de estudiar tal institución dogmática recurre a la expresión latina *societas delinquere non potest o universas delinquere nequit* en la que se niega la RPPJ y solo se centra en la responsabilidad penal de la persona física que ha cometido el ilícito en el seno de la empresa (BOLDOVA, 2013; MIR, 2016; ANTICH, 2017; FOUREY, 2016; CÁRDENAS, 2018; DONAIRES, 2013).

Este paradigma ha sido el imperante en el OJ español hasta la introducción de la LO 5/2010 y posteriormente ampliada por la LO 1/2015. Eso no significaba que la jurisprudencia empleara las consecuencias accesorias del art. 129 CP previa a la reforma. La jurisprudencia lo aplicaba debido a que las consecuencias accesorias al no considerarse como penas podían ser aplicables a una PJ.

Es clave mencionar el origen histórico para entender la evolución de la misma hasta la actualidad. El régimen de responsabilidad durante los siglos ha ido cambiando, dependiendo de las fuentes de las que se nutría en ese momento. En el Derecho Romano se rechazaba mediante la expresión *societas delinquere non potest*. Posteriormente en la Edad Media y Moderna se aceptaba con autores como Bartolo de Sasoferato hasta el siglo XVIII (MIR, 2016).

Posteriormente en el siglo XVIII autores como Feuerbach empezaron a negar la tesis originaria romana mediante la teoría de la ficción de la capacidad delictiva de PJ. Posteriormente la ideología liberal mediante el principio de personalidad de las penas volvió a negar la responsabilidad penal de esos entes (MIR, 2016).

Adentrados en la mitad del siglo XIX, mediante la aparición de la teoría de la realidad fundamentada por autores como Gierke, volvieron a argumentar a favor de la RPPJ. La teoría de la realidad consistía en emplear una analogía relacionando la ficción de la PJ con un organismo vivo. Se comparaba el cerebro con el órgano de gobierno, las comunicaciones con el sistema nervioso y las células con los individuos que formaban la sociedad. (MIR, 2016).

Autores de corriente más pragmática como Saldaña, Von Listz o Saldaña abogaron por la aprobación de la RPPJ. El motivo principal para tal argumentación consistía en la peligrosidad por parte de la organización de la misma, es decir, la instrumentalización de la PJ para cometer delitos. (MIR, 2016).

En la actualidad, previa a la reforma del 2010, se seguía la línea negacionista afín a *societas delinquere non potest*. Sin embargo, los tribunales empezaron a aplicar el art. 129 CP. Hoy en día la doctrina penalista más clásica muy crítica con la expansión del derecho penal argumenta la permanencia del paradigma anterior argumentando que tal y como está configurada se vulnera el principio de culpabilidad por el cual se exige, según la teoría clásica del delito, una conducta voluntaria personal, subjetivamente imputable a la persona en concreto (MIR, 2016).

En sentido estricto se argumenta la vulneración del principio de personalidad de las penas pues solo se puede hacer un juicio de reprochabilidad al autor del hecho delictivo. En una sociedad o cualquier otro tipo de PJ materialmente solo pueden realizar hechos delictivos sus representantes por lo que el legislador posteriormente en aras de introducir la RPPJ aporta argumentos para fundamentar esta materialidad de forma compatible con la dogmática penal. Estos argumentos serán analizados en el epígrafe 1.2.1.

1.1.2. Derecho comparado.

Es necesario conocer también como nuestros homónimos europeos han introducido la RPPJ en sus legislaciones debido al objetivo de armonización propia del acervo comunitario mencionado en el epígrafe 1.1. Analizaremos además de los países de la UE otros como por ejemplo Perú y también se verá la configuración de esta institución en potencias con derecho anglosajón o también conocido como *common law*. Debido al acervo comunitario todos los

países, aun dejándolo al ámbito potestativo, son obligados a emprender medidas que tipifiquen infracciones y sanciones para las PJ.

Igualmente, eso no significa que la doctrina de ciertos países haya encontrado dificultades para implantarlo debido a la resistencia o negación de tal institución por Estados como Italia, Alemania. En ellos se reserva la responsabilidad penal para la persona física, eso no significa que se dilucide la responsabilidad administrativa de la misma en el mismo procedimiento resultando en la posible sanción de la misma (AGUILERA, 2018). Países como Perú cuyo derecho penal tiene una configuración individualista muy arraigada al principio *societas delinquere non potest* siguen negando cualquier tipo de responsabilidad penal para las PJ (CÁRDENAS, 2018).

MIR (2016, p. 206) argumenta que los países *anglosajones* «aceptan la responsabilidad criminal de las personas jurídicas por razones pragmáticas de mayor eficacia». Precisamente de la cultura anglosajona es de donde surge el *compliance* especialmente a inicios del siglo XX derivado de diversos escándalos generados por estructuras organizadas.

Francia, por ejemplo, ha configurado la RPPJ mediante un sistema de responsabilidad vicarial o transmisión des del 1994. El hecho típico cometido por la persona física es considerado un nexo de transmisión al ente corporativo o también conocida como responsabilidad por reflejo o rebote (AGUILERA, 2018).

Derivado de la influencia realizada por Estados Unidos diferentes Estados del continente americano han adoptado un modelo afín como por ejemplo Chile, Brasil o Argentina. Mientras que otros países son más reticentes como México. Por otro lado, el modelo anglosajón tiene una gran influencia en el modo en el que el legislador español ha configurado la institución mediante el art. 31 bis CP. En los países anglosajones si la PJ ha implementado en su estructura programas o protocolos eficaces que disminuyan idóneamente el riesgo de comisión de delitos esta verá exonerada su responsabilidad criminal (AGUILERA, 2018).

En el Inglaterra es una institución que goza de tradición debido a que consta en su OJ desde 1889 mediante la aprobación de la *Interpretation Act*. Los británicos se rigen por un sistema de responsabilidad vicarial o heterorresponsabilidad. (AGUILERA, 2018). De la misma forma

que el legislador español o el holandés el tipo de delito que puede cometer una persona jurídica es tasado y de todos ellos se extrae el denominador común de la necesidad de organización (DONAIRES, 2013).

Francia es otro homónimo europeo que adopta la responsabilidad criminal de la persona jurídica en su OJ, tanto para personas jurídicas de origen privado como públicas a excepción del Estado. De la misma forma que emplea el legislador español existe una lista tasada de delitos de posible comisión por una persona jurídica y emplea requisitos similares que el art. 31 bis CP. Los requisitos para que concurra son: comisión del ilícito por una persona con poder de representación y haberse realizado en nombre y beneficio directo o indirecto de la persona jurídica (DONAIRES, 2013; AGUILERA, 2018).

Holanda menciona explícitamente en su art. 51 a la RRPJ especificando la posibilidad de comisión de delitos tanto por una persona física como jurídica. Además, si se ha cometido por esta última puede considerarse como responsables a la empresa, la persona que haya realizado el delito en su seno o ambos. Analizando tal artículo se aprecia que el OJ holandés configura la RPPJ conforme a la autorresponsabilidad, es decir, niega la responsabilidad vicarial o de transmisión como ocurre en el OJ francés (DONAIRES, 2013).

1.2. Regulación legislativa.

Una vez analizado el marco jurídico del Derecho Comparado es preciso estudiar el sistema establecido por el OJ español. Para ello se estudiará dos modelos de concepción de la RPPJ siendo estos la autorresponsabilidad y la responsabilidad vicarial. Posteriormente se analizará en detalle los arts. 31 bis y siguientes del CP para dilucidar el sistema de exención penal, atenuantes y la penología.

1.2.1. Autorresponsabilidad vs. Heterorresponsabilidad.

Una vez instaurada la RRPJ surgió una reacción doctrinal muy grande entre los diversos operadores jurídicos, se debatió tanto por la doctrina como por la jurisprudencia si España adoptaba un modelo basado en la responsabilidad vicarial como Francia o por hecho propio como Holanda (CÁRDENAS, 2018).

Es decir, en el supuesto de la responsabilidad vicarial se transmite la responsabilidad negándose el estatus de personalidad inherente o ficción como sujeto de derecho. Por otro lado, la autorresponsabilidad sí que acepta tal ficción y considera a la PJ como sujeto penalmente responsable en virtud de un defecto en la organización de la misma. Esto es relevante a efectos procesales debido que la PJ, de considerarse el sistema como de responsabilidad propia, estaría sujeta a las directrices del art. 24 de la Constitución Española (en adelante CE) necesitando ser asistida por procurador y letrado. Además, todos los principios y garantías aplicables a las personas físicas deben ser también aplicados a las PJ.

La discusión doctrinal y jurisprudencial se inició a partir de la introducción de la LO 5/2010 y 1/2015 realizando en este corto espacio de tiempo cambios en el OJ español. Por ello si analizamos la circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado y el art. 31 bis CP apartado primero cito al CP «las personas jurídicas serán penalmente responsables:

- a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica (...)
- b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.»

Se plasma de forma clara y se confirma en un primer instante, aunque posteriormente esta configuración será modificada por la jurisprudencia, como un modelo de responsabilidad vicarial. En este modelo se emplean nexos de conexión de la actuación delictiva de la persona física y se transmite a la PJ.

La doctrina ha realizado muchas discusiones respecto este modelo, por ejemplo, Jaume Antich Soler menciona a Pérez Cepeda, el cual considera la RPPJ de forma vicarial en virtud de la relación funcional de la persona física y sus órganos de actuación. Se exige pues dolo o

imprudencia y se acepta la comisión por omisión en relación con los deberes de vigilancia, coordinación o selección de los órganos de la persona jurídica (ANTICH, 2017).

La Circular 1/2016, de 22 de enero, de la Fiscalía General del Estado indicó que se atribuye la responsabilidad penal a la PJ a través de un hecho típico realizado por una persona física el cual se considera un hecho de conexión o nexo. Jaume Antich Soler menciona a otros autores como Silva Sánchez los cuales consideran el modelo vicarial actual transfiere “un hecho delictivo” completo de la persona física a la PJ. Al transmitirse de ese modo, puede procesarse a una PJ, aunque no sea posible declararse la responsabilidad de la persona física o no pueda identificarse (ANTICH, 2017; SILVA, 2008).

También nombra a autores como de la Cuesta. Ellos exponen el modelo vicarial teniendo en cuenta la concepción anglosajona. Consideran la PJ como un alter ego y el hecho típico cometido por la persona física se adhiere a la misma. Este modelo supone la imputación del tipo por representación de la PJ en base a un hecho ajeno (ANTICH, 2017).

Todos estos autores mencionados anteriormente aceptan el modelo de responsabilidad vicarial en vez del propio. Emplean la sistemática creada por el Derecho Penal clásico intentando dejar fuera la posibilidad que las PJ puedan realizar hechos delictivos de forma propia. Todos ellos tienen en cuenta principios dogmáticos como el de personalidad de las penas o las influencias realizadas por los modelos de transferencia puros propios de los sistemas anglosajones (ANTICH, 2017).

Por otro lado, tenemos el sistema de responsabilidad por hecho propio o autorresponsabilidad. Este es un modelo contrario al vicarial o de transmisión debido que, la acción de la persona física, se considera una condición de perseguibilidad y no un elemento objetivo del tipo. Según la doctrina el modelo de autorresponsabilidad se basa en una concepción autopoietica de su organización, es decir, un sistema autónomo que se dirige por si solo teniendo como elemento principal las comunicaciones entre los diferentes individuos que lo forman. (GÓMEZ-JARA, 2006).

La concepción autopoietica determina que la responsabilidad vicarial no es conforme a la dogmática clásica del Derecho Penal por lo que si el objetivo es establecer la RPPJ este debe

centrarse en la estructura organizativa y no en los hechos típicos cometidos por personas físicas (GÓMEZ-JARA, 2006).

El modelo vicarial no encaja con el núcleo del Derecho Penal debido que considerar la responsabilidad penal por hecho ajeno vulnera el principio de culpabilidad pues solo debe realizarse el reproche al sujeto que ha cometido el tipo. Si es impensable la transmisión de responsabilidad penal de una persona física a otra no es posible aceptarlo de una física a una jurídica. Además, este modelo implica que la PJ, en caso de cumplirse el déficit en su organización y aplicarse el art. 31 bis CP, debe ser asistida por procurador y letrado alternativo al de la persona física.

Habiendo expuesto ambos modelos de responsabilidad cabe indicar que ha habido cambios de una posición a otra a lo largo de su introducción en el OJ español. La configuración del art. 31 bis CP junto con la Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del CP efectuada por Ley Orgánica 1/2015. Se configuraba como un sistema de responsabilidad vicarial, sin embargo, la jurisprudencia ha cambiado el modelo a uno basado en la autorresponsabilidad. Sentencias como las siguientes: STS 154/2016 de 29 de febrero, FJ V STS 221/2016 de 16 de marzo y STS 587/2017 de 19 de julio de 2017 lo acreditan.

Pere Simón Castellanos (2020, p. 33) expone que «las dudas sobre la naturaleza de la responsabilidad penal de las personas jurídicas han sido resueltas por la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de la que es exponente la STS 221/2016, de 16 de marzo, entre otras, en las que se establece que la sanción penal de la persona jurídica tiene su fundamento en la responsabilidad de la propia empresa por un defecto estructural en los mecanismos de prevención frente a sus administradores y empleados en los delitos susceptibles de ser cometidos en el ámbito de actuación de la persona jurídica.». Por tanto, en el presente, el debate doctrinal ha sido superado.

El sistema actual en el OJ español es el de responsabilidad propia empleando un listado tasado de tipos. Por tanto, si se comete un tipo delictivo no recogido en el CP aun cumpliéndose los requisitos del art. 31 bis CP no existe tipicidad objetiva.

Independientemente del modelo defendido por la jurisprudencia es relevante indicar la presencia del voto particular realizado por 8 magistrados del Tribunal Supremo en la STS 154/2016. Cabe analizar el Fundamento Jurídico II en el que no se discute el modelo de responsabilidad criminal, pero sí se habla sobre el núcleo de tipicidad.

Todos los magistrados del TS están conformes respecto la configuración como un modelo de autorresponsabilidad en la que la PJ responde por el déficit en la organización al cumplirse los requisitos del apartado 1 o 2 del artículo 31 bis. Sin embargo, la discrepancia surge en considerar la “falta de cultura de cumplimiento” como elemento del tipo. Concretamente como “núcleo de la tipicidad”. Por tanto, no se considera como un elemento que afecte a la punibilidad sino a la tipicidad objetiva.

Sin embargo, tras analizar el voto particular, el resto de los magistrados excluyen este fenómeno y lo consideran exclusivamente como una eximente en caso de acreditarse en sede judicial. Esta línea jurisprudencial es más acertada por el tratamiento del fenómeno como eximente. Si la existencia de la misma afecta a la punibilidad del hecho no puede a su vez considerarse como un elemento del tipo. Por tanto, para determinar la RPPJ basta con que concurren los hechos previstos en los apartados 1 o 2 del artículo 31 bis. Posteriormente ya se analizará si concurre o no la eximente o atenuación de la pena.

1.2.2. Eximentes, atenuantes y penas.

Habiendo superado y expuesto el marco teórico sobre la RPPJ debe analizarse los apartados 2 y 4 del art. 31 bis CP. Estos establecen una eximente completa única dividida en 4 apartados.

El primer apartado indica la adopción de un programa de cumplimiento idóneamente ejecutado previa la comisión del ilícito por las personas establecidas en el art. 31 bis CP. La idoneidad debe valorarse respecto el delito en concreto el cual se ha cometido en el seno de la empresa. Es decir, puede existir un programa de cumplimiento completo respecto ciertos delitos, pero deficiente en el cometido.

El segundo apartado es la delegación de las facultades del cumplimiento o control de protocolos establecidos en un programa por parte del órgano de cumplimiento. Este órgano

de cumplimiento a su vez puede ser unipersonal con un *compliance* officer o colegiado. Toda la estructura dependerá del tamaño, contexto y estructura de la empresa.

El tercer y cuarto apartado indican que el delito se ha cometido sin concurrir una negligencia por el órgano encargado del apartado anterior. Es decir, realmente debe acreditarse una conducta dolosa por parte de la persona física en la que burla deliberadamente los protocolos establecidos. Este apartado deja abierto la posible condena o no de la PJ. Todo dependerá de las pruebas practicadas en la fase de juicio oral.

Por último, se establece la misma necesidad expuesta en el apartado primero, pero aplicado para las personas del apartado 1.b. del art. 31 bis CP siendo estos los trabajadores. Por tanto, el personal de alta dirección no puede escudarse en la delegación de funciones *per se* para sortear la RPPJ inclusive la suya propia.

Igualmente, el legislador estipula unas líneas generales para considerar idóneo a un programa de cumplimiento en el apartado 5 del art. 31 bis CP. Para el Derecho Penal español un programa de cumplimiento debe identificar las actividades económicas junto con los riesgos inherentes a la misma, es decir, descubrir qué delitos pueden cometerse en su seno. Posteriormente, deben determinarse protocolos idóneos tales como formaciones o decisiones en aras de reducirlos. Debe establecerse un órgano de cumplimiento con recursos financieros suficientes para impedir la comisión de delitos, también deben implantarse métodos que faciliten la comunicación de posibles infracciones del programa junto con sistema disciplinario para los infractores y por último revisarse constantemente teniendo en cuenta los posibles cambios que sufra la PJ. (MONTANER, 2020; RUIZ, 2020; ECHEVARRIA 2019; MAGRO 2020; DEL ROSAL 2018).

Estas líneas generales vienen desarrolladas por normativa no vinculante o también denominada *soft law*. Organismos internacionales y nacionales como ISO o AENOR generan normas de estandarización (UNE/ISO) que desarrollan con profundidad los apartados anteriores como ocurre con la UNE 19601. Las empresas si instauran programas de cumplimiento siguiendo las directivas de tales normas pueden ver aplicadas la exoneración prevista en el OJ. Todos los elementos anteriormente mencionados se verán desarrollados en los apartados sobre normativa UNE/ISO del bloque 2.

Las PJ ostentan unas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal alternativas a las aplicables en los arts. 21 y 22 del CP. Precisamente, el legislador establece concretamente las circunstancias agravantes especiales para la PJ de la misma forma que las atenuantes. En este sentido, son aplicables aquellas reguladas en el art. 31 quater CP, mediante un listado tasado.

La primera atenuante consiste en la confesión de la infracción ante las autoridades previo conocimiento de las autoridades (Policía, Ministerio Fiscal o Juez de guardia). Posteriormente, complementando a la anterior, la segunda consiste en la colaboración de la PJ mediante la aportación de pruebas nuevas y decisivas para el proceso. En tercer lugar, encontramos una disposición de carácter civil mediante la atenuación de la pena si concurre reparación o disminución del daño por parte de la PJ. Por último, se establece con carácter idéntico al apartado primero de la eximente, la instauración de un programa de cumplimiento, pero con posterioridad a la comisión del delito.

Si se analizan las anteriores circunstancias atenuantes se extrae una conducta cooperativa de la persona jurídica con la Administración de Justicia y es relevante adquirir tal actitud porque toda pena aplicada a la persona jurídica tiene la consideración de grave y pueden conllevar consecuencias considerables. No solo a efectos penológicos, también costes reputacionales grandes.

Igualmente, una vez establecida la eximente por antonomasia y las circunstancias atenuantes previstas en el OJ, puede criticarse el papel de la jurisprudencia respecto la aplicación de las mismas. En la STS 586/2020, de 5 de noviembre de 2020, se aplica de forma errónea una supuesta atenuante de “cuasi prescripción”. Es erróneo debido al listado tasado de atenuantes previstos en el CP. Juristas como Juan Antonio Frago Amada critica esta sentencia argumentando que tal atenuante es una creación deliberada y el tribunal debe ceñirse al listado tasado previsto.

Una vez expuestas las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal aplicadas a las PJ debe analizarse qué tipo de penas pueden aplicarse además de las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 CP previstas para los entes sin personalidad jurídica.

Todas las penas aplicadas a las PJ tienen la consideración de graves en virtud del art. 33.7 CP. Debe diferenciarse dos tipos de penas, una obligatoria siendo esta la multa, la cual variará dependiendo del tipo cometido y las penas potestativas de los apartados b) a f). Estas penas son:

- Disolución de la persona jurídica, suele estar pensada para aquellas sociedades instrumentales empleadas para cometer delitos como delitos contra la salud pública en la modalidad de tráfico de estupefacientes, blanqueo de capitales, delitos contra la Hacienda Pública y/o la Seguridad Social, entre otros.
- Suspensión de actividades por un plazo no superior a 5 años; clausura de locales por un plazo no superior a 5 años;
- Prohibición de realizar actividades relacionadas con el delito pudiendo ser la medida definitiva o provisional, si es provisional la duración no puede ser superior a 15 años
- Pérdida de obtención de ayudas y subvenciones públicas por una duración no superior a 15 años.
- Intervención judicial por un plazo no superior a 15 años. La intervención debe ser motivada por el juez y debe determinar qué sectores o centros de trabajo son objeto de la intervención junto con la designación del interventor y su retribución.

Las disposiciones penológicas mencionadas no son aplicables a cualquier tipo de entidad pública perteneciente a cualquier Administración territorial con la excepción de aquellas sociedades con capital público cuyas penas se verán restringidas a las del apartado a) y g) del art. 31 quinquies CP.

1.2.3. El art.129 CP.

Hoy en día este relativo a la RPPJ está en desuso. Igualmente, debe entenderse la relevancia del artículo en la historia de la institución pues el legislador lo empleó para sancionar por vía penal a las PJ previa a la introducción de la RPPJ en el 2010 y posterior reforma en el 2015.

Hoy en día el art. 129 CP está reservado para entes sin personalidad jurídica tal lo especifica el primer apartado el cual determina que serán aplicables las consecuencias accesorias

recogidas en los apartados c) a g) del art. 31 bis CP para aquellos entes los cuales no puedan ser integrados en el mismo.

Es notable como el legislador emplea una clasificación residual para englobar todo tipo de ente alternativo a una persona física. Es aplicable a entes sin personalidad debido que, al ser consideradas consecuencias accesorias, no están sujetas a los principios garantistas del Derecho Penal nuclear.

Por tanto, para los entes sin personalidad jurídica las consecuencias accesorias son: suspensión de actividades; clausura de locales y establecimientos; prohibición de actividades; inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas y la intervención judicial.

Se excluye tanto la multa como la disolución del ente debido que estas dos últimas son consideradas como verdaderas penas y, de aplicarse, se estaría vulnerando el principio de culpabilidad y personalidad de las penas.

Históricamente se planteó un debate entre la doctrina surgiendo cuatro posiciones respecto al asunto siendo estas: consideración de las consecuencias accesorias como verdaderas penas; atribución de condición como consecuencia dirigida a despojar un instrumento peligroso; consideración como medida de seguridad y por última consideración de la medida como sanción administrativa (AGUILERA, 2018).

El art. 129 CP, con anterioridad a la reforma del año 2010, se usaba para sancionar penalmente a aquellas empresas de tamaño pequeño las cuales distinguir entre la persona física y la jurídica era muy complicado. Por otro lado, también se utilizaba para sancionar a aquellas sociedades constituidas en fraude de Ley para constituir delitos en casos de evasión de impuestos o terrorismo (AGUILERA, 2018).

Hoy en día la aplicación del art. 129 CP queda reservado para una lista tasada de delitos siendo estos (SIMÓN, 2020):

- Manipulación genética (arts. 159-162 CP).
- Alteración de precios y subastas públicas (art. 252 CP).
- Obstaculización de la actividad inspectora o supervisora (art. 294 CP).

- Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 311-318 CP).
- Falsificación de la moneda (art. 386 CP).
- Asociación ilícita (arts. 515 y 520 CP).
- Organización y grupos criminales (arts. 570 bis-quater CP).
- Organización terrorista (arts. 570 quater, 571, 572, 580 bis CP).
- Terrorismo (arts. 570 quater, 573-580 bis CP).

1.3. Listado de delitos.

Una vez habiendo expuesto tanto la configuración de la RPPJ como las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y su penología es necesario estudiar qué tipos la conforman. De la misma forma que Francia o Inglaterra las PJ pueden cometer un listado tasado de delitos. En este epígrafe se expondrán la totalidad de delitos, para ello se agruparán en diversos grupos y se nombrará su localización en el OJ.

Tráfico ilegal de órganos.	Art. 156 CP.
Trata de seres humanos.	Art. 177 bis CP.
Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores.	Arts. 187-190 CP.
Delitos contra la intimidad.	Arts. 197-201 CP.
Estafa.	Arts. 248-251 CP.
Delitos contra la frustración de la ejecución.	Arts. 257-258 ter CP.
Insolvencias punibles.	Arts. 259-261 bis CP.

Delito de daños informáticos.	Arts. 264-264 quater CP.
Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores.	Arts. 270-277 CP.
Delito de corrupción entre particulares.	Art. 286 bis CP.
Delito de corrupción deportiva.	Art. 286 bis CP.
Corrupción en las actividades económicas internacionales.	Art. 286 ter CP.
Blanqueo de capitales.	Art. 301 CP y Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.
Financiación ilegal de partidos políticos.	Arts. 304 bis y 304 ter CP.
Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.	Arts. 305-310 CP.
Delitos contra los derechos de los extranjeros.	Art. 318 bis CP.
Delitos urbanísticos y contra el patrimonio público.	Arts. 311-318 y 319-331 CP.
Delitos contra el medio ambiente.	Arts. 332-339 CP.
Delitos relativos a las radiaciones ionizantes.	Arts. 341- 345 CP.

Delitos relacionados con explosivos y otros agentes.	Arts. 346-350 CP.
Delitos contra la salud pública.	Arts. 359 y 360 CP.
Delitos contra la salud pública en la modalidad de medicamentos.	Arts. 361 y 362 CP.
Delitos contra la salud pública en la modalidad de alimentos.	Arts. 363-366 CP.
Delitos contra la salud pública en la modalidad de tráfico de drogas.	Art. 368 CP.
Falsificación de la moneda.	Art. 386 CP.
Falsificación de tarjetas de crédito/débito y cheques de viaje.	Art. 399 bis CP.
Cohecho.	Arts. 419 y 426 CP.
Tráfico de influencias.	Arts. 428-431 CP.
Financiación del terrorismo.	Art. 515 CP. y Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.
Contrabando.	LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.
Delitos contra los derechos de los trabajadores.	Arts. 311-318 CP.

Delitos de manipulación genética.	Arts. 159-162 CP.
Alteración de precios en concursos y subastas públicas.	Art. 252 CP.
Negativa a actuaciones inspectoras.	Art. 294 CP.
Asociación ilícita.	Arts. 515 y 520 CP.
Organización criminal y terrorista.	Arts. 570 bis-580 bis CP.
Delitos de odio	Arts. 510 y 510 bis CP.
Delitos de malversación de caudales públicos.	Arts. 432-435 CP.
Delitos de terrorismo.	Art. 578 CP.

Elaboración propia. Extraído de Albert Salvador Lafuente (2020, pp. 97-114).

Para no realizar una lista demasiado extensa se han agrupado delitos de características similares o que afectan un mismo bien jurídico protegido como, por ejemplo: delitos informáticos; delitos contra los derechos de los trabajadores; delitos de terrorismo; delitos contra la salud pública atendiendo al objeto introducido en el mercado; las diversas modalidades de cohecho; delitos contra la ordenación del territorio entre otros mencionados en la lista.

El motivo principal para clasificar la tipología de delitos en grupos ya sea por el bien jurídico protegido o por la similitud de sus conductas punibles, consiste en la identificación de riesgos mediante un programa de cumplimiento normativo. Actualmente muchos son deficientes debido que simplemente clasifican los delitos que pueden cometerse en el seno de la empresa, pero no tienen en consideración todas las conductas junto con sus riesgos.

1.4. La expansión del Derecho Penal en contraste con el garantismo penal.

Para entender el régimen penal expuestos en los epígrafes anteriores debe estudiarse el fenómeno de la expansión del Derecho Penal. Por cuestiones de política criminal la UE ha adoptado postulados en los que aboga por instaurar un modelo de infracciones y sanciones a las PJ. No solo por voluntad de la UE sino también por la irrupción de nuevos bienes jurídicos protegidos, además de una cultura pro punitiva la cual ha generado una intervención excesiva del Derecho Penal (CORCOY, 2012).

La dogmática clásica penal ha sido garantista debido que las penas son verdaderas limitaciones a los Derechos Fundamentales de los sujetos a los que son impuestas. Por ello, en nuestra Constitución, especialmente en el art. 24 CE, se establece un deber de seguirse todas las garantías. Es clave analizar a qué se refiere cuando se utiliza la palabra garantías, pues no solo se refiere a la tutela judicial efectiva.

Centrándonos en la jurisdicción penal, el Derecho Penal ostenta una multiplicidad de principios que persiguen garantizar una tutela judicial efectiva idónea. Entre ellos destacan: el principio de culpabilidad; el principio de legalidad; el principio de personalidad de las penas, el principio de determinación; el principio de especialidad; el principio de última intervención o *ultima ratio* entre otros.

Estos principios siempre han girado entorno una dogmática pensada para delitos de sangre cometidos por personas físicas. Esto deriva en un CP compuesto por delitos de peligro concreto o de resultado. Sin embargo, debido a la “inflación” o expansión del Derecho Penal han proliferado nuevos postulados sobre victidogmática, imputación objetiva o adelantamiento de las barreras punitivas.

La expansión del Derecho Penal ha generado una reacción doctrinal muy activa y crítica con el fenómeno. Precisamente los motivos para ello son, en primer lugar, la irrupción de la víctima en el proceso penal generando una inversión de la carga de la prueba y configurando los tipos en base a una “presunción de culpabilidad”. Por otro lado, adelantamiento de las barreras punitivas por la proliferación de delitos de peligro abstracto en los que no se pone materialmente en riesgo el bien jurídico protegido y, por último, la configuración del art.31

bis CP respecto la RPPJ en la que se configura como un déficit en la estructura de la organización de la PJ (CARRASCO, 2017; FERNANDEZ, 2009).

Es cierto que el Derecho Penal Económico tal y como está configurado en el presente no es conforme a la dogmática penal clásica. Por ello, es relevante mencionar las reformas realizadas por homólogos europeos como Italia o Alemania. Estos países han adoptado una postura respetuosa mediante la creación del denominado Derecho Administrativo Penal Económico.

Puede parecer confuso al principio pues el nombre junta dos jurisdicciones diferentes en un mismo nombre. Tal y como se indicó en el epígrafe sobre la posición del Derecho Comparado Alemania o Italia pueden conocer de las infracciones en sede penal. Sin embargo, la sanción es administrativa. Por tanto, se reserva la jurisdicción penal para las personas físicas y las posibles penas aplicables a las mismas. Tal postura es totalmente compatible con la dogmática clásica al respetarse las garantías en las que el reo tiene derecho pudiendo aplicar sanciones más graves a las PJ. En el OJ español, si se adoptase esa posición podría sancionarse a las PJ con penas de multa mucho más altas y conseguir un efecto disuasorio más alto.

Por otro lado, al aplicarse las garantías del Derecho Penal a la delincuencia socioeconómica como, por ejemplo, la presunción de inocencia o *in dubio pro reo* pueden conllevar la impunidad de la delincuente económico. Muchos de los delitos socioeconómicos tienen una complejidad probatoria muy alta, especialmente aquellos en la modalidad de comisión por omisión. A efectos de prueba, cuesta mucho acreditar la posición de garante en delitos de peligro abstracto.

Si se adoptara un sistema de tendencia administrativista la PJ no se vería sujeta a tales principios y derivaría en un *ius puniendi* más efectivo. Esta afirmación deriva en dos grandes efectos para la sociedad. En primer lugar, un efecto disuasorio para el delincuente económico y la PJ utilizada y, por otro lado, de cometerse infracciones sancionar idóneamente evitando la impunidad del delincuente económico.

2. *Compliance*.

El segundo bloque de este proyecto tratará de introducir un marco teórico sobre el cumplimiento normativo o también denominado *compliance*. Este Trabajo de Final de Máster persigue establecer un enfoque práctico en la aplicación de un programa de cumplimiento, por eso mismo, es necesario introducir un supuesto de hecho conforme al caso.

En la actualidad estamos viviendo una pandemia debido a la COVID-19 y a consecuencia de ello las empresas farmacéuticas han obtenido un protagonismo relevante en la actualidad. Gracias a ellas y la generación de nuevos fármacos y vacunas podemos tener cierto grado de esperanza ante tal tragedia. Por eso, se empleará un programa de *compliance* aplicado a una empresa farmacéutica.

2.1. Cultura de cumplimiento.

La cultura de cumplimiento tiene su origen en el mundo anglosajón. Su traducción literaria al castellano es cumplimiento y establece una de las definiciones más abiertas e indeterminadas del Derecho Penal (SIMÓN, 2020). Esto es contradictorio a la tendencia penalista clásica pues el principio de determinación exige todo lo contrario a definiciones laxas.

¿Qué significa para el legislador la palabra *compliance*? La palabra cumplimiento no solo debe ser aplicada a la jurisdicción penal. Se entiende como el actuar conforme a todas las disposiciones legislativas de todas las jurisdicciones (civil, penal, administrativo, mercado de valores, mercantil...). Igualmente, en este Trabajo de Final de Máster solo se analizará la jurisdicción penal. Debe entenderse al cumplimiento normativo como «la implementación de medidas mediante las cuales las empresas pretenden asegurarse de que sean cumplidas las reglas vigentes para ellas y su personal, que las infracciones se descubran y que eventualmente se sancionen» (SIMÓN, 2020, pp. 34-35).

El cumplimiento normativo pivota en dos grandes principios, el principio de proactividad dejando un margen discrecional a las empresas para establecer sus programas de cumplimiento. El legislador como tal no obliga a las empresas a tener un programa de

cumplimiento, pero de no tenerlo y cometerse un tipo compatible con la RPPJ se acredita *de facto* no ostentar una “cultura de cumplimiento”.

Por otro lado, el principio de mejora continua es el pilar más importante, de él según Pere Simón Castellanos (2020) surge el denominado ciclo PDCA o *Plan-do-check-act* (Planificar, hacer, verificar y actuar). Todo buen órgano de cumplimiento establece sistemas de revisión para poner en prueba todos los protocolos establecidos. Además, siempre pueden determinarse nuevos riesgos por lo que es imperativo una revisión continua y constante.

Este principio es compatible con el modelo de autorresponsabilidad vigente en el OJ español pues implantando un programa de cumplimiento idóneo se sortea el denominado déficit en la estructura de la organización. El principal foco de atención se centra en el establecimiento de medidas de control adecuadas para evitar la posible comisión de delitos en el seno de la empresa (TORNOS, 2020).

Los orígenes del *compliance* se remontan a inicios del siglo XX en los Estados Unidos, derivado de las actividades delictivas de la mafia, tramas de corrupción y el blanqueo de capitales como consecuencia final de los dos anteriores. Para contrarrestar tales fenómenos el legislador americano instauró tres marcos legislativos siendo estos: determinación e instauración de la RPPJ; sanciones *antitrust* y normativa relativa al *insider trading*. Esta normativa iba dirigida a los dirigentes de las organizaciones para que adoptasen medidas de organización internas respecto la legislación americana (SIMÓN, 2020).

Escándalos empresariales de gran relevancia como HSBC, Olympus, Oderbecht, WorldCom, Parmalat, Adelphia y otros generaron la necesidad de instaurar una cultura de cumplimiento mediante legislación más punitiva. Para ello se publicó la *Sarbanes Oxley Act* en el 2002 solo aplicable a las sociedades cotizadas. A diferencia del OJ español, esta ley obligaba a las sociedades a establecer un programa de cumplimiento o también conocido como *mandatory compliance*. Es obvio observar que no solo en España sino también en nuestros homónimos europeos ha sido instaurada una influencia americana más pragmática y ajustada a las necesidades sociales imperantes actuales (SIMÓN, 2020).

Otro elemento para tener en cuenta en la cultura de cumplimiento es la implantación del *soft law* por organismos internacionales como ISO o en el caso español AENOR mediante el empleo de las UNE o también denominadas “Una Norma Española”. Las UNE recogen toda la información establecida por ISO cuyo objetivo es la estandarización en la implementación de programas de cumplimiento. En el siguiente epígrafe se nombrarán y se determinarán los elementos más importantes de las mismas aplicadas al supuesto introducido.

2.2. Normativa UNE/ISO aplicable.

Se ha remarcado en epígrafes anteriores la importancia de las normas de estandarización UNE/ISO. Estas normas aun siendo consideradas como *soft law*, *ergo* no aplicables directamente en sede judicial, tienen una relevancia importante en la RPPJ. Establecer programas de cumplimiento conformes a tal normativa pueden resultar favorables en un supuesto proceso judicial pues hacerlo conlleva ostentar una “cultura de cumplimiento” (caso por caso, no *per se*). Igualmente, no debe darse por hecho debido a que debe acreditarse siempre una idoneidad en el programa.

La normativa aplicable en este proyecto es la siguiente: UNE 19600; 31000; 14001; 19601; 19602; 31010 y 37001. Para poder realizar un análisis más sencillo se expondrán los elementos clave de cada una de ellas separadas por grupos. Además, algunos elementos podrán aplicarse al grupo societario en su conjunto mientras otras se aplicarán de forma reiterada en las 3 sociedades debido a la necesidad de adaptación en la actividad empresarial.

- 1) UNE 19600, 19601, 31000 y 31010. Se engloban en un primer grupo debido a que se refieren a directrices dirigidas al *compliance* en general. Sus nombres son: sistemas de gestión de *compliance*, directrices; sistemas de *compliance* penal, requisitos con orientación para su uso; gestión del riesgo, directrices y gestión del riesgo, técnicas de apreciación del riesgo.

La UNE 19600 sobre sistemas de gestión de *compliance*. Establece unas directrices generales sobre los programas de cumplimiento de una forma muy global y estableciendo un marco de referencia para que posteriores normativas las desarrollen como es el caso de la UNE 19601. En el epígrafe 4 de la norma se establecen directrices relativas al contexto de la organización.

Dentro del mismo se establece: comprensión de la estructura de la organización teniendo en cuenta tanto elementos internos como externos; establecimiento de las partes interesadas en el sistema de *compliance* y el alcance de este.

También, de forma diferenciada se establecen los requisitos necesarios para un sistema o un programa de cumplimiento acorde con las buenas prácticas y los principios de buen gobierno. Para ello indica que debe respetarse la independencia del órgano de cumplimiento respecto el órgano de gobierno. Por otro lado, debe atribuirse recursos suficientes para que puedan desarrollarse todas las actividades de forma idónea.

Por otro lado, se establecen las obligaciones generales relativas al cumplimiento normativo teniendo en cuenta el tamaño, estructura, operaciones y complejidad de la PJ. El concepto de obligación está formado por dos clasificaciones alternativas siendo estas requisitos y compromisos de *compliance*.

Respecto los requisitos se exige: conformidad con la normativa legal; permisos o licencias de cualquier índole; órdenes por agencias regulatorias como la Agencia Tributaria; sentencias judiciales; y tratados, convenciones o protocolos. Por otro lado, respecto los compromisos se consideran los siguientes: acuerdos con diferentes agentes internos o externos; establecimiento de políticas y procedimientos; imposición de un código ético y declaración de buenas prácticas y declaración de voluntades respecto futuros cumplimientos contractuales.

En virtud del principio de mejora continua se establece la obligación de adquirir un sistema de suscripción que informe de los posibles cambios legislativos o estructurales de la empresa y así adaptar el programa de forma idónea. Se establecen ciertas causas para la revisión del programa cuando: se integren nuevas actividades, productos o servicios; cambios estructurales; cambios externos (proveedores) relevantes; modificaciones de los protocolos de cumplimiento y modificación por incumplimiento del programa de *compliance*.

Otro bloque relevante regulado en el epígrafe 4.6 es la identificación y evaluación de riesgos en el seno de la empresa. Recalca la importancia magistral de este epígrafe para asignar de forma idónea la asignación de recursos y una correcta implementación de protocolos en la empresa. Posteriormente a la identificación y evaluación de amenazas debe realizarse una

comparación entre el riesgo identificado o, también denominado riesgo inherente, con el umbral aceptado por la PJ.

En el epígrafe 5 se establecen deberes por parte de la alta dirección, los cuales, se establecerán en epígrafes posteriores. Es necesario hacer mención del epígrafe 7 respecto qué tipo de recursos son los adecuados para considerarse que el órgano de cumplimiento ostenta una financiación correcta. Para ello debe integrarse dentro de los recursos: financiamiento; recursos humanos; asesoramiento externo; correcta infraestructura; material sobre gestión *compliance* y elementos tecnológicos.

Además, en el epígrafe 7.3.2.3. Se establecen los elementos necesarios para que exista una cultura de *compliance*. Es muy importante debido a que precisamente lo que busca el legislador español en la eximente del art. 31 bis CP es la instauración de una “cultura de cumplimiento” en el seno de la empresa. Los requisitos son los siguientes:

- Conjunto de valores publicados en un código ético.
- Actuación comprometida por los órganos de alta dirección.
- Continúa formación del personal de la empresa.
- Evaluaciones idóneas al potencial personal de la empresa.
- Sistemas de evaluación teniendo en cuenta los objetivos establecidos por la organización.
- Reconocimiento en caso de cumplirse los objetivos y un flujo de comunicación correcto.

También se establece una directriz muy genérica en la que se exige la existencia de un canal de comunicaciones internas y externas que incluye el contenido de la comunicación, cuándo comunicar, a quién y la forma de hacerlo. Se extrae pues, la necesidad y obligación de establecer un canal de denuncias.

En los siguientes epígrafes se establecen directivas genéricas respecto el canal de información o inputs de información, qué documentación debe documentarse en aras de ser conforme con la normativa, externalización de servicios entre otros elementos generales. Por eso mismo, cabe indicar que tanto la UNE 19600 como 31000 establecen el marco general de un

buen programa de *compliance*. Posteriormente son desarrolladas por normativa como la UNE 19601 o 31010.

La UNE 19601 tal y como se ha mencionado anteriormente desarrolla con más detalle los elementos genéricos de la 19600. Por ejemplo, se establecen los requisitos y deberes del órgano de cumplimiento y de la alta dirección en el epígrafe 5 de la misma. No van a ser objeto de desarrollo debido a que el órgano de cumplimiento tiene destinado uno concreto. Sí que deben mencionarse las políticas que debe seguir un programa de cumplimiento.

Según el epígrafe 5.2 debe establecerse una política de cumplimiento en la empresa por parte del órgano de gobierno con las siguientes características: requerimiento de conformidad con la legislación penal vigente; predicar con el ejemplo; identificación de las actividades más riesgosas; minimización de riesgos; instauración de un sistema disciplinario para incumplimientos de los protocolos; obligación de comunicar infracciones con la promesa de no represalias para el denunciante y compromiso con el principio de mejora continua. Además, toda esta información debe ser documentada y accesible para las partes interesadas con un lenguaje entendible y en su idioma.

De la misma forma que su predecesora establece la necesidad de identificar riesgos, evaluarlos y realizar protocolos idóneos para instaurar una cultura de cumplimiento. Por eso mismo, al haber sido mencionados es irrelevante volver hacerlos.

Respecto el personal encargado de realizar la tarea de *compliance*, se establecen recomendaciones en las que se exige unos exámenes exhaustivos para la contratación de personal encargada del mismo. La tarea del cumplimiento requiere un grado de diligencia superior al de un buen padre de familia. Por esa razón, se reitera tanto en esta UNE como en la 19600.

En conclusión, las UNE 19600 y 19601 establecen el marco de referencia respecto el sistema de *compliance*. Las líneas generales se enmarcan en un buen conocimiento de la estructura de la organización, actuaciones conformes al principio de mejora continua, compromiso por parte del órgano de dirección y de gobierno, establecimiento de un canal de denuncias e incorporación de un código ético.

Por otro lado, las UNE 31000 y 31010 se centran en la gestión de riesgos. De la misma forma que las dos anteriores la primera establece un marco de referencia y la segunda lo desarrolla. Tal y como se indica en el epígrafe 1 de la UNE 31000, el objeto es proporcionar directrices para la gestión del riesgo. Por tanto, esta normativa es adecuada para la segunda fase de un programa de cumplimiento que es la evaluación y tratamiento del riesgo.

La gestión de riesgos para ser conforme y completa requiere las siguientes características: integración debido a que requiere tener en consideración todas las actividades de la PJ; estructuración y exhaustividad; adaptación de la normativa con el contexto interno y externo de la PJ; inclusividad pues todas las partes interesadas deben participar en la gestión de riesgos de una forma proporcional e idónea; dinamismo; adquisición constante de información de calidad; humanismo referente a la cultura imperante en gestión de riesgos en la PJ; y mejora continua.

Respecto la integración se menciona que toda la organización y sus partes participan y tienen la responsabilidad de gestionar los riesgos. Además, el proceso es dinámico por lo que debe adaptarse de forma constante a los valores y cultura de la PJ. No es recomendable que la hoja de ruta de la gestión de riesgos sea disconforme con la gobernanza o liderazgo de la entidad.

Para poder realizar una gestión de riesgos correcta es necesario tener un buen conocimiento del contexto interno de la empresa (estructura interna y conocimiento en detalle de todas las actividades económicas) y el externo (relaciones contractuales y proveedores de interés). Deben asignarse roles a las personas responsables de los riesgos que surjan en las diferentes ramas que forman la actividad económica en concreto.

La UNE 31010 tiene un papel importante en la elaboración del programa de cumplimiento ya que desarrolla las técnicas de gestión de riesgos con mucho más detalle. Establece directrices de cómo identificar el riesgo con su posterior tratamiento. Para ello determina que el análisis de riesgo implica considerar las causas y fuentes de este, el impacto y las consecuencias del mismo. Relativo a las consecuencias no debe tenerse un enfoque demasiado laxo y debe evaluarse todo tipo de consecuencias, pues los costes reputacionales de cometerse un ilícito pueden ser graves.

Se recomienda mezclar variantes de nivel de riesgo (alto/medio/bajo) con variables como impacto u otras variables dependiendo de la metodología empleada. Si se emplea una metodología alternativa debe establecerse de forma clara las bases para un entendimiento genérico de la gestión de riesgos. Esto se verá desarrollado en bloque 3 cuando se empleen matrices de riesgo para identificar riesgos y posteriormente determinar protocolos correspondientes.

Se establecen directrices muy detalladas respecto la apreciación de controles, consecuencias, estimación de la probabilidad y otras variables importantes. Por otro lado, el epígrafe 6 se centra en la selección de técnicas de apreciación del riesgo, es decir, teniendo en cuenta variables como la estructura de la organización, recursos que dispone la PJ, sector económico en el que actúa la PJ. Por tanto, el epígrafe 6 será objeto de estudio en el bloque 3 de este proyecto.

2) UNE 14001, 19602 y 37001.

Estas 3 UNE establecen un segundo grapo en virtud de la especialización de la que son objeto. La UNE 14001 se especializa en cumplimiento normativo relacionado con el medioambiente; UNE 19602 hace referencia a gestión de sistemas de cumplimiento en el ámbito tributario y 37001 hace referencia a políticas antisoborno. Todas ellas se centran en una materia en concreto. Igualmente, si se analizan sistemáticamente se observa que siguen unas directrices comunes.

Todas ellas de una forma concisa y clara en sus primeros epígrafes establecen un listado de términos y definiciones necesarios para entender la totalidad de la normativa. Posteriormente se centra en el contexto de la organización, la estructura y la determinación del alcance del sistema respecto la materia regulada en concreto (medioambiente, tributos y políticas antisoborno).

Posteriormente tras realizar indicaciones genéricas sobre las organizaciones en las materias anteriormente mencionadas se centra en establecer directrices para los órganos de alta dirección y gobierno mediante los epígrafes dedicados al liderazgo y la planificación. En estos epígrafes se determinan los roles, responsabilidades y autoridades dentro de la organización.

Los epígrafes siguientes se centran en la planificación, la distribución de recursos y sistemas de comunicación.

Por último, se centra en establecer los sistemas de evaluación de la organización en virtud del principio de mejora continua. En estos epígrafes se centran en dar directrices respecto la evaluación del desempeño, seguimiento de la actividad, generalidades e instrucciones sobre auditoría interna.

2.3. El órgano de cumplimiento.

Una vez indicado el marco teórico general debe analizarse cada uno de los órganos clave de la PJ relacionados con el cumplimiento normativo. Para ello se empezará analizando el órgano de cumplimiento siendo este el más importante. El órgano de cumplimiento es el encargado de analizar, evaluar y establecer protocolos de actuación o *compliance*. Además, es el máximo garante en la supervisión, vigilancia y control en la PJ (GÓMEZ, 2020).

El órgano de cumplimiento debe adaptarse a la empresa, tamaño, actividad económica o económicas si realiza más de una y contexto. Por eso mismo, existe una pluralidad de formas, desde órgano de cumplimiento unipersonal formado por un oficial de cumplimiento normativo o más. Si la estructura empresarial es muy grande o compleja se recomienda establecer un órgano colegiado formado por múltiples especialistas sobre cumplimiento normativo.

El fenómeno del *compliance* o cumplimiento normativo es muy reciente, por eso mismo, no existen disposiciones mercantiles, administrativas ni siquiera penales. Por eso mismo, hoy en día las empresas se organizan o delimitan tales puestos teniendo como referencia normativa UNE como la 19601 o la *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*. Igualmente, la carencia de disposiciones normativas genera una delimitación no uniforme y, por tanto, deriva en la existencia de múltiples delimitaciones y formas respecto los órganos de cumplimiento (GÓMEZ, 2020).

A *priori* no supone un problema el carecer de normativa reglada sobre el órgano de cumplimiento, sin embargo. El mayor problema derivado de la misma es la gran cantidad de intrusismo en el sector. Es un factor de riesgo muy grande debido a que muchas veces,

personas sin la formación adecuada ofrecen servicios con precios ínfimos a veces gratuitos ofreciendo programas de cumplimiento mendaces o simplemente inútiles. Por eso mismo, los perfiles más idóneos para formar parte del órgano de cumplimiento son profesiones como: jurista, auditores, gerentes, ingenieros, personal de recursos humanos... es decir, personas formadas en Derecho o aquellas profesiones que en su trayectoria profesional pueden acreditar una trayectoria profesional idónea a las necesidades del puesto.

Debe establecerse un listado de profesiones o puestos en la empresa incompatibles con la figura del responsable de cumplimiento normativo, por ejemplo, un abogado de la empresa no puede formar parte del órgano de cumplimiento debido al posible conflicto de intereses que pueda suceder. Por eso mismo, si la composición es con personal interno de la empresa debe de asegurarse una posición neutral e independiente ante los sujetos restantes de la misma. Por otro lado, también pueden asignarse las funciones de *compliance* a profesionales ajenos a la PJ como un despacho de abogados o cualquier tipo de consultoría.

Concretamente la UNE 19600 establece en su epígrafe 7.2 indicaciones sobre las competencias las cuales los sujetos destinados al cumplimiento normativo deberían ostentar. Tras analizar el epígrafe se ve indicaciones generales no se especifica qué tipo de perfil profesional es conforme a la normativa. Igualmente menciona que, la organización, deberá determinar la competencia de la persona destinada al cumplimiento normativo asegurándose de sus habilidades mediante evaluaciones correctas y conservar de forma documentada la evidencia sobre la competencia de los candidatos.

Se ha discutido la naturaleza del órgano de cumplimiento, es decir, considerar al oficial de cumplimiento normativo o al órgano colegiado como un perfil de garante de seguridad o un papel más de asesoramiento. Hoy en día perfiles relativos a la primera figura encontraríamos a los delegados de protección de datos o delegados en prevención de riesgos laborales. Este tipo de profesión es el garante del cumplimiento respecto la rama en concreto en la que operan. Por otro lado, un órgano de carácter asesor se encarga de impulsar, controlar o asesorar a la PJ en aras del cumplimiento normativo (GÓMEZ, 2020).

Tal y como se ha indicado previamente no existen disposiciones legislativas de ninguna índole que delimiten o establezcan la figura del órgano de cumplimiento. Sin embargo, la eximente

recogida en el artículo 31 bis establece que debe existir un órgano encargado de la supervisión y funciones previstas en el mismo artículo. Por tanto, es una expresión vaga y muy criticable al legislador español contraria al principio de determinación. Es lógico que, si el órgano de cumplimiento es clave en aras de realizar un juicio respecto una posible eximente debería ser desarrollado por la norma penal o, mediante el uso de la ley penal en blanco, remitido a otro tipo de normativa ya sea mercantil o administrativa.

Por último, respecto el órgano de cumplimiento cabe indicar sus deberes más importantes. El oficial de cumplimiento normativo tiene dos grandes deberes o líneas de actuación. La primera en forma de conducta activa o emisiva consistente en la supervisión y vigilancia de la dirección de la empresa. Este primer deber engloba el diseño de un programa de cumplimiento consistido en el análisis de riesgos inherentes, evaluación de los mismos y posteriormente establecer un protocolo de actuación.

Por otro lado, un deber receptivo o reactivo ante comunicaciones de conductas no conformes a los programas de cumplimiento recibidas por canales de denuncias o comunicación. Por tanto, si el órgano de cumplimiento recibe información relevante sobre posibles delitos cometidos en el seno de la empresa emprender toda acción disciplinaria que evite la posible imputación de la PJ y pueda subsanar los daños generados por la comisión del delito (GÓMEZ, 2020).

Debe tenerse en cuenta el epígrafe 5.1.2 de la UNE 19601 donde se expone todas las líneas generales sobre las funciones del órgano de cumplimiento. Para ello se empleará una lista con las funciones más características:

- Supervisar la correcta implementación del programa de cumplimiento.
- Formar constantemente al personal relevante de la PJ.
- Recalcar la importancia del cumplimiento normativo en las descripciones de los puestos de trabajo para nuevas contrataciones.
- Instaurar un canal de denuncias (u otra forma de contacto análoga) junto con procesos de documentación y gestión de la información seguido de un sistema de infracciones y sanciones.

- Emplear indicadores para medir el grado de conformidad de la PJ con el programa de cumplimiento.
- Identificar, evaluar y tratar riesgos penales propios y de los socios del negocio.
- Asegurar una correcta asignación de recursos e informar constantemente al órgano de gobierno y alta dirección sobre la implementación del programa de cumplimiento.

El órgano de *compliance* debe ser el máximo garante de la vigilancia de las obligaciones derivadas del programa de cumplimiento, por tanto, debe recibir todos los fondos necesarios para poder emplear de forma idónea las funciones anteriores. No solo fondos monetarios sino también recursos humanos o cualquier tipo de material requerido, todo dependerá del contexto y tamaño de la PJ. Además, debe tener acceso directo con el órgano de gobierno y alta dirección para poder comunicar cualquier infracción en el seno de la empresa.

2.4. El canal de denuncias y código ético.

Este epígrafe tratará sobre el canal de denuncias y el código ético. Ambos son piezas centrales de la denominada cultura de cumplimiento. Por ello, merecen un análisis. En primer lugar, se determinará el código ético y posteriormente se desarrollará el canal de denuncias.

El código ético puede definirse como el conjunto de principios o valores los cuales la PJ se acoge para garantizar el cumplimiento de todas las disposiciones legales de cualquier índole. No solo se entiende como un compromiso respecto las disposiciones legales sino también a valores éticos.

En virtud del artículo 14 de la CE es importante que las prácticas de la empresa, no solo internas, también externas como puede ser formalizar contratos con proveedores estén sujetos a principios como la no discriminación por raza, religión, ideología, género, orientación sexual. Por otro lado, establecer un compromiso medioambiental garantizando el máximo respeto con el medioambiente intentando un desarrollo sostenible de la PJ. Por último, manifestar un compromiso con la transparencia en todas las operaciones realizadas especialmente aquellas en las que se interviene con la Administración Pública.

Es muy importante que la alta dirección y el órgano de gobierno se comprometa a cumplir este código ético y el órgano de cumplimiento se encargue de formar a todo personal en la PJ

para poder obtener así una aplicación global del mismo. Con terceros como proveedores puede pedirse el sometimiento al mismo mediante cláusulas contractuales. Por otro lado, este siempre debe ser accesible por cualquier persona, para ello se recomienda subir tal archivo a la página web o redes sociales para hacer saber a terceros el compromiso de la empresa respecto el cumplimiento del mismo.

Una vez analizado y expuesto las características más importantes sobre el código ético debe analizarse la institución del canal de denuncias. También denominado como *Whistleblowing line*, es una de las piezas más importantes en la cultura de cumplimiento. No se menciona en el CP de forma directa la institución de “canal de denuncias”. Sin embargo, se menciona de la siguiente forma en el artículo 31 bis, epígrafe 4, apartado 4: «Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención».

Ha existido discusión doctrinal de cómo debe ser un canal de denuncias óptimo en una PJ. Existe una conformidad respecto al afirmar que el encargado del tratamiento de las denuncias debe ser el órgano de cumplimiento. Puede ser un oficial de cumplimiento normativo para empresas como PYMES u órganos colegiados en empresas más grandes como, por ejemplo, multinacionales (ANTICH, 2017).

La discusión surgía en si el propio órgano de cumplimiento, el cual forma parte de la PJ, debía conocer de las denuncias y sancionar las posibles irregularidades o incumplimientos del programa de *compliance*, infracciones administrativas incluso ilícitos penales. El órgano de cumplimiento al formar parte de la PJ puede verse sujeto a las presiones del personal afectado de la empresa o por parte de la alta dirección o gobierno. Se plantean soluciones como externalizar el conocimiento de las informaciones a despachos de abogados o consultorías. El órgano de cumplimiento aplicaría en todo caso la disposición sancionadora pertinente tras recibir toda la información por parte del órgano conocedor (ANTICH, 2017).

Otro elemento discutido se basa en el alcance o la configuración del canal de denuncias. La idea general comúnmente conocida es la de un alcance interno en la que trabajadores de la empresa son los encargados de informar al órgano de cumplimiento (u órgano externo) de las

posibles infracciones en la empresa. Sin embargo, mantener tal percepción es limitada y debería ampliarse el alcance a proveedores y también consumidores (ANTICH, 2017).

La problemática surgida respecto un alcance demasiado ampliado del canal de denuncias es el riesgo de recibir demasiadas denuncias con información irrelevante. Es cierto que si se recibe mucha información irrelevante en gran escala puede pasarse por alto alguna denuncia de un hecho grave. Igualmente es correcto tener un alcance ampliado, por eso mismo, para subsanar ese problema es recomendable tener diversas formas de contacto para los diferentes sujetos partícipes en la comunicación. Un ejemplo de ello sería emplear diversas direcciones de correo electrónico para así poder clasificar la información.

Otra cuestión por tratar es cuándo uno de los sujetos anteriores debe o debería emplear el canal de denuncias para informar de una infracción. En el mundo empresarial existe un fenómeno denominado “moral de frontera” que conlleva muchas veces en no comunicar ciertas prácticas por considerarse “propias”. El fenómeno se explica en la dificultad de discernir entre una práctica éticamente cuestionable, pero lícita, y una infracción de cualquier índole. Por ello, muchas infracciones pasan desapercibidas y derivan en la impunidad del delincuente económico.

Para solventar tal problema es necesario crear un listado amplio y no tasado en los que se indique de forma clara qué conductas deben ser informadas al órgano competente conocedor de las denuncias. Estas conductas pueden incluirse como anexo en el código ético y constantemente deben ser revisadas en virtud del principio de mejora continua. Una forma de garantizar la correcta formación a la totalidad de la empresa, especialmente en aquellas de tamaño grande, es realizar una formación presencial para la alta dirección y órgano de gobierno y reservar para los empleados una formación online (ANTICH 2017; AGUILERA 2018).

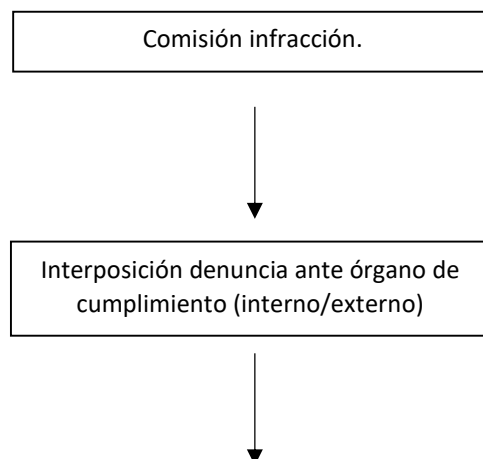
Una de las cuestiones discutidas por la doctrina respecto el canal de denuncias es la identidad del denunciante. Todos están conformes respecto el anonimato y el régimen de protección. Se plantea dos formas de configurar el anonimato del denunciante. En primer lugar, un formato confidencial en el que solo el órgano de cumplimiento conoce la identidad del informador y, en segundo lugar, un modelo totalmente anónimo (ANTICH 2017; AGUILERA 2018).

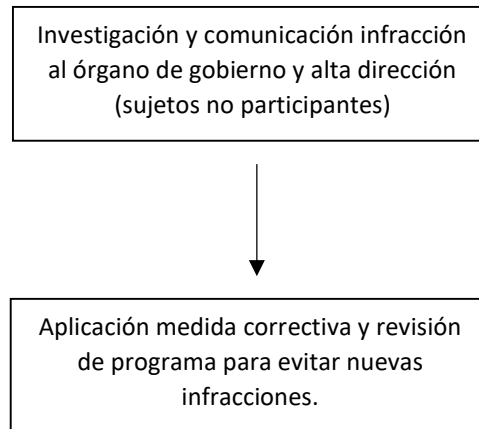
Es recomendable emplear un sistema en el cual se garantice el completo anonimato del denunciante para así poder reducir significativamente el riesgo de filtración de datos y así garantizar la protección del informante. Igualmente, todos los datos son objeto de la protección de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPD).

La LOPD garantiza unos derechos al sujeto respecto el tratamiento de datos personales. Estos derechos tienen el acrónimo ARCO y, por tanto, son aplicables también a la información aportada por el denunciante en el canal de denuncias. Los derechos ARCO son los siguientes: ser informado de la existencia de un fichero donde se almacena esa información personal además de la obligación de informar al sujeto cuando se realice cualquier tipo de tratamiento de datos. Se considera como tratamiento de datos el acceder, rectificar, cesar, suprimir, cancelar, transmitir u oponer teniendo como objeto los datos personales de una persona.

Por último, para considerar un canal de denuncias como completo e idóneo debe establecerse un sistema de incentivos para el denunciante. Al combinar el total anonimato junto con un sistema de incentivos se consigue un efecto disipador (prevención general negativa) y su vez fomentador de nuevas prácticas (prevención general positiva). Por otro lado, respecto el infractor aplicar una medida correctiva persigue fines de prevención especial negativa. Cada vez que una infracción haya sido notificada y posteriormente corregida debe revisarse todo el programa de cumplimiento para poder evitar nuevas infracciones.

Finalmente, para exponer de forma esclarecedora se expondrá una figura del procedimiento a seguir en caso de interponer una denuncia.





Elaboración propia.

2.5. Deberes del órgano de gobierno y alta dirección.

Para finalizar el bloque debe exponerse el papel del órgano de gobierno y la alta dirección respecto al programa de cumplimiento. De la misma forma que se hizo en el epígrafe sobre el órgano de control, se tendrá en cuenta la UNE 19600 y 19601. El resto de normativa sigue el mismo *modus operandi*, pero aplicado a las particularidades de medioambiente, política antisoborno, fiscalidad y técnicas de apreciación del riesgo.

En primer lugar, se expondrán los deberes del órgano de gobierno debido a su posición jerárquica superior. Especialmente se recalca un deber de compromiso en relación con la implementación del programa de cumplimiento. Igualmente, el órgano de gobierno debe:

- Defender el conjunto de valores fundamentales recogidos en el código ético y promover la cultura de cumplimiento entre sus trabajadores, inversores y proveedores.
- Adoptar un programa de cumplimiento sujeto al principio de mejora continua.
- Dotar al programa anterior de recursos de toda índole.
- Revisar de forma periódica el programa de cumplimiento teniendo en cuenta cambios en el contexto y estructura de la PJ.
- Establecer un órgano de cumplimiento el cual ostente las facultades de supervisión y ejecución del programa de cumplimiento.
- Asegurar formaciones para garantizar una toma de decisiones conforme a una cultura de cumplimiento.

- Aplicar sanciones a aquellos sujetos infractores de los protocolos junto con el órgano de cumplimiento.

Una vez establecidos los principales deberes del órgano de gobierno cabe hacer la misma acción con la alta dirección. Este órgano es el encargado de la toma de decisiones en el día a día de la PJ por lo que tiene unos deberes respecto el cumplimiento normativo relevantes. Los deberes a los que se encuentra sujeto son:

- Garantizar una correcta implementación del programa de cumplimiento en la PJ.
- Exigir la cultura de cumplimiento en todas las operaciones realizadas.
- Garantizar los recursos necesarios del órgano de cumplimiento.
- Comunicar internamente la importancia de una actuación conforme al programa de cumplimiento.
- Dirigir al personal conforme al programa de cumplimiento.
- Promover el principio de revisión y mejora continua.
- Promover el uso del canal de denuncias o método de contacto análogo,
- Proteger de forma idónea al denunciante o a aquellas personas que comuniquen de buena fe un incumplimiento de la normativa.

3. Programa de cumplimiento.

Una vez introducido el marco teórico respecto la RPPJ y *compliance* se introducirá el marco práctico de este Trabajo de Final de Máster. Se identificarán los riesgos penales de las sociedades mencionadas en el epígrafe 2, posteriormente se evaluarán y finalmente se propondrán protocolos de actuación. Por último, para finalizar se establecerán sistemas de revisión.

3.1. Identificación de riesgos y evaluación.

Para la identificación de riesgos se emplearán matrices de 5x5 para clasificar los riesgos. En la práctica se emplean diversas metodologías para observar qué conductas pueden constituir un riesgo para la PJ, no obstante, en este trabajo de final de máster se analizarán teniendo en cuenta su probabilidad e impacto. No existe un criterio uniforme a la hora de identificar riesgos, existen metodologías como COSO I, II o III; MAGERIT, entre otras.

Es preferible usar tal formato en vez del clásico 3x3 para poder realizar una clasificación más detallada y realista. Organizaciones como la *World Compliance Association* en su guía para implementación de programas de *compliance* para pymes (también aplicable para este Trabajo de Final de Máster) recomienda utilizar el siguiente formato:

Casi cierto (5)	Medio	Alto	Alto	Crítico	Crítico
Probable (4)	Bajo	Medio	Alto	Alto	Crítico
Posible (3)	Bajo	Medio	Medio	Alto	Alto
Improbable (2)	Muy bajo	Bajo	Medio	Medio	Alto
Raro (1)	Muy bajo	Muy bajo	Bajo.	Bajo	Medio
	Insignificante (1)	Menor (2)	Moderado (3)	Mayor (4)	Severo (5)

Matriz obtenida de la guía de implementación de *compliance* de la WCA. Elaboración propia.

Debe indicarse qué valores se usan tanto en el eje X como el Y. Se combina la frecuencia o posibilidad de comisión (Y) con el impacto (X). Cada variable tiene una puntuación máxima de 5 puntos, por tanto, la puntuación máxima obtenible es 25 (riesgo severo y casi cierto). Todos los riesgos identificados son valorados mediante la matriz, una vez realizado, se obtiene el denominado riesgo inherente (SALVADOR, 2020).

La fórmula es, por tanto, probabilidad multiplicado por el impacto. Una vez aplicada se obtiene un resultado, este resultado posteriormente se engloba en intervalos para clasificar el riesgo. Según Albert Salvador Lafuente (2020) se engloban en los siguientes intervalos:

- Muy bajo: 1-2,9.
- Bajo: 3-4,9.

- Medio: 5-9,9.
- Alto: 10-16,9.
- Crítico: 17-25.

Posteriormente se establecen protocolos o controles, los cuales, transforman el riesgo inherente en riesgo residual. Una vez obtenido el riesgo residual se valora el riesgo y se toman medidas acordes al resultado final. Respecto el análisis final de riesgo debe tenerse en cuenta la institución del riesgo aceptable.

Es materialmente imposible reducir el riesgo de comisión de un delito o infracción administrativa a 0. Por ello, una vez obtenido el riesgo inherente y posteriormente el residual, debe valorarse el resultado y actuar en consecuencia teniendo en cuenta qué cantidad de riesgo está la PJ dispuesta a tolerar. Para aquellos delitos cuyo riesgo residual sea alto requerirá una atención y formación al personal más exhaustiva.

Una vez introducida la herramienta principal debe procederse a la identificación de riesgos. No sólo se tendrán en cuenta el delito en general, también las conductas punibles. Al mismo tiempo se asignará una puntuación acorde a la matriz y finalmente se realizará una lista clasificando los riesgos (no se pondrán todos los delitos y riesgos, sino aquellos más relevantes. Tampoco se incluirán todas las conductas fácticas de cada delito por razones de extensión del proyecto):

1) Frustración de la ejecución (arts. 257-258 ter CP).

- Alzar bienes en perjuicio de acreedores (Improbable y moderado= 6).
- Generar conductas dispositivas del patrimonio para frenar un proceso de embargo (Improbable y moderado= 6).
- Generar conductas dispositivas del patrimonio para evitar el pago de una responsabilidad civil derivada de delito (Raro y mayor = 4).
- Presentación de una declaración mendaz o cese de la presentación de la misma (Raro y medio= 3).

2) Insolvencias punibles (arts. 259-261 bis CP).

- Tras una situación de insolvencia real o inminente realizar alguna de las conductas anteriormente mencionadas. (raro y mayor = 4).

- 3) Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (arts. 270-277 CP).
 - Fabricar, producir, imitar, distribuir, comercializar, importar productos que sean objeto de signo distintivo e induzcan a confusión o sujetos a derechos de propiedad industrial como patentes, modelos o diseños industriales (probable y mayor = 16).
- 4) Publicidad engañosa (art. 282 CP).
 - Realizar manifestaciones falsas sobre las características de un producto generando un perjuicio a los consumidores (improbable y severo = 10).
 - Empleo de violencia, engaño o amenazas para alterar la libre concurrencia de precios (improbable y severo = 10).
 - Difundir información falsa para alterar el precio de títulos valores en mercados cotizados (raro y mayor = 4).
 - *Insider trading*. En su modalidad básica y agravada (> 600.000€) (raro y mayor = 4).
- 5) Corrupción entre particulares (art. 286 bis CP).
 - Recibir, solicitar, aceptar, prometer, ofrecer o conceder a altos cargos de empresas cualquier tipo de dádiva o recompensa en aras de conseguir formalizar una relación contractual afectando de tal forma a la libre competencia (probable y severo = 20).
- 6) Corrupción en las operaciones o transacciones internacionales (art. 286 ter CP).
 - Ofrecer, prometer o conceder cualquier tipo de dádiva a un funcionario público internacional en aras de conseguir un contrato internacional o la abstención del mismo para conservar uno previo. (probable y severo = 20).
- 7) Blanqueo de capitales (art. 301 CP y Ley 10/2010, de 28 de abril).
 - Poseer, transmitir, convertir o adquirir bienes conociendo el origen ilícito de los mismos. Modalidad de auto blanqueo o clásico. (improbable y severo = 10).
- 8) Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (arts. 305-310 CP).
 - Defraudar una cantidad superior a 120.000€ a cualquier tipo de Administración Tributaria territorial. Sea en la modalidad de no ingresar o disfrutar prestaciones indebidas (improbable y mayor = 8).
 - Defraudar una cantidad superior a 50.000€ a la Seguridad Social ya sea no pagando las cuotas pertinentes o disfrutando de prestaciones indebidamente. (improbable y mayor = 8).

- Obtener o mantener mediante datos mendaces prestaciones de la Seguridad Social por un importe de 120.000€ o también conocido como fraude en las subvenciones. (Improbable y severo = 10).
- Fraude de subvenciones con fondos de la UE por valor superior a 50.000€. (improbable y severo = 10).
- Obtener o mantener prestaciones de la Seguridad Social mediante error, simulación o falsificación de los hechos objetos de prestación (improbable y mayor = 8).
- No llevanza de la contabilidad mercantil (probable y mayor = 16).

9) Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 332-339 CP).

- Vulnerando disposiciones normativas realizar emisiones, vertidos, ruidos, radiaciones, extracciones, excavaciones o cualquier conducta que altere un ecosistema (improbable y moderado= 6).
- Vulnerando disposiciones normativas transformar, eliminar, transporta, no vigilar o cualquier tipo de acción relativa a los residuos generados generando un perjuicio en el ecosistema (Posible y moderado = 9).
- Vulnerando disposiciones normativas explotar una instalación en la cual se practique una actividad peligros o se almacenen sustancias tóxicas o peligrosas que puedan causar un grave perjuicio en el ecosistema (raro y moderado = 3).

10) Relacionado con explosivos y otros agentes (arts. 346-350 CP).

- Contraviniendo las normas de seguridad tener o comercializar sustancias nocivas o que puedan causar grandes estragos (casi cierto y moderado= 15).

11) Delitos contra la salud pública modalidad medicamentos (arts. 361 y 362 CP). Existe la modalidad general de delitos, sin embargo, por el principio de especialidad solo se expondrán los delitos contra la salud pública en la modalidad de medicamentos).

- Contraviniendo toda normativa respecto medicamentos, fabricar, importar, exportar, suministrar, intermediar, comercializar o poner en el mercado todo tipo de medicación. Se incluyen productos en investigación, que carezcan de las autorizaciones previstas en la normativa o estén deteriorados o caducados. (casi cierto y severo = 25).
- Elaborar un medicamento, principio activo o excipiente de otro medicamento derivando en engaño. Se incluye el envase, fecha de caducidad, origen, documentos de conformidad, titular de los derechos de patente, fabricante, historial o cualquier

dato relacionado con él y tal medicamento esté destinado al uso público pudiendo generar un riesgo para la vida de otro (posible y severo = 15).

- Alterar la fabricación o elaboración de un medicamento en un momento posterior a su aprobación por la Administración correspondiente generando un riesgo para la vida de las personas (probable y severo = 20).
- Emplear cualquiera de las conductas establecidas en el primer epígrafe del grupo a sabiendas de la alteración o falsedad del producto (posible y severo = 15).

12) Cohecho (arts. 419 y 426 CP).

- Ofrecer o entregar una dádiva a un funcionario público o autoridad por razón de su cargo o también denominado cohecho de facilitación. (posible y severo = 15).
- Ofrecer o entregar a un funcionario público o autoridad una dádiva para que realice un acto contrario a sus deberes, propio o retrase/abstenga un acto. También es conocido como cohecho activo (probable y severo = 20).

13) Tráfico de influencias (arts. 428-431 CP).

- Influir a un funcionario público o autoridad mediante prevalimiento de una relación personal para conseguir una resolución beneficiosa (probable y severo = 20).
- Aceptación o petición de dádivas para influir en un funcionario público (probable y severo = 20).

14) Contrabando (LO 12/1995, de 12 de diciembre).

- Realizar operaciones de exportación o importación por un importe superior a 150.000€ sin pasar los controles realizados por la Administración aduanera y contraviniendo la normativa al respecto (posible y severo = 15).
- Poseer o realizar operaciones de comercio con mercancía no comunitaria ilícita (posible y severo = 15).
- Realizar cualquier tipo de operación con mercancía habiendo empleado datos falsos para su autorización (posible y severo = 15).
- Realizar cualquiera de las operaciones anteriores por un valor superior de 50.000€ para mercancías destinadas en el artículo 2.2c de Ley Orgánica sobre contrabando. Se incluyen mercancías como aquellas destinadas a defensa o compuestos empleados para la pena de muerte u otras torturas (improbable y severo = 10).
- Realizar cualquiera de las operaciones anteriores con sustancias tóxicas, drogas armas o explosivos (improbable y severo = 10).

15) Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 311-318 CP).

- Imponer empleando engaño o prevalimiento de una situación de necesidad, de condiciones laborales abusivas sobre derechos laborales irrenunciables (posible y mayor = 12).
- Discriminar de forma grave por razones subjetivas como raza, orientación sexual, ideología o género (posible y mayor = 12).
- Realizar cualquier tipo de conducta que atente contra el derecho a libertad sindical o huelga (posible y mayor = 12).
- Contraviniendo normativa relativa a la prevención de riesgos laborales no aportar material homologado o no vigilar el correcto uso del mismo poniendo en riesgo la integridad física de los trabajadores (posible y severo = 15).

16) Delito de negativa contra actividades inspectoras (art. 294 CP).

- Impedir el correcto ejercicio del funcionario correspondiente (posible y severo = 15).

17) Delitos de organización criminal o terrorista (arts. 570 bis-580 bis CP).

- Participar económicamente con una organización criminal (improbable y severo = 10).
- Financiar una organización criminal o terrorista (raro y severo = 15).

Se han expuesto los riesgos más relevantes a los que Pinchazos S.A.U podría verse expuesta. Se ha tenido la cuenta la formula prevista por Albert Salvador Lafuente (2020) consistente en $\text{Riesgo Residual} = \text{Impacto} \times \text{Probabilidad}$. De ella se extraído y clasificado todos los riesgos anteriores. Por tanto, la totalidad de riesgos asciende a:

- Riesgos inherentes despreciables o muy bajos: 0.
- Riesgos inherentes bajos: 6.
- Riesgos inherentes medios: 7.
- Riesgos inherentes altos: 23.
- Riesgos inherentes críticos: 7.

La mayoría de las conductas típicas se engloban en un nivel de riesgo alto con unos valores entre 10 y 16. Igualmente 6 son críticos por los que requieren una monitorización inmediata ya que, de materializarse, las consecuencias para la empresa pueden ser catastróficas. Especialmente se ha tenido en cuenta la operatividad de la PJ y los costes reputacionales.

Para el resto de los riesgos requieren monitorizaciones y controles menos exhaustivas, pero no menos importantes, para reducir el nivel de riesgo.

3.2. Monitorización de riesgos.

Una vez han sido identificados y clasificados toca implementar protocolos o controles para convertirlos en riesgos residuales. Estos se consiguen mediante otra fórmula consistente en riesgo inherente x vulnerabilidad. A su vez, la vulnerabilidad es configurada como un valor oscilante entre 0 y 1. Si el valor final es más cercano a 0 significa que los controles aplicados reducen el riesgo considerablemente, no obstante, si el valor es próximo a 1 el riesgo no se reduce o lo hace ínfimamente (SALVADOR, 2020).

Por otro lado, para determinar el valor de la vulnerabilidad Albert Salvador Lafuente (2020) combina tres variables y a su vez cada variable se diversifica en tres tipos de controles. En primer lugar, se tiene en cuenta el tipo de control; frecuencia de control y seguimiento y, por último, tipo de metodología. Dentro de cada categoría se diversifica en:

- Preventivo, Detectivo y Correctivo.
- Ocasional, Periódico o Permanente.
- Manual y Automático.

Al combinar cada categoría surge la totalidad de coeficientes aplicables en la fórmula del riesgo residual. En la siguiente figura se establecerán las combinaciones existentes junto con el valor final de vulnerabilidad.

Tipo de control	Frecuencia	Realización	Valor	Eficacia	Valoración	Vulnerabilidad
Preventivo (3)	Permanente (3)	Automático (2)	18	Muy alta	5	0,2
Preventivo (3)	Permanente (3)	Manual (1)	9	Alta	4	0,40

Preventivo (3)	Periódico (2)	Automático (2)	12	Alta	4	0,40
Preventivo (3)	Periódico (2)	Manual (1)	6	Media	3	0,60
Preventivo (3)	Ocasional (1)	Automático (2)	6	Media	3	0,60
Preventivo (3)	Ocasional (1)	Manual (1)	3	Baja	2	0,80
Detectivo (2)	Permanente (3)	Automático (2)	12	Alta	4	0,40
Detectivo (2)	Permanente (3)	Manual (1)	6	Media	3	0,60
Detectivo (2)	Periódico (2)	Automático (2)	8	Media	3	0,60
Detectivo (2)	Periódico (2)	Manual (1)	4	Baja	2	0,80
Detectivo (2)	Ocasional (1)	Automático (2)	4	Baja	2	0,80
Detectivo (2)	Ocasional (1)	Manual (1)	2	Muy baja	1	1
Correctivo (1)	Permanente (3)	Automático (2)	6	Media	3	0,60

Correctivo (1)	Permanente (3)	Manual (1)	3	Baja	2	0,80
Correctivo (1)	Periódico (2)	Automático (2)	4	Baja	2	0,80
Correctivo (1)	Periódico (2)	Manual (1)	2	Muy baja	1	1
Correctivo (1)	Ocasional (1)	Automático (2)	2	Muy baja	1	1
Correctivo (1)	Ocasional (1)	Manual (1)	1	Muy baja	1	1

Extraído de Albert Salvador Lafuente (2020, pp. 84-85). Elaboración propia.

Una vez expuestas todas las combinaciones posibles es preciso proponer controles por cada grupo de riesgos mencionados en el epígrafe anterior. Una vez aportado el protocolo se clasifica empleando el listado anterior y aplicamos la fórmula para obtener el riesgo residual. Por tanto:

- 1) Delitos contra la frustración de la ejecución (arts. 257-258 ter CP).

Todas las conductas y riesgos englobados en este grupo comparten el mismo elemento en común. Es decir, se tratan de conductas sobre el patrimonio con el fin de paralizar o evitar un procedimiento de apremio judicial o administrativo. Por ello mismo, para reducir el riesgo, se ha instalado un aplicativo controlado por el órgano de cumplimiento de forma permanente. El aplicativo controla en tiempo real la cantidad de activo y pasivo que dispone la empresa en todo momento. Este tipo de control es preventivo (3), permanente (3) y manual (1), por tanto,

la vulnerabilidad obtenida es de 0,40. Por tanto, los riesgos inherentes de este grupo quedan de la siguiente forma:

- $6 \times 0.40 = 2,4$.
- $6 \times 0.40 = 2,4$.
- $4 \times 0.40 = 1,6$.
- $3 \times 0.40 = 1,6$.

2) Insolvencias punibles (arts. 259-261 bis CP).

Para las insolvencias punibles se empleará el mismo aplicativo del grupo anterior. Por tanto, el riesgo inherente es 4, que, tras aplicar el coeficiente de vulnerabilidad se transforma en un 1,6.

- $4 \times 0,40 = 1,6$.

3) Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (arts. 270-277 CP).

Todas las conductas englobadas relacionadas con la vulneración de un derecho de patente pueden verse solventadas mediante la configuración de un programa con todos los datos de la Oficina de Patentes y Marcas. Con ella, el órgano de cumplimiento revisa de forma permanente si la mercancía que poseen o pretenden fabricar o comercializar es objeto de derechos de explotación exclusiva. Por tanto, es un control preventivo (3), permanente (3) y manual (1), aplicando un coeficiente de vulnerabilidad de 0.40.

- $16 \times 0,40 = 6,4$.

4) Publicidad engañosa (art. 282 CP).

Este grupo de riesgos está formado por conductas falsarias respecto los consumidores, por tanto, para reducir el riesgo se informará al órgano de cumplimiento de forma constante antes de cada campaña publicitaria. El protocolo tiene características preventivas (3), permanente (3) y manual (1).

Por otro lado, para el resto de las conductas, el protocolo de actuación es una formación al personal de la PJ para emplear el canal de denuncias en caso de observar algún supuesto como

violencia, intimidación o conocimiento de venta de acciones con información privilegiada. El protocolo tiene características de detección (2), permanentes (3) y manuales (1). Por tanto, el coeficiente a aplicar es 0,6.

- $10 \times 0,40 = 4$.
- $10 \times 0,6 = 6$.
- $4 \times 0,6 = 2,4$.
- $4 \times 0,6 = 2,4$.

5) Corrupción entre particulares (art. 286 bis CP).

Este grupo de riesgo tiene la consideración de crítico (20). Por tanto, en primer lugar, el órgano de cumplimiento realizará una formación a la alta dirección de la empresa y órgano de gobierno estableciendo una política de qué regalos son aceptables y en qué situaciones. Por otro lado, al resto de trabajadores se les informará y formará respecto el uso de canal de denuncias y en qué supuesto deben usarlo. El protocolo es detectivo (2), permanente (3) y manual (1).

- $20 \times 0,6 = 12$.

6) Corrupción en las transacciones internacionales (art. 286 ter CP).

También tiene consideración crítica (20). El protocolo para aplicar es idéntico al anterior, pero destinado a aquellas personas con cargos en los que estén relacionados con autoridades o funcionarios internacionales.

- $20 \times 0,6 = 12$.

7) Blanqueo de capitales (art. 301 CP y Ley 10/2010, de 28 de abril).

Para reducir el blanqueo de capitales se ha configurado una inteligencia artificial la cual emplea un cuestionario propio de un procedimiento *Know Your Client*. En el momento que sospecha la procedencia ilícita por parte de los proveedores avisa al órgano de cumplimiento para tomar las pesquisas y medidas oportunas. El protocolo es preventivo (3), permanente (3) y automático (2).

- $10 \times 0,2 = 2$.

8) Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (arts. 305-310 CP).

Este grupo de delitos puede verse reducido el riesgo mediante controles de auditoría interna trimestrales y al finalizar el año fiscal contratar los servicios de una auditoría externa para verificar las cuentas y posteriormente las cantidades a ingresar. El protocolo es preventivo (3), periódico (2) y manual (1).

- $8 \times 0,6 = 4,8$.
- $8 \times 0,6 = 4,8$.
- $10 \times 0,6 = 6$.
- $10 \times 0,6 = 6$.
- $8 \times 0,6 = 4,8$.
- $16 \times 0,6 = 9,6$.

9) Delitos contra el medio ambiente (arts. 332-339 CP).

El protocolo previsto para este grupo de delitos consiste en la no realización de ninguna operación económica sin la autorización previa del órgano de cumplimiento. En caso de incumplir tal protocolo debe ser denunciado mediante el canal de denuncias. El protocolo es preventivo (3), permanente (3) y manual (1).

- $6 \times 0,4 = 2,4$.
- $9 \times 0,4 = 3,6$.
- $3 \times 0,4 = 1,2$.

10) Relacionado con explosivos y otros agentes (arts. 346-350 CP).

En este sector puede aplicarse el mismo control previsto para el grupo anterior. Por tanto, sería $15 \times 0,4 = 6$.

11) Delitos contra la salud pública en la modalidad de medicamentos (arts. 361 y 362 CP).

Este grupo de delitos y riesgos es el que tiene asignado el nivel de riesgo más alto y puede conllevar, de materializarse alguno, riesgos catastróficos para la empresa. Por eso mismo, en primer lugar, se requiere formación exhaustiva por parte del órgano de cumplimiento sobre normativa asociada a los medicamentos. Posteriormente, todas las decisiones respecto la

creación, tenencia, comercialización no podrán realizarse sin la aprobación del órgano de cumplimiento. El protocolo aplicable a este grupo de riesgos es preventivo (3), permanente (3) y manual (1).

- $25 \times 0,4 = 10$.
- $15 \times 0,4 = 6$.
- $20 \times 0,4 = 8$.
- $15 \times 0,4 = 6$.

12) Cohecho (arts. 419 y 426 CP).

Se aplicarán las mismas medidas establecidas para los delitos de corrupción entre particulares y corrupción en las transacciones internacionales. Los tres delitos comparten la misma conducta punible asociada a la modalidad activa del tipo.

- $15 \times 0,6 = 9$.
- $20 \times 0,6 = 12$.

13) Tráfico de influencias (arts. 428-431 CP).

Se aplicarán las mismas medidas que los epígrafes relativos a los delitos de corrupción.

- $20 \times 0,6 = 12$.
- $20 \times 0,6 = 12$.

14) Contrabando (LO 12/1995, de 12 de diciembre).

Con el delito de blanqueo de capitales se mencionó el uso de la inteligencia artificial mediante procedimientos *Know Your Client*. El protocolo designado para este grupo de delitos es el mismo ya que, de la misma forma que la inteligencia artificial puede investigar al cliente también puede hacerlo con las mercancías. El objeto de este delito son mercancías extracomunitarias o directamente prohibidas. Por tanto, el protocolo es preventivo (3), permanente (3) y automático (2).

- $15 \times 0,2 = 3$.
- $15 \times 0,2 = 3$.
- $15 \times 0,2 = 3$.

- $10 \times 0,2 = 2$.
- $10 \times 0,2 = 2$.

15) Delito contra los derechos de los trabajadores (arts. 311-318 CP).

Estos delitos requieren una formación exhaustiva del personal en prevención de riesgos laborales y derechos esencial irrenunciables. Igualmente, en caso de considerarse por parte de un trabajador una vulneración de sus derechos dispone del canal de denuncias para informar. El protocolo aplicable es detectivo (2), permanente (3) y manual (1).

- $12 \times 0,6 = 7,2$.
- $12 \times 0,6 = 7,2$.
- $12 \times 0,6 = 7,2$.
- $15 \times 0,6 = 9$.

16) Delito de negativa contra actividades inspectoras (art. 294 CP).

Para este delito se establecerá como protocolo el control directo y conocimiento previo de toda actividad inspectora por parte del órgano de cumplimiento. Al ostentar los poderes y recursos idóneos y ser el máximo garante de cumplimiento, en caso de recibir una inspección garantizaría la realización. El protocolo es preventivo (3), permanente (3) y manual (1).

- $15 \times 0,4 = 6$.

17) Delito de organización criminal y terrorista (arts. 570 bis-580 bis CP).

Se aplicará el mismo protocolo previsto para el blanqueo de capitales y contrabando. Por tanto, el protocolo es preventivo (3), permanente (3) y automático (2).

- $10 \times 0,2 = 2$.
- $15 \times 0,2 = 3$.

Una vez aplicados protocolos es necesario exponer la totalidad de riesgos residuales de la misma forma que los inherentes. El conjunto está formado por:

- Riesgo residual muy bajo = 8.
- Riesgo residual bajo = 11.

- Riesgo residual medio = 17.
- Riesgo residual alto = 7.
- Riesgo residual crítico = 0.

Se puede observar una bajada considerable tras comparar los riesgos inherentes con los residuales. Igualmente, aun habiendo tratado los riesgos, aquellos que ostentan un nivel alto y medio requieren una atención constante seguida de formación exhaustiva. El nivel de riesgo aceptable oscila entre el nivel bajo y muy bajo.

4. Conclusiones.

En la práctica la cantidad de riesgos de toda índole (penales, financieros, reputacionales...) son mucho mayores. Se emplean diversas metodologías, algunas especializadas en sectores, otras más genéricas. Todas persiguen el mismo fin, identificar riesgos para posteriormente tratarlos y reducir el riesgo de incumplimiento lo máximo posible.

La expansión del Derecho Penal es un fenómeno imparable, cada día una sociedad más globalizada derivando en una complejidad mayor. Nuevos tipos y bienes jurídicos que proteger. Esta complejidad lleva aparejada la necesidad de estructuras organizativas cada día más grandes como es el caso de los *holdings* o *trusts*. La nueva realidad ha traído delitos socioeconómicos mucho más complejos que los delitos de sangre. Desde blanqueo de capitales con un entramado de operaciones bancarias empleando sociedades pantalla; evasión de impuestos mediante ingeniería fiscal; explotación de seres humanos por organizaciones criminales las cuales emplean una organización hasta financiación de estructuras terroristas ya sea con capital humano, armas o dinero. Para ello, el *compliance* ha nacido para ponerle freno.

Una buena noticia es la tendencia global respecto el cumplimiento normativo y las buenas prácticas en el sector donde la moral llega al límite. Una mayor estructura conlleva unos mayores riesgos, a mayor poder, mayor ambición. Los esfuerzos realizados por organizaciones como ISO o AENOR en aras de armonizar el sector dan sus frutos al crear una nueva rama del Derecho. No sólo es una rama jurídica, más bien multidisciplinar cargada de fuertes connotaciones éticas.

Se ha plasmado un marco global que facilita el entendimiento de este nuevo sector. Además, se ha aportado un enfoque práctico conforme a la realidad y puede mostrar a lo que se enfrentan cada día los denominados *compliance officers*. Debe centrarse la atención en la identificación de riesgos, evaluación y posterior tratamiento de los mismos. Aunque existan muchas formas de identificar riesgos ya sea mediante la metodología MAGERIT; Octave; COSO I, II o III; entre otros, todos conllevan al mismo fin que es la reducción del riesgo en la empresa.

Este Trabajo de Final de Máster ha servido para poder plasmar esta nueva rama del Derecho tan compleja y a su vez necesaria en este mundo cambiante y complejo. El Derecho debe adaptarse a los cambios sociales y esta es la respuesta a la globalización que vivimos en el presente.

Bibliografía.

AGUILERA GORDILLO, R. Compliance penal. Régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el compliance program. Director: Doctor José Manuel Palma Herrera. Universidad de Córdoba. Departamento de Derecho Civil, Penal y Procesal, Córdoba, 2018.

ANTICH SOLER, J. Compliance Program Penal y sus efectos en la exención y atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Director: Doctor Joan Baucelis Lladós. Universitat Autònoma de Barcelona. Departamento de Ciencia Política y Derecho Público, Barcelona, 2017.

BOLDOVA PASAMAR, MA. «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española». *Estudios penales y criminológicos* [en línea]. 2013, pp. 219-263 [consulta: abril de 2021]. ISSN 1137-7550. Disponible en: <https://bit.ly/3emubz0>

CÁRDENAS GÁLVEZ, J. «Una (otra) aproximación al régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas». *eXtoikos* [en línea]. 2018, núm. 21 [consulta: abril de 2021]. ISSN-e 2173-2035. Disponible en: <https://bit.ly/3gZ76nD>.

CÁRRASCO JIMÉNEZ, E. «El concepto de "expansión" del derecho penal puesto en cuestionamiento: Su relación conflictiva con el concepto de "inflación" penal». *Estudios penales y criminológicos* [en línea]. 2017, núm. 37, pp. 39-86. ISSN 1137-7550. Disponible en: <https://bit.ly/3aZlcAf>.

CUELLO CONTRERAS, J. «El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica». *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* [en línea]. 2013, núm. 15. [consulta: abril de 2021]. ISSN-e 1695-0194. Disponible en: <https://bit.ly/3embonr>.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, JL. y PÉREZ MACHÍO, AI. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados». *European Inklings* [en línea]. 2013, pp. 129- 159 [consulta: abril de 2021]. ISSN 978-84-7777-412-9. Disponible en: <https://bit.ly/3b1eE5i>.

DEL ROSAL BLASCO, B. *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*. 1ª ed. [en línea] [consulta: mayo de 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/2Rpcvtx>.

DONAIRES SÁNCHEZ, P. «Responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho comparado». *Derecho y Cambio Social* [en línea]. 2013, núm. 31 [consulta: abril de 2021]. ISSN-e 2224-4131. Disponible en: <https://bit.ly/3vIxlCV>.

ECHEVARRIA BERECIARTUA, E. ««Whistleblowing» o canales de denuncia: La garganta profunda de las empresas». *Diario La Ley* [en línea]. 2019, núm. 9342 [consulta: mayo de 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/3nOh3FO>.

FOUREY GONZÁLEZ, M. «Compliance penal: fundamento, eficacia y supervisión. Análisis crítico de la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado». *Actualidad jurídica Uría Menéndez* [en línea]. 2016, núm. 46, pp. 60-75. [consulta: abril de 2021]. ISSN 1578-956X. Disponible en: <https://bit.ly/3xIG0qV>.

GÓMEZ MARTÍN, V. «El compliance officer en los modelos de prevención de delitos: siete preguntas, ¿sin respuesta?». *LA LEY compliance penal* [en línea]. 2020, núm. 2 [consulta: mayo de 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/3bo0qfe>.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. «Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas». *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* [en línea]. 2006, núm. 8 [consulta: abril de 2021]. ISSN-e 1695-0194. Disponible en: <https://bit.ly/3vKKJXk>.

MAGRO SERVET, V. «¿Por qué es recomendable un canal de denuncias interno en la empresa?». *Diario La Ley* [en línea]. 2020, núm. 9586 [consulta: mayo de 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/3xL9bcF>.

MIR PUIG, S. *Derecho Penal Parte General*. 10ª ed. Barcelona: Reppertor, 2016.

MONTANER FERNÁNDEZ, R. «¿El compliance como termómetro de la diligencia penalmente exigible a las empresas?». *LA LEY compliance penal* [en línea]. 2020, núm. 1 [consulta: mayo de 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/3eYdaKi>.

RUIZ DE LARA, M. «Compliance penal y responsabilidad societaria de administradores». *LA LEY mercantil* [en línea]. 2020, núm. 66 [consulta: mayo de 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/2RvvLpi>.

SALVADOR LAFUENTE, A. «Mapa de riesgos: identificación y análisis de riesgos y controles», pp. 77-120. En: SIMÓN CASTELLANO, P y ABADÍAS SELMA, A. *Mapa de riesgos penales y prevención del delito en la empresa*. 1ª ed. Madrid: Wolters Kluwer, 2020.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. «Evolución ideológica de la discusión sobre la ‘responsabilidad penal’ de las personas jurídicas». *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*. 2008, vol. 29, núm. 86-87, pp. 126-148.

SIMÓN CASTELLANO, P. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas, mapa de riesgos y cumplimiento en la empresa», pp. 31-75. En: SIMÓN CASTELLANO, P y ABADÍAS SELMA, A. *Mapa de riesgos penales y prevención del delito en la empresa*. 1ª ed. Madrid: Wolters Kluwer, 2020.

TORNOS DE GISPERT, M. «Cuestiones prácticas sobre la función de cumplimiento del órgano de control. Algunas preguntas y respuestas desde la experiencia». *LA LEY compliance penal* [en línea]. 2020, núm. 3 [consulta: mayo de 2021]. Disponible en: <https://bit.ly/2RvvLpi>.

Legislación.

Decisión Marco del Consejo 2000/383/JAI, de 29 de mayo, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro. *Boletín Oficial del Estado*, de 14 de diciembre de 2001, pp. 3-3. Disponible en: <https://bit.ly/33efck8>.

Decisión Marco del Consejo 2002/475/JAI, de 13 de junio, sobre la lucha contra el terrorismo. *Boletín Oficial del Estado*, de 22 de junio de 2002, pp. 3-7. Disponible en: <https://bit.ly/3emenfD>.

Decisión Marco del Consejo 2003/80/JAI, de 27 de enero, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal. *Boletín Oficial del Estado*, de 5 de febrero de 2003, pp. 55-58. Disponible en: <https://bit.ly/3nWujs8>.

Decisión Marco del Consejo 2003/568/JAI, de 22 de julio, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. *Boletín Oficial del Estado*, de 31 de julio de 2003, pp. 54-56. Disponible en: <https://bit.ly/33iY8JH>.

Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada. *Boletín Oficial del Estado*, de 11 de noviembre de 2008, pp. 42-45. Disponible en: <https://bit.ly/2PUhy4K>.

Instrumento de Ratificación del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001. *Boletín Oficial del Estado*, de 17 de septiembre de 2010, pp. 78847-78896. Disponible en: <https://bit.ly/3h2tgFF>.

Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de diciembre de 1978. Núm. 311. Disponible en: <https://bit.ly/3eWw708>.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, p. 33987. Disponible en: <https://bit.ly/3xK8ccO>.

Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando. *Boletín Oficial del Estado*, de 13 de diciembre de 1995, núm. 297. Disponible en: <https://bit.ly/3tRpOR1>.

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. *Boletín Oficial del Estado*, de 23 de junio de 2010, núm. 152, pp. 54811-54883. Disponible en: <https://bit.ly/2SuEDfd>.

Ley Orgánica 37/2011, de 10 de octubre de 2011, de medidas de agilización procesal. *Boletín Oficial del Estado*, de 11 de octubre de 2011, núm. 245, pp. 106726-106744. Disponible en: <https://bit.ly/33DNdL2>.

Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado*, de 28 de diciembre de 2012, núm. 312, pp. 88050-88063. Disponible en: <https://bit.ly/3w5MGO9>.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, de 31 de marzo de 2015, núm. 77, pp. 27061-27176. Disponible en: <https://bit.ly/3b0AnKY>.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. *Boletín Oficial del Estado*, de 6 de diciembre de 2018, núm. 294. Disponible en: <https://bit.ly/3tOVS7Z>.

Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de abril de 2010, núm. 103. Disponible en: <https://bit.ly/33QI7fD>.

Una Norma Española 31010:2011. Gestión del riesgo, técnicas de apreciación del riesgo. *AENOR*, de mayo de 2011.

Una Norma Española 19600:2015. Sistemas de gestión de *compliance*, Directrices. *AENOR*, de abril de 2015.

Una Norma Española 14000:2015. Sistemas de gestión ambiental, requisitos con orientación para su uso. *AENOR*, de septiembre de 2015.

Una Norma Española 9001:2015. Sistemas de gestión de la calidad, requisitos. *AENOR*, de septiembre de 2015.

Una Norma Española 37001:2017. Sistemas de gestión antisoborno, requisitos con orientación para su uso. *AENOR*, de abril de 2017.

Una Norma Española 19601:2017. Sistemas de gestión de *compliance* penal, requisitos con orientación para su uso. *AENOR*, de mayo de 2017.

Una Norma Española 31000:2018. Gestión del riesgo, directrices. *AENOR*, de marzo de 2018.

Una Norma Española 19602:2019. Sistema de gestión de *compliance* tributario, requisitos con orientación para su uso. *AENOR*, de febrero de 2019.

Jurisprudencia.

Sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero. Sala segunda de lo Penal, Sección 1ª. Ponente: José Manuel Maza Martín.

Sentencia del Tribunal Supremo 221/2016, de 16 de marzo. Sala segunda de lo Penal, Sección 1ª. Ponente: Manuel Marchena Gómez.

Sentencia del Tribunal Supremo 587/2017, de 19 de julio de 2017. Sala segunda de lo Penal, Sección 1ª. Ponente: Antonio del Moral García.

Sentencia del Tribunal Supremo 586/2020, de 5 de noviembre de 2020. Sala segunda de lo Penal, Sección 1ª. Ponente: Andrés Martínez Arieta.